

LIBERDADE DE RELIGIÃO E DE ESCOLHA DO TRATAMENTO MÉDICO E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DA VIDA - UMA ANÁLISE A PARTIR DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

FREEDOM OF RELIGION AND MEDICAL TREATMENT AND CHOICE OF DUTY FOR THE PRESERVATION OF LIFE - AN ANALYSIS FROM THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professor da Graduação e Pós-Graduação do Unicuritiba. Líder do grupo de pesquisa “Hermenêutica constitucional e a concretização dos direitos fundamentais na pós-modernidade”. Advogado.

BRUNA DE OLIVEIRA QUINTÃO

Membro do Grupo de pesquisa “Hermenêutica constitucional e a concretização dos direitos fundamentais na pós-modernidade”. Bacharelada do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

Sumário: 1. Introdução 2. As Testemunhas de Jeová: a questão da transfusão sanguínea 3. Liberdade de Religião 4. Liberdade de escolha do tratamento médico 5. Vida versus liberdade de escolha e religião: a questão dos menores 6. Considerações Finais 7. Referências

RESUMO

Dirige-se esse trabalho a uma visão acerca do posicionamento das Testemunhas de Jeová. Para tanto, analisam-se aspectos médicos referentes ao procedimento de transfusão de sangue, como os riscos desta prática e a existência de tratamentos alternativos, mergulhando, na sequência, nos princípios Bioéticos. Também se estuda o direito fundamental da liberdade, seus reflexos em dispositivos infraconstitucionais e posteriormente o direito à vida, culminando, desta forma, no exame da colisão de direitos fundamentais. O presente estudo adentra à análise da necessária preservação da liberdade de religião e de escolha do tratamento médico frente ao dever de preservação da vida e à delicadíssima questão dos menores de idade e apresenta possíveis soluções. Conclui-se pela necessária proteção à liberdade de escolha do tratamento médico, salvo às hipóteses consideradas ao final.

Palavras-chave: Liberdade religiosa; tratamento médico; direito à vida..

ABSTRACT

This work concerns about the positioning of the Jehovah's Witnesses. Therefore, medical aspects are analyzing to the procedure for blood transfusion, such as the risks of this practice and the existence of alternative treatments, plunging, as a result, bioethical principles. Also the fundamental right of freedom is studied, your impact on devices from infraconstitutional and subsequently the right to life, culminating in this way, on the examination of the impact of fundamental rights. The present work penetrates the analysis of the need to preserve the free will of religion and free will of choice of the medical treatment before the duty of preserving life, and the extremely sensitive issue of minors and presents possible solutions. For those reason, a protection freedom of choice of medical treatment is necessary, except those assumptions at the end of this work

Keywords: Medical treatment; the right to life; religious freedom.

INTRODUÇÃO

Por motivos de convicção religiosa, as Testemunhas de Jeová recusam a se submeter a tratamentos ou terapias que incluam transfusão sanguínea. A questão ganha contornos não apenas jurídicos, mas também médicos.

Apresentar-se-á, neste trabalho, os aspectos bioéticos inerentes ao possível conflito entre o dever do médico de salvar vidas e o direito do paciente de escolher livremente o tratamento para preservação da sua saúde, à luz das resoluções do Conselho Federal de Medicina e da legislação aplicável à espécie.

Procurar-se-á demonstrar a possível existência de um conflito entre a liberdade de religião e a liberdade de escolha do tratamento médico e o direito à vida, bem como estudar a postura a ser adotada pelo profissional de saúde quando o paciente está em iminente risco de vida e não consegue, naquele momento, manifestar sua vontade.

O estudo é relevante, na medida que existem, no Brasil, mais de setecentos mil adeptos da religião Testemunhas de Jeová e a jurisprudência tem sido chamada a solucionar os conflitos decorrentes da recusa à submissão do tratamento, principalmente quando em risco a própria vida do paciente.

Se a vida merece ser preservada, imperioso que se faça um estudo, por outro lado, da manutenção da dignidade da pessoa humana, bem como de suas liberdades individuais.

O presente trabalho encerrar-se-á com uma breve análise da escolha de tratamento para os filhos de casais adeptos à religião, absoluta ou relativamente incapazes.

2. AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: A QUESTÃO DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

Muito se discute acerca da recusa de transfusão de sangue pelos adeptos à religião Testemunhas de Jeová. Assim, com o intuito de melhor entender as convicções religiosas por eles manifestadas, far-se-á uma breve e geral análise dos preceitos relacionados às suas crenças, das quais decorre a recusa à submissão à transfusão sanguínea.

A designação “Testemunha de Jeová” é assim explicada pelas publicações veiculadas por seus adeptos: “alguém que reitera enfaticamente seu testemunho, seja relatando fatos com conhecimento pessoal direto ou proclamando conceitos ou verdades das quais estão convictas”¹⁶⁵. Daí o nome “testemunha”. Já “Jeová” corresponde ao nome de “Deus”, a partir da interpretação da Bíblia, Salmos 83:18:

¹⁶⁵ ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Testemunhas de Jeová** – Proclamadores do Reino de Deus. São Paulo: [s.n.], 1992.p.12.

“Para que as pessoas saibam que tu, cujo nome é Jeová, Somente tu és o Altíssimo sobre toda a terra”.

As Testemunhas de Jeová acreditam que a abstenção ao sangue envolve não apenas os fins terapêuticos, mas também a alimentação, extraindo tal crença do mandamento bíblico das seguintes passagens: Gênesis 9: 3 e 4¹⁶⁶; Levítico 7: 26¹⁶⁷; 17: 10 e 14¹⁶⁸ e Atos 15: 19, 20, 28 e 29¹⁶⁹.

No que diz respeito às frações de sangue, inexistente na Bíblia orientação específica, assim, cada paciente Testemunha de Jeová determinará se aceita ou rejeita medicamentos feitos com frações menores de sangue, bem como se aceitará, ou não, determinados procedimentos ou exames médicos envolvendo o uso de seu próprio sangue¹⁷⁰.

Em decorrência de tal convicção religiosa (de não aceitar tratamentos a partir de transfusões sanguíneas), instituíram, as Testemunhas de Jeová, Comissões de Ligações com Hospitais, designando-as de COLIH's¹⁷¹. Essas comissões são compostas de pessoas que se prestam a trazer informações a respeito das crenças das Testemunhas de Jeová e suas recusas a se submeterem a transfusões sanguíneas. Argumentam quanto ao desenvolvimento da medicina, quanto aos riscos da terapia transfusional sanguínea e em relação ao surgimento de procedimentos alternativos menos arriscados, deixando o sangue de ser identificado como o “verdadeiro milagre da vida”¹⁷².

Registra-se, todavia, não ser objetivo do presente trabalho discorrer quanto ao acerto ou desacerto das crenças e convicções religiosas de determinado grupo

¹⁶⁶ ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Edição Brasileira, Testemunhas de Jeová, 2010, sem indicação da edição e do tradutor. Gênesis 9: 3 e 4 – “Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer”.

¹⁶⁷ Ibid., Levítico 7: 26 – “E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal”.

¹⁶⁸ Ibid., Levítico 17: 10 e 14 – “Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo. 14 - Pois a alma de todo tipo de carne é seu sangue pela alma nele. Por conseguinte, eu disse aos filhos de Israel: “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida”.

¹⁶⁹ Ibid., Atos 15: 19, 20, 28 e 29 – “Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e da fornicção, e do estrangulado, e do sangue. 28 e 29 - Pois, pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: 29 de persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicção”.

¹⁷⁰ QUINTÃO, Bruna de Oliveira. **A liberdade na escolha do tratamento médico por pacientes adeptos à religião Testemunhas de Jeová: aspectos constitucionais, médicos e bioéticos**. Curitiba: Monografia de conclusão de curso. Não publicada. Biblioteca do Centro Universitário Curitiba, 2011. p. 14.

¹⁷¹ ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Testemunhas de Jeová...** Op. cit. p. 5.

¹⁷² VIEIRA, Tereza Rodrigues; MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Testemunhas de Jeová e a Recusa em Receber Transfusão de Sangue. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XI, Nº. 261. 30 de Nov de 2007. p. 15.

de pessoas, mas sim efetuar um estudo quanto à proteção jurídica atribuída à liberdade de crer, bem como aos conflitos com relevância jurídica daí nascentes.

3. LIBERDADE DE RELIGIÃO

A Carta Constitucional assegura, em regra, haja vista não existir nenhum direito com caráter absoluto,¹⁷³ a inviolabilidade do direito à liberdade e, de igual forma, a inviolabilidade do direito à vida. Porquanto, para maior compreensão do tema aqui proposto, apresenta-se imprescindível entender a real diferença entre inviolabilidade e indisponibilidade.

Celso Ribeiro Bastos¹⁷⁴ apregoa que a inviolabilidade deve ser compreendida como a proteção de determinados valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade diz respeito à própria pessoa envolvida, à possibilidade dela querer se desprender, ou não, de determinados direitos.

Feita tal distinção, entende-se que a Constituição não assegura a indisponibilidade dos direitos elencados em seu artigo 5º, mas garante aos mesmos a inviolabilidade.

A liberdade pressupõe que é o ser humano quem decide seu modo de agir, em outras palavras, é ele mesmo a causa de seu agir. Tanto é assim, que, uma vez identificado os valores das diversas condutas possíveis de serem concretizadas por suas ações, o indivíduo pode optar em praticar aquelas que mais se aproxima do(s) valor(es) que almeja(m).¹⁷⁵

¹⁷³ Neste sentido, ver BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ. Relator Ministro Celso de Mello: DJ 12 de maio. 2000. “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

¹⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. [s.d.]. Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 25 set. 2010.

¹⁷⁵ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética?. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER Leticia Ludwig (Organizadores). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 74.

Entendido deste modo, este direito pode ser identificado como capacidade de autodeterminação, sendo, juntamente com a inteligência, o que de peculiar distingue os seres humanos dos demais seres vivos.

Bobbio instrui que a liberdade, ao lado da igualdade, dá fundamento à democracia, assim, ele afirma: “a maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade existente entre eles”.¹⁷⁶ Sendo assim, a democracia consiste em um modelo de regime com autoridade, mas esta coexiste com a liberdade, em um verdadeiro equilíbrio que possibilita aos seres humanos manifestar a sua personalidade.

Nesta delimitação, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, determina ser “inviolável a liberdade de consciência, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às liturgias”. Acrescenta-se a esta transcrição o inciso VII do já mencionado artigo:

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.

Deste modo, tem-se que a liberdade de consciência e de crença é consequência natural da liberdade de pensamento e da liberdade de expressão, incluindo até mesmo a liberdade de ateísmo e a opção de não seguir nenhuma crença, encampando o ceticismo¹⁷⁷.

Em uma primeira análise, poder-se-ia concluir que a liberdade de consciência e a de crença nada traz de relevante para o Direito, mas tal raciocínio não sobreviverá a uma análise mais profunda, pois se sabe que o comportamento individual não é neutro, pelo contrário, a todo tempo ele está recebendo

¹⁷⁶ Ibid., p. 7.

¹⁷⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 65.

condicionamentos externos, seja pelas condições sociais, econômicas, culturais, ou pelos valores espirituais¹⁷⁸.

Também, o próprio pensamento não se restringe ao domínio das liberdades internas, ele tende a se manifestar, a incluir-se nas liberdades externas, até mesmo porque é o pensamento que em grande medida determina as ações individuais. Ao se falar desta externalização, e do necessário respeito que esta requer, fala-se em liberdade de culto, liberdade também assegurada pela constituição (artigo 5º, VI). Tratando-se deste direito, faz-se a ressalva de que o mesmo só poderá ser restringido quando for incompatível com a ordem, a tranquilidade e o sossego público.

Sobre este aspecto, Celso Ribeiro Bastos¹⁷⁹ o complementa com as seguintes palavras:

a orientação religiosa há de ser seguida pelo indivíduo em todos os momentos de sua vida, independentemente do local, horário ou situação. De outra forma, não haveria nem liberdade de crença, nem liberdade no exercício dos cultos religiosos, mas apenas proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

Aldir Guedes Soriano¹⁸⁰, sobre as origens históricas da liberdade de religião:

A expressão liberdade religiosa foi utilizada, provavelmente, pela primeira vez, no segundo século da era cristã. Tertuliano, um advogado convertido ao cristianismo, usou essa expressão na sua obra intitulada Apologia (197 d. C), para defender os cristãos que passavam por uma feroz perseguição religiosa empreendida pelo Império Romano. A obra foi endereçada aos governantes romanos a fim de sensibilizá-los acerca das injustiças e violências praticadas contra os cristãos

¹⁷⁸ QUINTÃO, Op. cit. p. 42.

¹⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue**, por Razões Científicas e Convicções Religiosas. [s.d.]. Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 25 set. 2010.

¹⁸⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **O direito à liberdade religiosa**. Jornal Correio Braziliense. Caderno Direito & Justiça. Brasília: 8 de novembro de 2004. p. 2

Alexandre de Moraes¹⁸¹ identifica que o *status* de proteção constitucional conquistado para a liberdade religiosa é a consagração da maturidade de um povo, haja vista que esta crença norteia os pensamentos e as ações do homem. Assim sendo, este mesmo autor conclui que o constrangimento imposto à pessoa humana de modo a fazê-la renunciar sua fé representa desrespeito à própria diversidade espiritual. E não é só. Entende também que qualquer imposição ou constrangimento capaz de atenuar ou eliminar a liberdade de consciência, de crença ou de culto configuraria verdadeiro atentado a um dos objetivos fundamentais da República, posto que o artigo 3º, inciso III, da Carta Constitucional de 1988 estabelece: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Deve-se, ainda, incluir nesta esteira de raciocínio a liberdade de opinião, que é identificada como liberdade primária¹⁸² cuja característica é a escolha pelo homem de sua verdade, seja na seara ideológica, filosófica, intelectual, artística ou religiosa.

Em decorrência destas liberdades – liberdade de consciência, crença religiosa e convicção filosófica – nasce o direito de escusa de consciência, ou seja, “o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado”.¹⁸³ Contudo, também se sabe que a lei pode impor ao recusante serviço alternativo compatível com suas crenças.¹⁸⁴

Por sua vez, e corroborando com a exposição já feita, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no inciso XVII, proclama:

todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Importante destacar que existe grande relação entre o respeito a essas liberdades e o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o primeiro é

¹⁸¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

¹⁸² SILVA, 2010. p. 241.

¹⁸³ Ibid., p. 242.

¹⁸⁴ Constituição Federal/88 – Art. 5º, 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.

essencial para a real verificação deste. Logo, e por qualquer ângulo que se olhe, toda intervenção estatal nesta seara deve ser analisada com toda a cautela que o tema requer, sob pena de se estar violando frontalmente o princípio bussolar da República¹⁸⁵ – a dignidade da pessoa humana.

Conciliando o direito à liberdade com o princípio da dignidade, Roxana Cardoso Brasileiro Borges¹⁸⁶ defende que o direito de um paciente em não se submeter a algum tratamento ou de interrompê-lo é consequência da garantia constitucional de sua liberdade de consciência.

Ainda sobre o valor da dignidade, Alexandre de Moraes¹⁸⁷ enfatiza que ele se “manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”, trazendo nesta manifestação a “pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”.

Viu-se como importante a realização de tais ponderações acerca destas ramificações do direito à Liberdade porque pelo que se percebe a recusa das Testemunhas de Jeová de receberem transfusão de sangue está basicamente fundamentada nelas.

A questão que se abre é, justamente, o conflito entre tal convicção das Testemunhas de Jeová, protegida pelo direito fundamental à liberdade religiosa, com outros preceitos fundamentais. Em verdade, o conflito e o confronto entre princípios “não é só comum, mas salutar ao ordenamento jurídico”¹⁸⁸. Analisar esta seara significa “tentar compreender as dificuldades de homogeneização da hermenêutica principiológica constitucional”¹⁸⁹. O objetivo de se estudar e proteger a liberdade religiosa, portanto, “perpassa o viés jurídico e visa à percepção da pessoa

¹⁸⁵ Constituição Federal/88, 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”.

¹⁸⁶ BORGES, 2001. p. 297.

¹⁸⁷ MORAES, 2006. p. 16.

¹⁸⁸ KAMINSKI, Jessica Torres; ANDRADE, Luiz Gustavo. **A liberdade de religião e seu conflito com outros preceitos constitucionais**. Caderno Direito e Justiça. Jornal O Estado do Paraná, Curitiba, 03 jan. 2010. p. 8.

¹⁸⁹ Ibid.

humana em seu meio social, considerando-se os reflexos de suas crenças e relações religiosas na esfera jurídica”¹⁹⁰.

4. LIBERDADE DE ESCOLHA DO TRATAMENTO MÉDICO

Pertinente analisar, inicialmente, alguns princípios de bioética, em especial da microbioética, que possui, dentre outras finalidades, “a de encontrar limites para a atuação científica sobre a vida humana”¹⁹¹. Passa-se, assim, ao estudo, especialmente, do princípio da autonomia e da beneficência.

O princípio da autonomia diz respeito à capacidade que o paciente tem de governar a si mesmo. Exige a aceitação de terceiros no que tange às escolhas e ações do paciente quando as mesmas não danificam direitos de outrem, ou, utilizando as palavras de Maria Celeste Cordeiro Santos, é o reconhecimento do “domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade”.¹⁹² Não se distanciando deste entendimento, aduz Maria Helena Diniz que este princípio “requer que o profissional de saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas”. Seguindo com sua linha de raciocínio a autora informa ser o consentimento livre e informado decorrência da autonomia do paciente ¹⁹³. A seguir analisar-se-á melhor o consentimento informado do paciente.

O princípio da beneficência encontra suas raízes no juramento de Hipócrates e se traduz na obrigação do profissional de saúde “não causar dano, extremar os benefícios e minimizar os riscos”. Está sustentado na regra da confiabilidade¹⁹⁴. Assim, frente a situações conflitantes se espera que o profissional de saúde “busque a maior porção possível do bem em relação ao mal”.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ QUINTÃO, Op. cit. p. 26.

¹⁹² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O Equilíbrio do Pêndulo: a bioética e a lei**. São Paulo: Ícone Editora, 1998. p. 43.

¹⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

¹⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo (Organizadores). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 42.

¹⁹⁵ DINIZ, op. cit., p. 15.

Como decorrência do princípio da beneficência se encontra o princípio da não maleficência, segundo o qual não se deve causar dano intencional a outro, deste modo, nasce a regra da fidelidade. Este princípio bioético é oriundo da máxima médica *primun non nocere*, que traduzido significa “antes de tudo não prejudicar”.¹⁹⁶

Heloisa Helena Barbosa entende não haver separação significativa entre um (princípio da beneficência) e outro princípio (da não maleficência)¹⁹⁷. O último princípio, o da justiça, consiste na distribuição justa dos riscos e benefícios dos serviços de saúde, pois os iguais necessitarão ser tratados igualmente. Esse princípio deixa explícito a sua carga de complexidade, haja vista que a igualdade só pode ser buscada com a análise das circunstâncias e das necessidades do caso concreto, lembrando que o respeito ao ser humano só é alcançado quando se tem por finalidade salvaguardar a dignidade da pessoa humana.¹⁹⁸

Estes são os quatro princípios básicos da bioética e convém salientar que a formulação ampla de tais é proposital, haja vista que os mesmos devem ser aptos a abrigar desde a experimentação com seres humanos até a prática clínica. Ademais, relembra-se não existir hierarquia prévia entre princípios, ou seja, na hipótese de conflitos entre tais a solução não será prévia, mas será conforme a ocorrência concreta.¹⁹⁹

Relacionando a exposição deste tópico com o tema aqui proposto, poder-se-ia concluir a existência de conflitos entre o princípio da autonomia e o da beneficência. Veja-se: aquele dá ao paciente o poder de escolher seu tratamento, este dá ao médico a faculdade de operacionalizar o procedimento que entende como mais adequado, resultando na realização do compromisso feito pelo profissional de saúde de zelar pelo bem-estar do paciente.

No entanto, pondera-se que este conflito é apenas aparente, pois conjecturando que a escolha (ou recusa) de tratamento se dê por adulto capaz e informado (ou seja, paciente apto a usufruir de sua autonomia) o respeito a sua posição por si só se evidencia como beneficente, pois, como ensinado por Kant, as

¹⁹⁶ SANTOS, op. cit., p. 43.

¹⁹⁷ BARBOZA, 2003, p. 55.

¹⁹⁸ DINIZ, 2009, p. 17.

¹⁹⁹ BARBOZA, op.cit., p. 56.

peças não devem ser tratadas como meio para a realização dos fins de outras pessoas.²⁰⁰

Imperiosa, agora, a análise do consentimento informado, haja vista que este instituto é resultado do princípio bioético da autonomia. Sobre o tema, Hildegard Taggesell Giostri²⁰¹ conceitua consentimento informado como

(...) o diálogo entre o paciente e o provedor de serviço, por intermédio do qual ambas as partes trocam perguntas e informações, culminando com o acordo expresso do paciente para a intervenção cirúrgica, ou para um determinado e específico tratamento.

Note-se que este consentimento requer a participação ativa de ambas as partes: de um lado a obrigação do médico de conceder ao paciente informações detalhadas e compreensíveis sobre sua condição de saúde, bem como informações dos métodos existentes e disponíveis para o tratamento, juntamente com os riscos e benefícios esperados, não deixando de informar os tratamentos alternativos que possam existir; de outro lado, o paciente deve narrar ao médico seu histórico clínico e adverti-lo sobre os tratamentos que lhe são aceitáveis.

Relacionando o instituto ora analisado com a pesquisa em desenvolvimento, percebe-se que a autonomia do paciente já está inserida de forma expressa na legislação brasileira, é o que se vê, por exemplo, na leitura do artigo 15 do Código Civil – “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Outros incisos que consagram a mesma autonomia estão inseridos na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos (Lei 9.434/1997), e no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Desta forma, o poder de decisão sobre qual tratamento de saúde ou procedimento será aceito compete unicamente ao paciente, e não ao médico ou profissional de saúde²⁰². Em outras palavras, “o dever do médico de cuidar do paciente acaba quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento”.²⁰³

²⁰⁰ SANTOS, 1998. p. 44.

²⁰¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2003. p. 83.

²⁰² Ibid., p.23.

²⁰³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In:

Sendo assim, a não-observância da vontade expressa do paciente por parte do profissional de saúde caracteriza-se em conduta irregular deste (negligência profissional).

Corroborando este entendimento o Superior Tribunal de Justiça acolheu expressamente a doutrina do consentimento informado por decidir que a ausência deste instituto pode significar negligência profissional.²⁰⁴

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso Conhecido.

Feita estas ponderações, ressalta-se que o consentimento é uma manifestação da vontade do paciente, sendo assim, esta vontade deve estar livre dos vícios que podem invalidá-la. A título exemplificativo, a pressão dos profissionais ou instituição de saúde – que pode se manifestar de inúmeras maneiras – para se conseguir a declaração de vontade caracteriza um vício, permitindo a anulação da mesma. Assim, tendo em vista que a vontade do paciente é a indicação do aceitar ou não o tratamento médico, e que não existe dispositivo legal indicando qual deve ser a forma de exteriorização do consentimento informado, sugere-se, em prol de uma segurança jurídica para as partes envolvidas, que este consentimento seja expresso (escrito) e ratificado por duas testemunhas.²⁰⁵

Pelo que ora se analisou, acredita-se que o consentimento informado é um requisito para o início ou cessação dos tratamentos médicos, devendo o conteúdo (vontade do paciente) ser respeitado, sob pena de o médico responder pelo resultado de sua conduta.

Relacionando o consentimento informado para a recusa de tratamento com transfusão de sangue, pode-se concluir que a vontade expressa do paciente deve ser considerada, seja pela equipe médica como pelo Poder Judiciário. Ademais,

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Organizadora). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. Editora Revista dos Tribunais, 2001.. p. 295.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial nº. 436.827-SP. 4ª Turma. Voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 01 out. 2002-a. DJ. 18 nov. 2002.

²⁰⁵ Ibid., p.117.

visualiza-se ser este o mesmo entendimento do Desembargador Cláudio Baldino Maciel:²⁰⁶

(...) tenho que o Poder Judiciário não pode autorizar previamente que o hospital ou médico adotem, contra a vontade manifesta da paciente, a transfusão de sangue, desde que a paciente lucidamente permaneça com a convicção e manifeste, presentemente, municiada das informações adequadas e necessárias, especialmente quanto ao grau de risco decorrente de sua opção, que não aceita tal tipo de intervenção porque a mesma contraria sua crença religiosa.

Porquanto, independente de a recusa de transfusão de sangue ser emitida por adulto capaz ou por seu procurador, na impossibilidade de manifestar sua própria vontade, razoável o conselho dado pelo Conselho Regional de Medicina do Paraná.²⁰⁷

Em qualquer circunstância, mesmo nos casos de emergência, é recomendação deste Conselho que se procure estabelecer contato com membros da Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová, pessoas especialmente preparadas para promover mediação.

Pelo exposto, viu-se que a figura do consentimento informado traz o paciente como partícipe da tomada de decisões. Contudo, esta é a regra que norteia a relação médico-paciente, existindo, todavia, as exceções. Deste modo, passa-se a elencar as seis situações encontradas na doutrina que justificaria a ausência do consentimento, seja pela impossibilidade de obtenção ou por entender que a obtenção do mesmo não seja recomendável. Conforme Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos²⁰⁸ são estas as seguintes situações: Urgência; Privilégio terapêutico do médico; Pacientes incapazes; Renúncia expressa do paciente; tratamentos compulsórios; e Possibilidade de corrigir uma alteração inesperada no seio de outra intervenção programada.

Analisando as situações transcritas e relacionando as mesmas para o tema do presente trabalho, têm-se as seguintes considerações:

A urgência, conforme artigo 1º da Resolução nº. 1451 de 10 de março de 1995 do Conselho Federal de Medicina (CFM) é a “ocorrência imprevista de agravo

²⁰⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 70032799041. 12ª Câmara Cível da Comarca de Caxias do Sul, Relator Desembargador Cláudio Baldino Maciel Julgado em 20. out. 2009.

²⁰⁷ ZENI JUNIOR, João. As transfusões de Sangue e as Testemunhas de Jeová. **Gazeta do Povo**. Curitiba: 1992. Coluna do Conselho Regional de Medicina. In: Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 1995. p. 19. Apud. GIOSTRI, 2003. p. 89.

²⁰⁸ SANTOS, 1998. p. 98-99.

à saúde, com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessite de assistência imediata”. Ora, se o próprio CFM entende que a urgência pode ser configurada “com ou sem risco potencial de vida”, convém lembrar que o artigo 146, § 3º, inciso I do Código Penal prevê como excludente de tipicidade a “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal; se justificado por iminente perigo de vida”. Assim, entende-se que a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente em caso de urgência em que não há risco potencial de vida se enquadra no tipo previsto no *caput* do artigo 146 do Código Penal – constrangimento ilegal – motivo pelo qual se discorda que a urgência sem o fundamentado iminente perigo de vida justificaria a não obtenção do consentimento.

Tratando-se de urgência com risco de vida, novamente se volta para a composição do artigo 146 do Código Penal, ou seja, não tendo o paciente manifestado sua vontade o médico deve cumprir com seu dever legal – operacionalizar o tratamento indicado para o caso – sob pena de responder por omissão de socorro ²⁰⁹. Todavia, caberá analisar o caso concreto para visualizar se o paciente não manifestou sua vontade ou se a mesma não coincide com a posição do médico.

Ainda nesta esteira, registra-se que o consentimento a tratamentos médicos podem ser escolhidos pelo próprio paciente e consignados nos chamados “testamento vital” ²¹⁰, que passa a ser a manifestação de vontade do paciente frente a situações em que se encontra impossibilitado de manifestá-la. Tratando-se das Testemunhas de Jeová, todas as maiores e capazes têm à disposição um documento legal denominado “*Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde*”. Neste documento, os adeptos a esta religião registram previamente suas decisões quanto a tratamentos de saúde e o aproveitam para nomear dois procuradores para tomarem decisões em seu nome em caso de impossibilidade de manifestarem sua

²⁰⁹ Código Penal: 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 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

²¹⁰ Este instituto tem como objetivo principal evitar procedimentos médicos não aceitáveis pelo paciente e, ao mesmo tempo, evitar que o médico seja processado por não ter ministrado tratamento sugerido como adequado para o caso, pois o mesmo se apresentava como inaceitável pelo paciente, conforme solicitação expressa registrada no testamento (BORGES, 2001. p. 296).

vontade. Deste modo, este documento acaba tendo duplo efeito jurídico – um vinculante e outro eximidor.

Em relação aos pacientes incapazes, escorregadio é o terreno com o qual, inevitavelmente, tratar-se-á. Porquanto, esta matéria merece tópico próprio, o que se manifestará no transcursar do presente trabalho.

Já os tratamentos compulsórios, ou seja, aqueles que se justificam sem ou contra o consentimento do paciente por representarem perigo à saúde pública, caminha-se com o mesmo entendimento de Maria Celeste, ou seja, o perigo à saúde pública é justificativa válida para tratamentos e internações forçadas.²¹¹

A última hipótese encontrada na doutrina diz respeito à “possibilidade de corrigir uma alteração inesperada no seio de outra intervenção programada”. Enfrentando esta possibilidade com a pesquisa aqui pretendida, ficou registrado que as Testemunhas de Jeová recusam o sangue (glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaquetas e plasma) em qualquer situação. Sendo assim, acredita-se que se a transfusão de sangue já foi negada para a intervenção programada a mesma continuará sendo negada para corrigir alteração inesperada, cabendo aos profissionais de saúde utilizar os tratamentos alternativos. Esta hipótese faz surgir o que a doutrina identifica como “consentimento presumido”.²¹²

5. VIDA VERSUS LIBERDADE DE ESCOLHA E RELIGIÃO: A QUESTÃO DOS MENORES

Buscando entender o que vem a ser a vida para o texto constitucional, pertinente explicar que o conteúdo do direito à vida possui duas vertentes: a primeira se traduz no direito de permanecer existente e a segunda no direito de ter um adequado nível de vida. Para satisfazer o direito à existência, que se resume em continuar vivo até a interrupção da vida por causas naturais, existe a segurança

²¹¹ SANTOS,. 1998. p. 99.

²¹² Para José Henrique Pierangeli o consentimento presumido é aquele que “se coloca no pressuposto de que nele não existe um consentimento real do ofendido, mas se pressupõe a sua existência diante das circunstâncias”. Além disso, Pierangeli indica que para um segmento da doutrina que adota a teoria subjetiva é necessário reconhecer que “está diante da presunção de que, se o titular do direito tivesse conhecimento da realidade da situação, teria consentido, e, ainda, faz-se necessário que o agente atue com consciência e vontade de agir no interesse do titular do direito”. PIERANGELI, José Henrique. **Consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 148-149. No mesmo sentido: SANTOS, 1998. p. 95.

pública, a vedação da justiça privada e o respeito, inclusive por parte do Estado, à vida dos indivíduos. Já para efetivação da segunda vertente (adequado nível de vida) se faz necessário a invocação do direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196, da CF), à educação (art. 205, da CF), à cultura (art. 215, da CF) e ao lazer (art. 217, da CF).

Deste modo, tem-se que o adequado nível de vida se traduz no direito de se ter uma vida digna. Deste modo, percebe-se que “não se inclui no direito à vida a opção por não viver”.²¹³ Sendo assim, os poderes públicos não podem consentir em práticas de eutanásia, pois esta figura se mostra incompatível com o direito à vida, inclusive nos episódios em que o paciente seja capaz de manifestar seu consentimento.

No entanto, Roxana Borges explica que a não aceitação de determinado tratamento médico não desejado pelo paciente não é uma forma de eutanásia. É apenas o reconhecimento da morte como elemento da vida humana, haja vista que a condição humana é de ser mortal.²¹⁴

Deste modo, transferindo esta percepção ao problema trazido por esta pesquisa, entende-se que a dignidade da pessoa humana pode impor limites às intervenções médicas, devendo prevalecer, no caso concreto, o direito que mais se aproximar do valor absoluto da dignidade da pessoa.²¹⁵

Corroborando este entendimento, o Desembargador Marco Antonio Ibrahim afirmou que “viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra a sua vontade”²¹⁶. Na mesma esteira, é o posicionamento do Desembargador Cláudio Baldino Maciel²¹⁷, confira-se:

O direito à vida, diferentemente do que se possa acreditar, não é valor “super-preponderante”, é condição para o exercício dos demais direitos, mas isso não o torna blindado quando conflitante com os demais valores fundamentais postos na Carta Magna. (...) Não vejo como possa a recorrente ser submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial; tratamento este

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 394 a 399.

²¹⁴ BORGES, op. cit., p. 299.

²¹⁵ QUINTÃO, op. cit. p. 79.

²¹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo nº. 13229/2004. 18ª Câmara Cível. voto de lavra do Des. Marco Antonio Ibrahim. Julgado em 05 nov.2004.

²¹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 123.430-4. 3ª Câmara de Direito Privado. Voto de lavra do Desembargador Flávio Pinheiro. Julgado em 07 maio 2002-b.

que não obstante possa preservar-lhe a vida, retira dela toda a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido, desnecessária, vazia.

Entretanto, o posicionamento acima está longe de representar algo pacífico na jurisprudência. O Desembargador Flávio Pinheiro do TJRJ conclui que o direito à vida deve preponderar quando colidido com convicções religiosas. São estas as palavras do Desembargador: “Convicções religiosas não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida”²¹⁸. Na mesma linha de raciocínio o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira²¹⁹ consignou que o médico deve empregar todos os procedimentos para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade do paciente, familiares ou quem quer que seja.

No que diz respeito ao posicionamento divergente da doutrina, destaca-se que Maria Helena Diniz²²⁰, ao estudar a recusa de transfusão de sangue manifestada por pacientes adeptos à religião Testemunhas de Jeová, sustenta existir um conflito entre o direito à vida e a liberdade de religião, devendo, sob a ótica por ela apresentada, prevalecer “o princípio do primado mais relevante, que é, indubitavelmente, o direito à vida”.

A questão é ainda mais complexa, quando envolvido interesse de incapazes. Isso porque, se é possível defender que em nome da liberdade de religião e liberdade de escolha do tratamento médico pode-se impedir que o médico atue, realizando a transfusão sanguínea, em casos em que o risco fora devidamente informado ao paciente (ou este externou sua recusa previamente por meio de “testamento vital”), mesma solução, sob a ótica jurídica, não pode ser dada ao filho, absolutamente incapaz, de pais adeptos à religião Testemunhas de Jeová.

A princípio, os pais são os representantes legais do menor, estando incluso nos poderes destes a escolha quanto à matéria religiosa do menor, podendo, em tese, somente os próprios filhos se oporem à instrução religiosa²²¹. Porém, no que tange à maioria se sabe que atualmente seus conceitos são turvos, pois para fins políticos o direito pátrio reconhece como maior o jovem de dezesseis anos, já

²¹⁸ BRASIL, 2002-b.

²¹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 595000373. 6ª Câmara Cível. Voto de lavra do Desembargados Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28 mar. 1995.

²²⁰ DINIZ, 2009. p. 274.

²²¹ SORIANO, Aldir Guedes;.. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coordenadores). **Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 182-183.

para fins penais, o de dezoito ²²². Ademais, pode-se visualizar que o Estatuto da Criança e do Adolescente oferece tratamento diferenciado para a criança e para o adolescente, haja vista que o legislador entendeu que a criança necessita de maior proteção quando comparado com o adolescente. Isso se dá porque o estágio de desenvolvimento daquela é menor que o deste.²²³

Nesta esteira, pode-se visualizar que em alguns aspectos a criança e o adolescente vêm adquirindo certa “autonomia progressiva”, comprovação deste fato é que nos Estados Unidos se desenvolveu a tese “do menor amadurecido”, privilegiando a autonomia dos menores, independente de sua idade²²⁴. Nesta linha de raciocínio, explica-se que a tese desenvolvida nos Estados Unidos identificada como “tese do menor amadurecido” sopesa a capacidade decisória do menor fora de um limite arbitrário de idade, mas considera sua autonomia e seu grau de maturidade em casos concretos.²²⁵

Neste sentido, e frente à recusa de tratamento, tem-se o seguinte entendimento: a vontade do menor deverá ser respeitada nos casos em que ele manifesta de forma convicta e esclarecida o tratamento que aceita (ou não) ser submetido²²⁶. Porém, a solução não será a mesma quando o menor demonstrar maturidade dúbia ou for incapaz, devendo, neste caso, preservar a vida da criança²²⁷, ainda que esta seja filha de pais adeptos à religião Testemunhas de Jeová.

Superada estas ponderações, cabe informar que no Brasil, especificamente no mês de outubro de 2009, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo passou a apreciar o episódio ocorrido em meados do ano de 1993 em que pais, por motivos

²²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Questões Constitucionais e Legais Referentes a Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue**. São Paulo, 1994. p. 29.

²²³ Informa-se que quando uma criança pratica ato infracional ela fica sujeita à medida de proteção definida por lei. Quando o adolescente pratica ato infracional estará sujeito à medida sócio-educativa. SORIANO2009, p. 181-182.

²²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue** mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010. p. 44.

²²⁵ FERREIRA FILHO, 1994. p. 30.

²²⁶ QUINTÃO, Op. cit. p. 88, com a ressalva consignada aqui pelo co-autor deste artigo, Luiz Gustavo de Andrade, no sentido de limitar-se a autonomia do adolescente aos casos de incapacidade relativa, ou seja, permitir-se que decida, se esclarecido, apenas se possuir 16 anos ou mais, entendimento este não contemplado na idéia originária da co-autora Bruna de Oliveira Quintão, na obra citada.

²²⁷ Da mesma forma da observação anterior, entende o co-autor deste artigo que não apenas às crianças, mas também aos menores de 16 anos (portanto, a todos os absolutamente incapazes) deve-se impor à transfusão sanguínea, caso imprescindível à preservação da vida.

de convicções religiosas, negaram a realização da transfusão de sangue em sua filha de 13 anos de idade, contando, conforme informação do acórdão, com ajuda de um médico que, partilhando das mesmas convicções religiosas, incentivava os pais a continuarem com o mesmo proceder e, ainda, ameaçava processar judicialmente a equipe médica que assistia a paciente se estes realizassem a transfusão sem o consentimento dos pais²²⁸. Ocorre, todavia, que a menor veio a falecer, tendo como causa da morte assistolia ventricular, crise vâsculo-oclusiva e anemia falsiforme²²⁹. Pelo que se retira do acórdão, a equipe médica deu parecer alertando que a transfusão de sangue poderia salvar a vida da menor. Entretanto, a recusa para com a transfusão de sangue permaneceu.²³⁰

Assim, a apreciação deste episódio findou no dia 28 de janeiro de 2010 com a elaboração da seguinte ementa:²³¹

HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que, também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente, caso realizassem a intervenção sem o consentimento dos pais. Ciência da inevitável consequência do não-tratamento. Circunstâncias que, em tese, caracterizam dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas a apreciação do Júri. Recursos não providos. (sic)

Ressalta-se, entretanto, que ainda não houve o julgamento definitivo pelo Júri no caso acima.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenrolar do presente estudo demonstrou-se que a convicção das Testemunhas de Jeová em não receber transfusão sanguínea produz significativo conflito jurídico quando a mesma é analisada frente ao dever do médico de utilizar todos os meios cientificamente reconhecidos para salvar a vida do paciente.

²²⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em sentido estrito 993.99.085354-0. 9ª Câmara de Direito Criminal.. Julgado em 28 jan. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4307025>>. Acesso em 10 abr. 2011.

²²⁹ BRASIL, loc. cit.

²³⁰ BRASIL, loc. cit.

²³¹ BRASIL, loc. cit.

Sendo assim, buscou-se superar as dificuldades e obstáculos trazidos por esta situação, deixando de lado soluções simplesmente positivadas ou generalizantes, desprovidas de análise concreta, e, passou-se a estudar a real postura da Medicina e o avanço que esta conquistou, concluindo pela presença de riscos no tratamento hemoterápico, bem como pela existência de tratamentos alternativos reconhecidos cientificamente que são capazes de alcançar o(s) mesmo(s) resultado(s) da transfusão sanguínea.

Ciente desta conquista pela Medicina passou-se a estudar o direito à liberdade, em especial a liberdade de religião e seus desdobramentos (liberdade de crença e liberdade de culto), juntamente com a liberdade na escolha de tratamento médico, concluindo que o exercício desta é um direito fundamental e uma manifestação do direito da personalidade.

Concluiu-se que a não aceitação de determinado tratamento médico não desejado pelo paciente não é uma forma de eutanásia. É apenas o reconhecimento da morte como elemento da vida humana, haja vista que a condição humana é de ser mortal. Constatou-se, portanto, que ofensa à vida haveria (na concepção de vida digna) caso fosse imposto ao paciente Testemunha de Jeová o dever de se submeter à transfusão sanguínea contra a sua vontade.

O consentimento a tratamentos médicos é inerente ao direito à liberdade, incluindo a liberdade de religião. Os tratamentos podem ser escolhidos pelo próprio paciente e consignados no chamado “testamento vital”, que passa a ser a manifestação de vontade do paciente frente a situações em que se encontra impossibilitado de manifestá-la.

A questão, entretanto, é mais complexa, quando envolvido interesse de incapazes. Isso porque, se é possível defender que em nome da liberdade de religião e liberdade de escolha do tratamento médico se pode impedir que o médico atue, realizando a transfusão sanguínea, em casos em que o risco fora devidamente informado ao paciente (ou este externou sua recusa previamente por meio de “testamento vital”), mesma solução não pode ser dada ao filho, absolutamente incapaz, de pais adeptos da religião Testemunhas de Jeová. Aqui, deve-se ponderar, frente ao caso concreto, quanto à preservação dos dois bens jurídicos fundamentais: a vida do incapaz e o direito de futuramente exercer a liberdade de

religião, garantindo-lhe optar pela crença que lhe convier, quando absolutamente capaz.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. Liberdade e Dignidade da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética?. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER Letícia Ludwig (Organizadores). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Testemunhas de Jeová – Proclamadores do Reino de Deus. São Paulo: [s.n.], 1992.p.12.

ASSOCIAÇÃO TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Edição Brasileira, Testemunhas de Jeová, 2010, sem indicação da edição e do tradutor.

AZEVEDO. Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L; BARRETTO, Vicente de Paulo (Organizadores). Novos Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas. [s.d.]. Disponível em <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 25 set. 2010.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Curso de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 65

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1996.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite

(Organizadora). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 70032799041. 12ª Câmara Cível da Comarca de Caxias do Sul, Relator Desembargador Cláudio Baldino Maciel Julgado em 20. out. 2009

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial nº. 436.827-SP. 4ª Turma. Voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 01 out. 2002-a. DJ. 18 nov. 2002

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo nº. 13229/2004. 18ª Câmara Cível. voto de lavra do Des. Marco Antonio Ibrahim. Julgado em 05 nov.2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 123.430-4. 3ª Câmara de Direito Privado. Voto de lavra do Desembargador Flávio Pinheiro. Julgado em 07 maio 2002-b.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 595000373. 6ª Câmara Cível. Voto de lavra do Desembargados Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28 mar. 1995.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em sentido estrito 993.99.085354-0. 9ª Câmara de Direito Criminal.. Julgado em 28 jan. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4307025>>. Acesso em 10 abr. 2011

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões Constitucionais e Legais Referentes a Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue. São Paulo, 1994

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2003. p. 83

KAMINSKI, Jessica Torres; ANDRADE, Luiz Gustavo. A liberdade de religião e seu conflito com outros preceitos constitucionais. Caderno Direito e Justiça. Jornal O Estado do Paraná, Curitiba, 03 jan. 2010.

KANZAKI, Yumi. A Recusa da Transfusão de Sangue pelas Testemunhas de Jeová: questões jurídicas, éticas e médicas à luz do (s) direito (s) de personalidade. 2001. 103 f. Monografia – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2009

PIERANGELI, José Herique. Consentimento do ofendido na teoria do delito. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 148-149. No mesmo sentido: SANTOS, 1998.

QUINTÃO, Bruna de Oliveira. A liberdade na escolha do tratamento médico por pacientes adeptos à religião Testemunhas de Jeová: aspectos constitucionais, médicos e bioéticos. Curitiba: Monografia de conclusão de curso. Não publicada. Biblioteca do Centro Universitário Curitiba, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O Equilíbrio do Pêndulo: a bioética e a lei. São Paulo: ícone Editora, 1998.

SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coordenadores). Direito à Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum. 2009

_____. O direito à liberdade religiosa. Jornal Correio Braziliense. Caderno Direito & Justiça. Brasília: 8 de novembro de 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Testemunhas de Jeová e a Recusa em Receber Transfusão de Sangue. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, Nº. 261. 30 de Nov de 2007. p. 15.

ZENI JUNIOR, João. As transfusões de Sangue e as Testemunhas de Jeová. Gazeta do Povo. Curitiba: 1992. Coluna do Conselho Regional de Medicina. In: Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 1995.