

FABIANO ALVES OLIVEIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL DA ESCOLHA DE TRATAMENTO
MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE**

UFPA – FACULDADE DE DIREITO

MARABÁ – PA

2011

FABIANO ALVES OLIVEIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL DA ESCOLHA DE TRATAMENTO
MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para elaboração, apresentação e aprovação do Trabalho de Conclusão de Curso, e obtenção do grau de bacharel em Direito.

Professor orientador: Carlos Antônio de Albuquerque Nunes

UFPA – FACULDADE DE DIREITO

MARABÁ – PA

2011

FICHA CATALOGRÁGICA

OLIVEIRA, Fabiano Alves. *Direito Fundamental da Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue.* / 2011. 46p.

Orientador: Carlos Antônio de Albuquerque Nunes.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Pará.

Marabá. Pará.

1. Direitos Fundamentais num Estado Democrático de Direito 2. Autonomia do Paciente Mediante os Atuais Preceitos Cíveis Brasileiros 3. Escolha de Tratamento Médico em Pacientes Menores de Idade e Idosos

I. Nunes, Carlos Antônio de Albuquerque

II. Universidade Federal do Pará. Marabá. Pará III. Título

FABIANO ALVES OLIVEIRA

**DIREITO FUNDAMENTAL DA ESCOLHA DE TRATAMENTO
MÉDICO SEM TRANSFUÇÃO DE SANGUE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará como requisito para elaboração, apresentação e aprovação do Trabalho de Conclusão de Curso, e obtenção do grau de bacharel em Direito.

Professor orientador: Carlos Antônio de Albuquerque Nunes.

BANCA EXAMINADORA

1.º Examinador: CARLOS ANTÔNIO DE ALBUQUERQUE NUNES

Conceito: EXCELENTE

2.º Examinador: FRANCISCO VILARINS

Conceito: EXCELENTE

Conceito final: EXCELENTE

Data de aprovação: 05 / 12 /2011.

DEDICATÓRIAS

Acima de tudo, dedico esse trabalho a minha querida esposa Patrícia, que tanto me incentivou a seguir em frente nessa longa e difícil empreitada acadêmica, apoiando-me em todas as adversidades e me dando forças nos estudos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Jeová Deus, nosso Criador, pela vida e pelos dons do conhecimento e da sabedoria que Ele nos proporciona, e que têm sido tão essenciais na minha vida, bem como em minha formação acadêmica.

Agradeço também a contribuição de cada um dos docentes que de alguma forma tiveram sua participação nesse processo de construção de conhecimento, durante esse período no qual cursei a Faculdade de Direito.

Sou grato ainda pela colaboração e pelo companheirismo dos discentes que, junto comigo, passaram por diversas experiências e enveredaram por uma trilha que nos levará a uma bem-sucedida carreira profissional na área jurídica.

RESUMO

OLIVEIRA, Fabiano Alves. *Direito Fundamental da Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. Universidade Federal do Pará. Marabá. Pará. 2011. 46p.

Estudo bibliográfico sobre o direito fundamental da escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue. O objeto da investigação é o direito que assiste a cada cidadão de exercer sua autonomia na escolha de procedimentos médicos. O objetivo é possibilitar que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo em iminente risco de morte. Procuraremos responder à seguinte questão norteadora: Como respeitar a dignidade da pessoa humana na escolha de tratamento médico?

O método utilizado é uma revisão bibliográfica, utilizando-se de vários autores consagrados, e de decisões de nossos Tribunais.

A polêmica que permeia o tema se dá, principalmente, devido a casos nos quais são vilipendiados direitos fundamentais de indivíduos.

Palavras-chaves: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Escolha de Tratamento Médico. Transfusão de Sangue.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Fabiano Alves. *Choose the Fundamental Right to Medical Treatment without Blood Transfusion*. Federal University of Pará Marabá. Pará 2011. 46p.

Bibliographic study on the fundamental right to choose medical treatment without blood transfusions. The object of investigation is the right of every citizen to exercise their autonomy in choice of medical procedures. The aim is to enable to respect the principle of human dignity, even in imminent danger of death. We will try to answer the following question: How to respect the dignity of human choice in medical treatment?

The method used is a literature review, using a number of renowned authors and decisions of our courts.

The controversy that pervades the subject is due mainly due to cases where fundamental rights are trampled individuals.

Keywords: Human dignity. Fundamental rights. Choice of Medical Treatment. Blood Transfusion.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
2.1. Concepção individualista	6
2.2. Concepção socialista	7
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	10
3.1. Direito à vida	11
3.2. Direito à liberdade de crença religiosa	13
3.3. Direito à vida vs. Direito à liberdade de crença religiosa?	14
4. AUTONOMIA DO PACIENTE MEDIANTE OS ATUAIS PRECEITOS CIVIS BRASILEIROS	18
4.1. Autonomia do paciente diante da presença de “iminente risco de morte”	19
4.2. Validade dos documentos de antecipação da manifestação de vontade	23
5. ESCOLHA DE TRATAMENTO MÉDICO EM PACIENTES MENORES DE IDADE E IDOSOS	27
5.1. Menores de idade sem capacidade de decisão	27
5.2. Menor amadurecido	28
5.3. Idosos	30
6. CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO PENAL	34
6.1. Ausência de configuração do delito de omissão de socorro	34
6.2. Da caracterização do crime de constrangimento ilegal	37
7. CONCLUSÃO	41
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45
9. ANEXO I – INSTRUÇÕES E PROCURAÇÃO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE	47

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é analisar a questão da autonomia do paciente na escolha de tratamento médico e intervenção cirúrgica sem transfusão de sangue. Verificaremos quais os direitos que o paciente possui, e como esses direitos podem ser exercidos, tendo em vista o respeito ao ordenamento jurídico, e, sobretudo, aos princípios que dão base aos referidos dispositivos legais.

Haja vista a complexidade do fenômeno jurídico, que se compõe de vários elementos, para atingir o objetivo do qual este trabalho se propõe, será mesclada dois tipos de metodologia, a saber: o positivismo e a hermenêutica. Portanto, a análise irá nos remeter a dispositivos legais como a Constituição Federal, o Código Civil, a Resolução 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina (atualizado conforme o novo Código Ética Médica), e o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros. No entanto, acrescentar-se-á a tal método a interpretação dos respectivos dispositivos legais, levando em consideração os direitos que são inerentes à constituição humana, como, por exemplo, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, e o direito à liberdade religiosa.

Por vezes, médicos, promotores e juízes alegam que determinado paciente – que se encontra em iminente risco de morte – deve forçadamente aceitar certo tratamento médico. Como base para suas decisões arbitrárias, afirmam que há conflito entre direitos fundamentais. Em vista disso, nesses casos é comum que os direitos mais fundamentais do paciente sejam violados, em nome de se preservar a vida do paciente. Para esclarecer esses pontos tumultuosos, iremos considerar se há realmente colisão entre direitos, além de analisarmos o que está envolvido no direito à vida.

As Testemunhas de Jeová encontram-se entre o grupo religioso mais prejudicado nessa questão. Porém, não somente elas como também um crescente número de pacientes, por motivos diversos – ideológico, filosófico, etc. – têm preferido alternativas médicas sem uso de sangue a usar componentes sanguíneos.

Analisando esse quadro geral, notamos que essa discussão se faz imprescindível, a fim de que sejam esclarecidas dúvidas pertinentes no que diz respeito a como proceder para que possa ser ministrado tratamento que vise à melhora do quadro clínico e do bem-estar físico do paciente. Concomitantemente, porém, não se pode desconsiderar a autodeterminação do indivíduo, que é consolidada em sua formação social, cultural e religiosa, e que se faz indispensável para o bem-estar emocional, psicológico e espiritual do mesmo.

Logo, esse trabalho pretende trazer algumas contribuições. Na área da Medicina, essa discussão impulsiona o avanço de novas técnicas alternativas, que, por sua vez, exigem constante aperfeiçoamento e atualização por parte dos profissionais médicos. Sem se falar que tratamentos sem uso de sangue não trazem riscos sanitários para a saúde pública, riscos estes que são uma constante em transfusões sanguíneas. Por conseguinte, toda a população é potencialmente beneficiada, porque passará a ter um tratamento médico de qualidade.

Porém, a contribuição mais significativa é na esfera jurídica. A mudança no cenário social de uma coletividade sempre leva a avanços jurídicos que se adequem à nova realidade. Isso é palpável com o advento da Constituição Cidadã, promulgada em 1988. Todas as outras Constituições Federais anteriores à de 1988 mencionavam primeiramente a formação do Estado. Agora a Constituição Federativa da República de 1988 (CF/88), dá importância primordial aos direitos próprios de cada indivíduo como pessoa.

A Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990 dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Esse diploma legal também significou um grande progresso na defesa dos direitos dos menores. Outro normativo que sofreu alteração para atender aos anseios da sociedade foi a Resolução n.º 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, que foi revogado e deu lugar à Resolução n.º 1.931/09. Agora, esta Resolução do atual Código de Ética Médica está em compasso com a Constituição Federal e o Código Civil.

Esperamos que os avanços não estancassem por aí, mas que, por outro lado, sejam abertos mais precedentes nos julgados que versarem sobre o assunto, e que a legislação em vigor nosso país torne-se cada vez mais clara e específica para esses casos.

É sabido, porém, que essa é uma situação problemática e polêmica. Por isso, com base nesse problema, essa pesquisa buscará responder, entre outros, aos seguintes questionamentos: “Com fulcro nos princípios constitucionais, o paciente adulto tem o direito de recusar um determinado tratamento médico, incluindo transfusão de sangue? Em caso de iminente risco de morte, o paciente possui direito à autodeterminação? Os pais têm o direito de escolher um tratamento médico para seus filhos menores? Menores amadurecidos estão em condições de escolher seu tratamento médico, e ter sua decisão respeitada pelos médicos, promotores e juízes? O médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa a respeito da realização desse procedimento, comete alguma infração? Comete alguma infração um hospital que, de posse de uma liminar, amarram constrange e assim, aplica uma transfusão de sangue embora o paciente seja capaz, esteja consciente e, ao mesmo tempo, resiste ao referido tratamento após ter sido informado dos riscos caso não o aceite?”.

Nesta monografia, faremos uma revisão bibliográfica de renomados autores do universo jurídico que já abordaram algumas questões do tema em pauta. Para citar alguns, Silvio de Salvo VENOSA, Silvio RODRIGUES e Maria Helena DINIZ mencionarão os conceitos, e as interpretações dos artigos do Código Civil que irão enriquecer consideração a seguir.

Alexandre de MORAES e José Joaquim Gomes CANOTILHO darão enfoque ao jus positivismo constitucional e seus princípios intrínsecos, que são o fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e que permeiam o cotidiano de todos os cidadãos. Especialmente, com respeito a um assunto tão delicado e complexo quanto o fato de que pessoas, membros de uma minoria religiosa, que vivem num Estado Democrático Direito não são respeitados na sua dignidade como indivíduos que fazem parte de toda uma coletividade.

Nelson Nery JÚNIOR e Álvaro Villaça AZEVEDO, através de parecer jurídico acerca do tema exposto, farão análise da implicação que o Novo Código de Ética Médica terá em nosso ordenamento jurídico, e atestarão a harmonia entre direitos essenciais exercidos por cada cidadão.

Fernando CAPEZ, Nelson HUNGRIA, Heleno Cláudio FRAGOSO, Bento de FARIA tecerão uma abordagem do ponto de visto do Direito Penal, sobretudo se há o enquadramento nos seguintes tipos penais: omissão de socorro (artigo 135, do Código Penal), e constrangimento ilegal (artigo 146, do Código Penal). Sendo o primeiro examinado nos casos em que o médico atende à recusa do paciente de se sujeitar a determinado tratamento médico; e o segundo, nos casos em que o profissional da saúde força uma transfusão de sangue no paciente, contra a sua vontade.

Além do mais, mencionar-se-á a crescente tendência de alguns julgados de nossos tribunais que trazem uma nova interpretação – uma interpretação mais humanística – dos casos que envolvem o direito de escolha de determinado tratamento médico.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Independentemente na norma jurídica imposta pelo Estado, durante toda a História do homem a convivência em sociedade foi pautada por princípios válidos que eram de conhecimento de toda a coletividade.

Estes princípios são conhecidos como princípios fundamentais. Por serem intrínsecos à natureza humana são universais e têm aplicabilidade imediata. Dessa forma, todos os povos em todas as épocas da história humana possuíram ou possuem direitos fundamentais como norteadores de sua vida em sociedade. Ignorar tais princípios basilares é considerado como vilipêndio de tudo o que há de mais sagrado no caráter humano.

Acompanhando a constante mudança do contexto social, econômico e ideológico dos povos, os direitos fundamentais foram evoluindo com o passar do tempo, procurando se adequar à nova realidade vigente, a fim de satisfazer às novas necessidades e anseios dos indivíduos.

No início, o indivíduo não possuía direitos e liberdades. O Estado soberano detinha poder ilimitado sobre as massas e o usava de maneira arbitrária. Tempos depois uma nova concepção surgiu: a individualista. Esta colocava os direitos individuais em um local de destaque, manifestando-o como acima da vontade do Estado. Por sua vez, tal concepção foi substituída por uma concepção socialista. Nesta era, os direitos coletivos se sobrepunham aos direitos dos indivíduos. Faremos um apanhado de diversas legislações ao redor do mundo que manifestaram esse espírito.

Para fins didáticos, abordaremos a questão dos direitos humanos de maneira fragmentada, mencionando a concepção ideológica predominante em cada época da História. Contudo, a dinâmica da vida em sociedade e a inter-relação dos direitos não podem ser segmentadas.

¹ Disponível em: <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/a-evolucao-dos-direitos-fundamentais-no-brasil-1495089.html>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

2.1. CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA

O Absolutismo ficou marcado por ser uma era de opressão ao povo. Nem mesmo seus direitos mais essenciais eram respeitados. O monarca autoritário constantemente abusava de seu ilimitado poder, em detrimento de liberdades dos indivíduos. Cansados de serem abusados e humilhados, cidadãos de uma sociedade após outra começaram a se mobilizarem, a fim de que o Estado garantisse o mínimo de dignidade a eles.

Na Idade Média, as Constituições de diversos povos passaram a ser declarações de direitos que o indivíduo possui frente ao Estado. Os forais e as cartas de franquia são excelentes exemplos de documentos que enumeram um extenso rol de liberdades e privilégios dos quais o cidadão era detentor. De fato, o teor de algumas declarações dos séculos XVIII e XIX retratava o Estado como grande obstáculo para o exercício dos direitos individuais.

Durante a Revolução Francesa², a Assembléia Constituinte editou uma lei em 1789 a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” com o intuito de pôr um ponto final nos freqüentes abusos, proclamou princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” (*Liberté, Egalité, Fraternité*). Defendia-se o direito que todos tinham à igualdade jurídica, independentemente de qual grupo racial, social ou religioso se faça parte. Assim, o ordenamento jurídico impõe que todos sejam tratados da mesma forma perante a Lei.

O Estado da Virgínia, em 12 junho de 1776, foi a primeira das Treze Colônias a votar e aprovar uma declaração que punha fim à opressão absolutista da Coroa inglesa, a Declaração dos Direitos da Virgínia³:

“Artigo 1º. *Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade*

² **Revolução Francesa.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa>. Acesso em: 5 abr. 2011.

³ **Declaração dos Direitos da Virgínia.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia>. Acesso em: 5 abr. 2011.

com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”

Seguindo a inspiração ideológica da época o Brasil outorgou cartas Constitucionais com o mesmo tom da concepção individualista. Consoante nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira FILHO (2009, p. 293), “no Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 – como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais”.

2.2. CONCEPÇÃO SOCIALISTA

Já no século XX, outra corrente ideológica passa a assumir uma posição de destaque em muitas Cartas Magnas. Ao invés do Estado ser encarado como inimigo, agora é visto como um meio de assegurar certos direitos aos cidadãos.

A Constituição Mexicana⁴ de 1917, a atual lei suprema da federação mexicana, foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917 pela Assembleia Constituinte reunida na cidade de Querétaro entre 1 de dezembro de 1916 e 31 de janeiro de 1917, entrando em vigor no dia 1 de maio seguinte. Foi a primeira constituição da História a incluir os chamados direitos sociais, dois anos antes da Constituição de Weimar de 1919.

Trata-se de uma Constituição liberal, que incluiu medidas referente ao trabalho e à proteção social, bastante radicais para a época. Outrossim, reflete, entre outras, tendências expressas antes e durante a Revolução Mexicana, tais como: sensibilidade social e nacionalismo. Contém leis sociais que versão sobre tópicos importantes relativo aos direitos laborais, como, por exemplo, jornada de oito horas, direito de associação em sindicatos, direito à greve, salário mínimo, limitação do trabalho feminino e infantil.

⁴ **Constituição do México.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_M%C3%A9xico. Acesso em: 5 abr. 2011.

A Constituição republicana alemã de Weimar⁵, de 1919 era o documento que governou a curta república de Weimar (1919-1933) da Alemanha. Marcando o clímax da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX, a Constituição de Weimar, deu grande impulso ao movimento constitucionalista e consagrou os direitos sociais como sendo a 2ª geração dos direitos fundamentais. Então o Estado foi reestruturado em função da Sociedade e não mais do indivíduo. Assim o Império Alemão ganhou nova roupagem, que aparentava ser mais democrático e liberal.

A Constituição espanhola de 1931⁶, em seu título III, versa sobre os direitos e deveres dos espanhóis. Ela se subdividia em liberdades e direitos individuais (Capítulo I: Garantias individuais e políticas), e sociais (Capítulo II: Família, economia e cultura). Também reconhecia a liberdade religiosa, de expressão, reunião, de escolha de profissão, inviolabilidade do domicílio e da correspondência, igualdade frente da justiça, proteção da família, direito ao divórcio, direito ao trabalho, direitos à cultura e ao ensino. Por outro lado, ficava suprimido todo e qualquer privilégio de classe social e de riqueza. Admitia-se também a possibilidade de socialização da propriedade e dos principais serviços públicos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 menciona em seu Preâmbulo: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana (e de seus direitos iguais e inalienáveis) é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”*.

Em sequencia, seus primeiros artigos mencionam, em parte:

“Art. I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”

“Art. II. 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de [...] religião [...]”

⁵ **Constituição de Weimar**. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_Weimar. Acesso em: 5 abr. 2011.

⁶ **Constituição espanhola de 1931**. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_espanhola_de_1931. Acesso em: 5 abr. 2011.

“Art. III. Todo homem tem direito à vida [...]”

No Brasil, a partir da Constituição de 1934, os direitos econômicos e sociais foram reconhecidos e incorporados ao texto constitucional. Mas, tais princípios foram relacionados como fazendo parte do capítulo sobre a “Ordem econômica e social”. A Carta Magna nacional, de 1988, classificou os direitos coletivos como fazendo parte dos direitos e garantias fundamentais, quando a colocou no Capítulo II, sob o Título II, a Saber: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

José Luiz Bolzon de MORAIS (2005, p. 43), afirma que:

“Desde o advento da Carta Constitucional de 1988, nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensão acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos.

“Tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04 - ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam tratamento compatível com o Projeto de estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte (...).”

De acordo com a análise histórica que foi realizada, notamos o grande avanço no tratamento dispensado aos Direitos Fundamentais, revelando sua eminência no ordenamento jurídico alienígeno e pátrio. No entanto, consoante MORAIS, o Estado Democrático de Direito brasileiro ainda possui margem para melhora nesse campo.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NUM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) constitui nosso país como sendo um Estado Democrático de Direito. Como tal, caracteriza-se pela junção de dois elementos: a Democracia e o Direito. Em primeiro lugar, ele deve ser um Estado de Direito. Nesta situação jurídica, os direitos de cada indivíduo, inclusive das minorias, devem ser respeitados. O princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais são pontos marcantes dessa forma de Estado. Além disso, deve ser um Estado Democrático, baseando-se na soberania popular, divisão de poderes públicos, e outros fatores que tipificam uma democracia.

Os direitos fundamentais devem ter primazia em orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito, seja para resguardar ou implementar os referidos direitos. O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela vinculação jurídica dos poderes públicos à lei e ao Direito. Primazia do Direito em um Estado Constitucional implica a vinculação do Executivo à lei e à Constituição, o que impede a arbitrariedade em decisões administrativas. Apenas o Legislador – e não o Administrador – é convocado a decidir quando e em que condições podem ocorrer intervenções gravosas que limitem direitos fundamentais, principalmente o da liberdade individual.

Os princípios fundamentais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico. A maior parte deles encontra-se no artigo 5º. Da CF/88, reservado aos direitos e deveres individuais e coletivos. O direito à vida é um dos que ganha especial relevância jurídica. É a respeito dele que trataremos agora. Após, abordaremos acerca do direito à liberdade religiosa. E, por fim, levantaremos uma discussão sobre a existência ou inexistência de conflito entre esses dois princípios.

3.1. DIREITO À VIDA

Ao tratar Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a CF/88 garante em seu artigo 5º, *caput*: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida [...]*”.

O que representa esse direito à vida? Significa apenas direito a existir enquanto ser vivo? Significa vida apenas em sentido biológico? Não, pois, conforme o artigo 1º, II, da CF/88, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, o direito à vida significa direito à vida com dignidade. Neste conceito, estão intrínsecas duas características: a autonomia e a liberdade.

Destarte, consoante parecer do nobre jurista Álvaro Villaça AZEVEDO (2010, p. 13), quando um paciente Testemunha de Jeová opta por receber tratamento médico sem transfusão de sangue, está exercendo direito à vida em sentido absoluto. Está zelando por sua vida biológica ao buscar cuidados médicos de qualidade que evitam os perigos transfusionais. De outro lado, também está zelando por sua autonomia e liberdade de escolha de tratamento médico, cuja motivação principal é sua crença religiosa.

Para Alexandre de MORAES a dignidade é inerente à própria condição humana, como podemos ver no comentário que ele próprio faz a respeito do assunto:

“Ela concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia (sic) do predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”. (MORAES: 2005, p. 16) (grifei)

Corroborando esse entendimento acerca do que está envolvido no direito à vida, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cassou liminar que autorizava transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová adulto e capaz, revelando a importância de se respeitar a autonomia do paciente ao escolher tratamento médico. O agravo n.º 191.519-6/001, julgado em 14.08.2007 reza, em parte⁷:

“[...] o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para se encontrar conveniência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que lhe agregam [...]” (grifei).

“[...] é necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima.”

“Sim, porque não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador, sendo certo que, atualmente, o recorrente encontra-se em alta hospitalar e não há preceito normativo algum que o obrigue a retornar ao tratamento quimioterápico se houver a perspectiva de ocorrer a transfusão sanguínea.”

“[...] É conveniente deixar claro que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer outro tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão; dessa forma, tratando-se de pessoas que tem condições de discernir os efeitos dessa conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento clínico, como na petição recursal [...]”.

Como vimos, o conceito de vida digna compreende os valores morais, espirituais e psicológicos que agregam o indivíduo. Portanto, resguardar o direito à vida denota respeitar os valores de cada paciente.

⁷ **Agravo n.º 191.519-6/001**. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>, julgado em 14.08.2007. Acesso: 5 abr. 2011.

3.2. DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

O inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece, *in verbis*: “*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 suas liturgias*”.

Alexandre de MORAES (2005, p. 40) afirma que a conquista desse direito é prova incontestável da maturidade de um povo, em respeito à diversidade democrática que há entre seus cidadãos. Por outro lado, constranger uma pessoa a fazer algo que represente renúncia de sua fé é um flagrante desrespeito a toda essa diversidade ideológica, filosófica e religiosa que há em nosso país.

O exercício do direito de escolha de tratamento médico nem sempre tem motivação religiosa. Qualquer pessoa pode decidir receber ou recusar determinado tratamento médico por outras convicções. Por exemplo, um paciente com câncer pode recusar, por motivos pessoais, determinado procedimento médico, por não querer se submeter a um tratamento doloroso. Ou um paciente pode recusar certo medicamento por ser alérgico a este. Ainda assim, os profissionais da área médica devem estar preparados para tais situações, e procurar atender o paciente da melhor forma possível, providenciando alternativas ao procedimento padrão. Entretanto, a escolha que pacientes Testemunhas de Jeová fazem ganham especial relevância, pois se baseiam em suas crenças religiosas. E por se tratar de um grupo religioso minoritário, não raro sua postura quanto à recusa de transfusão de sangue é mal interpretada, sendo seus membros equivocada e maldosamente taxados como fanáticos religiosos. Esta difamação lançada por veículos noticiosos incautos e parciais distorce os fatos e mancha a reputação das Testemunhas de Jeová. Assim, médicos bem-intencionados, porém mal-informados, estariam mais inclinados a desrespeitar a vontade desses pacientes, violando sua liberdade religiosa.

CANOTILHO (2007, p. 781) expressa sua opinião sobre o assunto, nas seguintes palavras: “*As liberdades de consciência, de religião e de culto*

protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida". Seguindo essa interpretação, concluímos que o direito à liberdade religiosa é irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível.

3.3. DIREITO À VIDA VS. DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA?

Direito à vida ou direito à liberdade de crença religiosa? Qual desses direitos prepondera sobre o outro? No ordenamento jurídico, há alguma relação de hierarquia/subordinação entre esses dois preceitos? Existe realmente colisão entre esses direitos? Frequentemente, o Poder Judiciário tem se deparado com casos nos quais supostamente existe esse problema. Por isso, torna-se relevante discussão sob esse tema.

Primeiramente, analisaremos se há colisão de direitos em sentido amplo. Imaginemos a seguinte situação: um cidadão recusa se sujeitar a determinado tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese, a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual é possível uma intervenção judicial.

Nesse mesmo sentido a Portaria n.º 1820/2009, do Ministério da Saúde⁸, estabelece que a recusa a tratamento será sempre justificada, desde que não ponha em risco a saúde pública, algo que não ocorreria em razão de negativa em efetuar a transfusão sanguínea pelo praticante da religião Testemunhas de Jeová. É texto da citada portaria:

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

"5.º: o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde"

⁸ Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/portal/saude>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais.” (grifei)

Logo, concluímos que a polêmica envolvendo as Testemunhas de Jeová, referente à recusa de transfusão de sangue, não caracteriza colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, por não causar danos a bens coletivos. No entanto, alguns ainda poderiam insistir, alegando que a vida (saúde) é um bem jurídico de interesse coletivo que precisa ser tutelado acima de tudo. Todavia, ao recusar transfusão sanguínea, as Testemunhas de Jeová não desejam morrer, bem como não acreditam na cura pela fé. Afinal de contas, se os membros dessa religião desejassem morrer não iriam à busca de tratamento médico, muito menos de outras opções terapêuticas, que são mais seguras e eficazes do que o procedimento padrão.

Em sentido estrito, também não há colisão de direitos, pois as Testemunhas de Jeová desejam se submeter a tratamentos médicos alternativos, que possa tanto assegurar seu direito à vida, como seu direito à liberdade religiosa. Portanto, não há que se falar em suicídio ou eutanásia.

Nesse sentido, encontramos entendimento do douto professor, parecerista, advogado e consultor jurídico Nelson Nery JÚNIOR (2009, p.56) não há colisão de direitos fundamentais (vida x liberdade religiosa) quando um paciente adulto Testemunha de Jeová opta por um tratamento médico que evite a transfusão sanguínea, porque *“em nenhum momento a prática de seu direito acarreta dano a um bem coletivo ou a direito fundamental de outrem, tampouco configura desejo de suicídio ou cura pela fé”*.

Além do mais, a Constituição Federal consagra o direito à vida digna. Essa concepção ampla contempla a autonomia da pessoa. Assim, a liberdade de crença religiosa nada mais é do que um princípio contido no próprio direito à vida. Logo, é impossível que haja choque entre estes.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, ao julgar um caso no qual um paciente Testemunha de Jeová deseja submeter-se à cirurgia cardíaca sem uso de componentes sanguíneos, conclui:⁹

“[...] Para delimitar o âmbito deste apelo, impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à vida e o de liberdade de crença religiosa. O que se põe em relevo é o direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa. [...] O conflito não é entre direitos individuais do cidadão, mas entre o direito à liberdade religiosa e a obrigação e dever do Estado de garantir a saúde de todos, independentemente de crenças religiosas. O que incomoda-me bastante é a intransigência estatal em obrigar o recorrente a submeter-se a cirurgia que, pela técnica utilizada, ofenda os princípios religiosos dele.” (grifei).

“[...] Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la.

A preocupação do Poder Judiciário nesse caso não foi verificar qual direito – o direito à vida ou o direito à liberdade religiosa – possui maior valor ou é hierarquicamente superior na ordem jurídica, a fim de um preponderar sobre o outro. O foco das decisões foi preservar a dignidade da pessoa humana, considerando o direito à vida na sua inteireza, *in casu*, o direito de viver e a liberdade de escolha dos pacientes. Tendo a dignidade da pessoa humana como norte, dificilmente um direito fundamental será excluído.

AZEVEDO (2010) assevera que “não pode se argumentar que a postura das Testemunhas de Jeová quanto às transfusões de sangue gera um conflito de direitos fundamentais, tais como entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Pelo contrário, sua postura evidencia o exercício desses dois direitos”.

⁹ **TJMT Rec-AI 22395/2006** – Cuiabá, 5.^a Câmara Cível, Relator Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, julgado em 31.05.2006. Disponível em: <<http://www.tjmt.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2011.

JUNIOR (2009, p. 19) destaca que “decisões judiciais que imponham a pacientes Testemunhas de Jeová transfusões sanguíneas carecem de fundamento jurídico consistente, bem como de adequação social. Em geral, tais decisões baseiam-se na suposta existência de colisão entre direitos fundamentais, a qual, todavia, não existe”.

Além do mais, a Constituição Federal, de 1988, artigo 5.º, II dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei”. Então, decisões judiciais que obrigam Testemunhas de Jeová a realizarem transfusões de sangue forçadas são inconstitucionais.

4. AUTONOMIA DO PACIENTE MEDIANTE OS ATUAIS PRECEITOS CIVIS BRASILEIROS

O artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC) assegura que: *“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”*.

Mais uma vez, estamos diante duma expressão da dignidade da pessoa humana. O sucinto dispositivo supracitado é claro em respeitar a autonomia que o paciente tem de dizer “não” à intervenção médica que ponha em risco sua vida.

Ao comentar a regra do artigo 15, Silvio RODRIGUES menciona:

“[...] sob o ângulo do paciente (o artigo 15 do CC) se situa no campo dos direitos da personalidade e no campo da responsabilidade civil, constitui um mandamento ao médico para que nos casos graves não atue sem expressa autorização do paciente. Ele assegura à pessoa humana a prerrogativa de recusa a submeter-se a um tratamento perigoso, se assim lhe aprouver.” (RODRIGUES: 2002, vol.1, pp. 71 e 72)

Ainda sobre o mesmo dispositivo legal Silvio de Salvo VENOSA acentua:

“[...] singelo, traz toda uma gigantesca problemática sobre a Ética Médica, o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos. Levando em conta que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, sempre haverá, em tese, necessidade de autorização do paciente ou de alguém por ele.” (VENOSA: 2005, vol. 1, p. 210)

É sabido por todos que transfusões de sangue trazem riscos bem reais, como, por exemplo, risco de contaminação com patógenos transmitidos pelo sangue e risco de contaminação com Hepatite, AIDS e outras doenças. Ocorrem reações a transfusões, e essas são potencialmente fatais. Confundir o tipo de sangue pode ser fatal. Pacientes já morreram e ainda morrem por isso. Comumente, há também complicações após uso de sangue.

Álvaro Villaça AZEVEDO (2010, pp. 5 e 6) em parecer jurídico realizado sob consulta da Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová menciona relatórios publicados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

que atestam que transfusões de sangue trazem riscos reais de contaminação e incompatibilidade. Em 2004, a ANVISA publicou o Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue. A página 28 (vinte e oito) deste Manual esclarece que, embora o sangue seja corretamente preparado, é impossível afastar completamente os riscos intrínsecos a ele.

A ANVISA, em 2007, voltou a afirmar que terapia transfusional envolve riscos sanitários potenciais imediatos e tardios, conforme Manual Técnico de Hemovigilância – Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infecciosas, página 9.

4.1. AUTONOMIA DO PACIENTE DIANTE DA PRESENÇA DE “IMINENTE RISCO DE MORTE”

O conceito de escolha esclarecida consiste na capacidade de decisão do paciente de aceitar ou recusar qualquer intervenção médica. Além de atender as necessidades físicas do paciente, outro benefício trazido pelo tratamento alternativo à transfusão de sangue é o benefício ético. Assim, a liberdade do paciente aceitar ou rejeitar determinado tratamento médico é honrado.

Com base no documentário produzido pela Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, em formato de DVD, intitulado “Alternativas à Transfusão – Série de Documentários”, citaremos comentários de renomados professores, advogados e médicos especialistas na questão de direitos do paciente.

Por exemplo, o professor Neil Blumberg, University of Rochester, New York preconiza: *“Um dos princípios fundamentais da boa prática médica é levar em conta os desejos do paciente”*.

Para o professor Timothy W. Harding, University of Geneva, que ensina Ética para alunos de Medicina e Direito também é importante levar em conta o fator ético, ao mencionar: *“Hoje, diríamos que o dever ético de não prejudicar, de buscar o melhor resultado possível para o paciente está ligado a outro*

dever, o de respeitar a autonomia do paciente, seus conceitos e suas decisões”.

Ainda no mesmo sentido o professor Olivier Guillod da University of Neuchâtel, Switzerland, ao dissertar sobre o conceito jurídico “Direitos do Paciente” declara: *“Acho que o elemento fundamental dos direitos do paciente é o direito à autodeterminação. Isto é, o direito que todo paciente tem de decidir o que será feito com seu próprio corpo”.*

Sheila A. M. McLean, da University of Glasgow, professora de Direito e Ética na Medicina, diz: *“Os pacientes têm o direito de serem informados de que há alternativas e também de quais são os possíveis riscos e as vantagens associadas a ela.”*

Corroborando com tal entendimento, o artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina declara: *“Uma intervenção [...] só deve ser realizada depois de a pessoa ter dado consentimento voluntário e esclarecido.”*

A prática médica constata que a relação médico-paciente evoluiu e está cada vez mais parecida com uma parceria. Além disso, há evidências de que quando os pacientes se sentem mais envolvidos com seu tratamento, recuperam sua saúde mais rapidamente.

Muitos clínicos diriam que em algumas situações seria imprescindível o uso de sangue. Qual é o ponto de vista dos que têm experiência em usar alternativas em emergência, em que os pacientes correm o risco de morrer?

O Dr. Aryeh Shander, anesthesiologista do Englewood Hospital and Medical Center, New Jersey, EUA expressa sua opinião: *“O primeiro procedimento deve ser estancar a hemorragia, seja por meio cirúrgico ou outro. É importante agir rapidamente e ter em mente que há outros tratamentos disponíveis, mesmo em caso de traumatismo.”*

O cirurgião e professor da University of Jena, Germany Dr. Johannes Scheele afirma: *“Sempre deixo o equipamento de recuperação intra-operatória preparado ao tratar de trauma e perda significativa de sangue.”*

Pode um médico ignorar a autonomia do paciente nas hipóteses de “imminente risco de morte” ou de estado de inconsciência? Forçar um praticante da religião Testemunhas de Jeová a receber tratamento contra sua vontade, além de ser inconstitucional é antidemocrático. A liberdade de um cidadão não pode vilipendiada sob a frágil alegação de que sua vida será salva. Por exemplo, não se obriga ninguém a submeter-se a um transplante de órgão, sob o pretexto de que o mesmo sairá do quadro clínico que poderia levá-lo à morte. Por que seria diferente com um paciente Testemunha de Jeová que recusa intervenção médica que use componentes de sangue alogênico?

Observamos que o artigo 15 do CC não prevê exceção ao consentimento do paciente. Não importa qual seja o estado clínico do paciente, as terapias de risco podem ser recusadas.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução n.º 1.931/09 trouxe um acertado ajuste em relação à antiga Resolução n.º 1.021/80. A antiga Resolução autorizava desrespeitar todos os direitos fundamentais elencados pela Constituição e pelo Código Civil, se o médico alegasse que o paciente encontrava-se em “imminente risco de morte”. Essa decisão totalmente unilateral e arbitrária era tomada sem o consentimento do paciente ou de seus responsáveis. A Resolução n.º 1.021/80 do CFM era desarrazoada, pois desconsiderava que a Medicina dispõe diversas opções em alternativa às transfusões de sangue.

A própria Resolução que aprovou o novo Código de Ética Médica (CEM) em 2009, expressa como fundamento da revisão e atualização do novo diploma a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade. A Resolução n.º 1.931/09 traz como um de seus fundamentos o respeito às escolhas do paciente, consoante o seguinte tópico:

“XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as precisões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.”

Portanto, o médico tem a obrigação jurídica e moral de respeitar o direito de escolha de tratamento do paciente.

O artigo 22 do CEM traz uma aparente contradição, quando reza: “[...] (é vedado ao médico) 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”.

De acordo com o texto da primeira parte desse artigo, há dois passos que os médicos devem dar de fundamental importância e obrigatórios, a saber:

- a) Esclarecer o paciente sobre o procedimento a ser realizado;
- b) Obter o seu consentimento.

Lendo superficialmente, entretanto, a segunda parte deste dispositivo pode passar a impressão de que há uma ressalva para o médico desconsiderar a decisão do paciente. Por isso, precisa-se ser feita interpretação correta acerca do artigo 22.

Haverá situações emergenciais, nas quais não se conseguirá esclarecer o paciente sobre o procedimento médico a ser realizado, nem se poderá obter seu consentimento. Por exemplo: o paciente está inconsciente, não possui representante legal, nem porta documento que expresse antecipadamente suas diretrizes com respeito a tratamentos médicos. Nessa rara situação, o médico tem o direito ético de agir com base no consentimento presumido do paciente.

Vale destacar que deixar de obter o consentimento do paciente em raras e extremas situações é bem diferente do que agir contra o consentimento do paciente.

Faz-se mister analisar também o artigo 31 do CEM que menciona ser vedado ao médico *“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”*.

Apesar de o artigo 31 dizer que a hipótese de “iminente risco de morte” é exceção à vedação do desrespeito aos direitos de escolha do paciente, isso

não significa dizer que o médico possui autonomia para ir contra a vontade pré-determinada de escolha.

Analisando este artigo, Álvaro Villaça AZEVEDO assevera:

“Pior do que não ter um direito, é ser titular dele, mas não poder exercê-lo. Assim, além de ser apenas um regramento de caráter deontológico, o art. 31 não está em harmonia com a atual legislação brasileira e nem com a própria acepção do CEM.” (AZEVEDO: 2010, p.31)

Considero sensato o entendimento de Álvaro Villaça AZEVEDO (2010), pois está em harmonia com o princípio fundante previsto no tópico XXI do CEM. Além do mais, a questão da autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento sem transfusão de sangue deve ser analisada mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. Logo, mesmo sob iminente risco de perder a vida o paciente tem o direito de escolher entre os possíveis tratamentos ou intervenções médicas.

4.2. VALIDADE DOS DOCUMENTOS DE ANTECIPAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

A autodeterminação do paciente pode ser consolidada de maneira prévia através de documentos de antecipação de vontade jurídica. Dessa forma, em casos de piora do estado clínico do paciente ou de estado de inconsciência, a dignidade da pessoa humana ficará preservada.

Para garantir que a manifestação de vontade do paciente seja respeitada, as Testemunhas de Jeová elaboraram um documento legal, chamado “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde” (ANEXO I). Este documento possui diretrizes relativas a tratamentos de saúde e nomeia dois procuradores para o caso do paciente vir a ficar inconsciente.

Em seu teor, o outorgante declara expressamente que não concede a ninguém – nem ao seu procurador – autoridade para transigir, desconsiderando ou anulando as instruções assentadas no referido documento. No que diz respeito a tratamentos de saúde do paciente, seu procurador possui plenos

poderes para tomar medidas legais, a fim de garantir que a vontade do outorgante seja respeitada, conferindo-lhes poderes para o foro em geral, inclusive os constantes na cláusula *ad judicia et extra*.

O que podemos dizer sobre a validade de tais documentos? São reconhecidos perante a legislação e tribunais do mundo todo, em especial no Brasil?

Em muitos países, documentos de manifestação de vontade antecipada com respeito a tratamentos de saúde são regidos por lei. Por exemplo, os EUA regulam e disciplinam tais diretrizes antecipadas, e prevê punições para quem desrespeita a vontade do paciente.

O Brasil ainda não possui legislação específica que regule o assunto. Por isso, a matéria deve ser analisada com base no Código Civil. A questão é verificar se tais documentos firmados pelas Testemunhas de Jeová têm validade como negócio jurídico.

O Código Civil a partir do artigo 104 trata Do Negócio Jurídico, *in verbis*:

“Art. 104. *A validade do negócio jurídico requer:*
I – agente capaz;
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

Um negócio jurídico se reputa perfeito e válido quando atende, concomitantemente, a todos esses requisitos.

O artigo 5.º do Código Civil esclarece que: *“A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”*. Logo, via de regra, quando uma pessoa completa 18 (dezoito) anos de idade, torna-se capaz. Comentando os artigos 3.º e 4.º do Código Civil, os quais apresentam o rol dos absolutamente e relativamente incapazes, Maria Helena DINIZ comenta:

“[...] os absolutamente incapazes serão representados em seus interesses por seus pais, tutores ou curadores, conforme estejam sob o poder familiar, tutela ou curatela. Os relativamente incapazes, embora possam participar pessoalmente dos negócios jurídicos, deverão ser assistidos pelas pessoas a quem a lei determinar, salvo nas hipóteses em

que a norma, expressamente, permitir que ajam sem tal assistência.” (DINIZ: 2008, p. 440)

O objeto é lícito quando está em conformidade com a lei, e não é contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral. Como exemplo de negócio jurídico inválido, podemos citar a contratação de prestação de serviços sexuais. *In casu*, o objeto do documento é o direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue. Logo, já que o objeto é legal e moral, o negócio jurídico é válido e produz efeitos no mundo jurídico.

Além de lícito, o objeto deve ser possível, física ou juridicamente. Combinando os artigos 104 e 166 do Código Civil, percebemos que caso o objeto seja impossível o ato negocial será nulo. Do ponto de vista físico, os avanços da Medicina já permitem que pacientes sejam tratados sem o uso de transfusão de sangue total ou de seus quatro componentes primários. Do ponto de vista jurídico, o Código Civil – em especial o artigo 15 – e os princípios constitucionais dão amparo legal ao objeto em análise.

Além do mais, o objeto é determinável em um evento futuro, na qual for necessário proceder a um tratamento médico ou cirúrgico; e determinado, quanto à recusa de transfusão de sangue e quanto à aceitação de outras opções em alternativa ao uso de sangue.

O inciso III do artigo 104 do CC menciona que, a fim de que o negócio jurídico seja válido, deve ser elaborado obedecendo à forma prescrita ou não proibida em lei. Complementando tal requisito, o artigo 107 nos esclarece: *“A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”*.

Como vimos, a regra é a liberdade de forma. A forma prescrita em lei é a exceção. Portanto, desde que sejam respeitados requisitos mínimos, o negócio jurídico é válido. Logo, o documento “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”, usado pelas Testemunhas de Jeová, ao atender a todos os requisitos legais enumerados no artigo 104 do Código Civil (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei), constitui-se negócio jurídico válido.

Num caso concreto no qual o paciente passe por uma situação fatídica incapacitado de expressar sua vontade quanto à escolha tratamento de saúde, esse documento possui duplo efeito jurídico: vinculante e eximidor.

Segundo entendimento de André Gonçalo Dias PEREIRA (2004, p. 243), em primeiro lugar, a procuração acima citada possui eficácia juridicamente vinculante para os profissionais de saúde. Em caso de descumprimento, os mesmos serão responsabilizados na esfera civil, criminal (artigos 146 do Código penal, que define o crime de constrangimento ilegal) e ética.

Por outro lado, esse documento exime o médico de responsabilidade, pois uma vez que o paciente recuse certos tratamentos de saúde, assume os riscos de seus atos.

Quanto à nomeação de procuradores, o supracitado documento confere poderes a esses para agirem em nome do paciente caso venha a encontrar-se em estado inconsciência, estando em consonância com o artigo 653 do Código Civil, que relata: *“Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.”* Certamente, poderá constituir-se em nomeação de procurador para atuação relativa a cuidados de saúde.

Na hipótese do paciente ter nomeado procuradores, que não façam parte da família imediata, como cônjuge ou convivente em união estável, genitores, filhos e irmãos, não podem esses familiares legitimamente decidir pelo paciente, contra a sua vontade, impedindo os procuradores de agir conforme os poderes que receberam do paciente. Caso os familiares não concordem com a opção terapêutica do paciente, deve prevalecer, sempre, a vontade do paciente, por si mesmo ou por seu procurador.

Alguns profissionais voltados ao Direito médico têm afirmado que um documento de diretrizes antecipadas em questões de saúde deva ser atualizado por ocasião da intervenção cirúrgica, com vistas a confirmar ou não a vontade do paciente ao vivenciar a situação emergencial. No entanto, segundo posicionamento de AZEVEDO (2010, p. 54), não se justifica o pedido para tal confirmação, uma vez que “o Código Civil não estabelece prazo de

validade para manifestação de vontade. Essa documentação é válida até que exista manifestação em contrário. Por tal razão é que é feita com antecedência”.

5. ESCOLHA DE TRATAMENTO MÉDICO EM PACIENTES MENORES DE IDADE E IDOSOS

5.1. MENORES DE IDADE SEM CAPACIDADE DE DECISÃO

Argumenta-se que pais Testemunhas de Jeová não possuem autonomia para recusar em nome dos filhos menores de idade tratamento que envolva uso de sangue total ou de seus quatro componente primários (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma). Entretanto, o fato dos genitores não aceitarem que se aplique transfusão de sangue em seus filhos menores, não constitui recusa de tratamento médico. Somente reflete uma expressão do poder familiar sendo exercida na escolha de tratamento médico, no melhor dos interesses do menor. A título de exemplo, as Testemunhas aceitam expansores do volume do plasma, tais como o *dextran*, a solução salina ou de Ringer, ou o *hetastarch* (hidroxietila de amido), a fim de repor o volume circulatório perdido ou para estancar a hemorragia.

Mencionando acerca do exercício do poder familiar, o artigo 1.634, V, do Código Civil menciona:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:”

[...]

“V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;”

No mesmo sentido, o artigo 1.690, *caput*, do mesmo diploma legal verte:

“Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.”

Os artigos 1.634, V e 1.690, ambos do Código Civil, definem os pais como sendo representantes legais dos filhos menores, exercendo o poder

familiar como representantes para a prática dos atos civis até o menor completar dezesseis anos. A partir, dessa idade cabe aos pais, ou na falta de um deles ao outro, assisti-los.

A mídia, vez por outra, tece alguns comentários críticos e até mesmo tendenciosos, que dão a entender que quando os pais recusam que seu filho menor receba transfusão sanguínea, estariam abandonando-lhe e negando-lhe socorro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 98, II, tipifica a omissão ou abandono por parte dos pais como sendo uma das causas que dão origem às medidas protetivas à criança e ao adolescente. No entanto, o fato dos pais escolherem determinado tratamento médico sem uso de sangue não implica riscos à saúde ou à vida do menor. Portanto, tal conduta de pais Testemunhas de Jeová não configura violação do supracitado dispositivo legal.

Além disso, o pai que leva o filho ao hospital e acompanha de perto os procedimentos e tratamentos a que será submetido, não o está abandonando, mas tão somente, conforme dito, cumprindo seus deveres e direitos inerentes ao poder familiar nos melhores interesses do direito à vida e à saúde de seu filho.

5.2. MENOR AMADURECIDO

Haja vista que a dignidade é algo inerente à pessoa humana, crianças e adolescentes detém todos os direitos relativos à pessoa humana. Corroborando com esse entendimento, o ECA, no artigo 3.º, especifica:

“Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

É perceptível o progresso da em relação à autonomia que é conferida aos menores pelas legislações e pelos órgãos do judiciário. Em alguns países,

é crescente a doutrina que apóia o menor amadurecido, independentemente de sua idade.

Menor amadurecido possui capacidade de agir com discernimento para tomar suas próprias decisões, avaliando e ponderando acerca das conseqüências de seus atos. Em assuntos que envolvam a sua saúde não seria diferente: o menor amadurecido é capaz de exercer o consentimento informado.

Um dos diplomas legais que regulam o assunto é A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da criança, de 20 de novembro de 1990, no artigo 12:

“Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade.”

Já a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa) 6.^o, 2 determina que:

“Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.”

O Brasil ainda está bastante atrasado nessa discussão sobre o menor amadurecido e seu consentimento informado, pois não há doutrina ou legislação específica que tratem do assunto. Mas, alguns de nossos dispositivos reconhecem a importância de se respeitar o direito à autodeterminação de pacientes menores de idade.

O artigo 1.621 do CC diz que na hipótese de adoção o adolescente maior de 12 anos precisa consentir com tal situação. O artigo 1.740, III, do mesmo diploma legal determina que o tutor tenha a obrigação de ouvir a opinião do menor, se este já tiver completado 12 anos de idade.

Isso quer dizer que apenas os menores que tenham doze (12) anos ou mais podem exercer seu direito ao consentimento informado? O artigo 28, § 1.º do ECA lança luz sobre o assunto, ao dizer: “[...] Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada. [...]”.

Como vimos, o supracitado artigo não faz menção nenhuma de idade mínima exigível para que o menor tenha sua opinião levada em consideração. Haverá algumas situações nas quais a decisão do menor se contraponha até mesmo à dos pais. Nesse caso, qual opinião deverá se sobrepôr em relação à outra? O Conselho Regional de Medicina do Ceará, em parecer versando sobre paciente adolescente que recusou submeter-se à cirurgia mutilatória, assim decidiu¹⁰:

EMENTA – Adolescente em gozo de suas faculdades mentais tem livre direito de recusa de tratamento cirúrgico mutilador, mesmo contrariando o consentimento dos genitores. [...] É do parecer deste Conselho Regional de Medicina que uma paciente de 17 anos, portadora de osteosarcoma de fêmur, tem autonomia para decidir se aceita ou não procedimentos médicos que porventura lhe sejam propostos; mesmo adolescente tem ela a capacidade de escolher, pois lhe assiste o discernimento para entender os fatos. (Parecer CREMEC N.º 16/2005 – grifo nosso).

Do mesmo modo, o paciente Testemunha de Jeová menor de idade que possui discernimento suficiente para avaliar a situação e compreender as conseqüências envolvidas, possui capacidade de decisão relativo a tratamento médico de sua saúde. Vale ressaltar que por capacidade entenda-se capacidade natural, isto é, capacidade de discernimento, e não capacidade civil. Portanto, o que deve ser levado em consideração é a maturidade, ao invés da idade pura e simplesmente, do menor.

¹⁰ Dispo nível

em:

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMCE/pareceres/2005/16_2005.htm.

Acesso

em: 02 abr. 2011.

5.3. IDOSOS

Os idosos geralmente fazem parte de um público vulnerável que precisa constantemente da figura de um intercessor pelos seus direitos. Com respeito, ao exercício do direito de escolha de tratamento médico o quadro permanece o mesmo. Para satisfazer essa necessidade de tutela dos interesses dos idosos, a Lei 10.741, de 1.º de outubro de 2003 dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

Em seu artigo 17, *caput*, destaca-se que se o idoso estiver no domínio de suas faculdades mentais, tem o direito de optar pelo tratamento médico que julgar mais adequado. Ressalta-se que não importa em qual estado clínico o paciente idoso encontra-se, seja sua situação emergencial ou não. O ancião, após ser aconselhado pelo médico, possui experiência e sabedoria suficiente para decidir o que é melhor para sua saúde.

Todavia o parágrafo único do referido artigo trata de uma excepcionalidade:

“Art. 17. [...]

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.”

Esse parágrafo menciona uma ordem a ser seguida, na hipótese de incapacidade do idoso exercer sua vontade. Os incisos I e II afirmam que seus representantes, o curador ou os familiares, são responsáveis por ele. O médico somente intervirá se não estiver presente nenhum dos representantes do idoso, se houver grave perigo de morte, e se não se conseguir contato com o curador ou um dos familiares. Para evitar que, numa situação emergencial como a acima relatada, o direito do ancião que está sob cuidados médicos seja

ignorado, faz-se imprescindível que os mesmos portem documentos de identificação e que tragam diretrizes acerca de procedimentos médicos.

Nessas circunstâncias, de grande valor é possuir um documento de manifestação de vontade antecipada, como o que as Testemunhas de Jeová usam, denominado Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde.

O capítulo II do Estatuto do Idoso intitulado “Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, em seu artigo 10 versa:

“Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1.º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – [...];

II – [...];

III – crença e culto religioso;

IV – [...];

V – [...];

VI – [...];

VIII – [...].

§ 2.º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3.º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

O artigo 10 determina que o idoso deva ser tratado com a dignidade que é essencial a toda e qualquer pessoa humana. Como vimos, o conceito de dignidade passa pela junção de dois aspectos: a autonomia e a liberdade. Cada direito fundamental é uma expressão da dignidade. Por exemplo, o direito à vida significa ter direito a ser tratado com dignidade e respeito às suas convicções.

O § 1.º, III, diz que o idoso possui o direito a exercer sua crença e seu culto religioso, livremente. Um paciente idoso, pertencente à denominação religiosa Testemunhas de Jeová, decide abster-se de transfusão sanguínea devido a fortes convicções religiosas. Logo, para esse grupo, há mais um

motivo ético e legal na qual se devem alicerçar o direito dos idosos escolherem determinado tratamento médico ou procedimento cirúrgico sem uso de sangue.

Em sequência, o § 2.º realça que o respeito à dignidade do idoso envolve a integridade psíquica e moral. A fim de atingir esse objetivo, devem-se preservar sua autonomia, valores, idéias e crenças. Assim, quando um idoso Testemunha de Jeová não tem sua autonomia levada em conta pelo profissional da área de saúde ou pela instituição hospitalar, implica violação de seu corpo, semelhante a um estupro, com sério danos para seu psíquico.

Portanto, por se tratar de um grupo de pessoas indefeso e hipossuficiente, os idosos precisam de atenção e cuidados de seus familiares. Por sua vez, os médicos, profissionais do Direito e juízes também precisam sentir-se compromissados com a preservação da dignidade da pessoa humana do paciente, por acatarem a vontade deste, relativa à escolha de tratamento médico.

6. CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO PENAL

Não se pode olvidar que o direito do paciente à sua autodeterminação, no que diz respeito à escolha do melhor tratamento médico para si, além de encontrar amparo nas normas constitucionais, civis e internacionais, é também resguardado pelo direito penal brasileiro. Dois artigos do Código Penal ganham especial relevância no tema acima exposto: o artigo 135, que define o crime de omissão de socorro; e o artigo 146, que trata da configuração do crime de constrangimento ilegal.

6.1. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE OMISSÃO DE SOCORRO

O artigo 135 do Código Penal define o crime de omissão de socorro nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

Omissão de Socorro.

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.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Segundo CAPEZ (2007, pp. 205 e 206), antes de constituir um dever jurídico, o dever de prestar mútuo socorro constitui, sobretudo, um dever ético de solidariedade. Omissão é o comportamento negativo, o *non facere*. O elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo. Logo, não se deve falar em omissão de socorro culposa, pois é necessário que haja a consciência de que a vítima está em situação de perigo.

Comentando o dispositivo legal em pauta, acentua FARIA (1961, p. 128) que ele não cogita de “um delito culposo, mas doloso. O que se reprime por este dispositivo não é o procedimento indolente, mas a ação de não querer, livremente dispensar a assistência podendo ser prestada”. FRAGOSO (1962, pp. 124 e 125) ressalta que “risco de morte ou de lesão pessoal grave deve ser considerável”, não podendo faltar o “dolo, a vontade de omitir assistência ao periclitante”. HUNGRIA (1955, pp. 430 e 433) salienta que entre os elementos do crime está “o dolo específico, o elemento subjetivo”, caracterizado pela “vontade consciente e livre de não prestar possível socorro a quem o agente sabe nas condições previstas, no dispositivo legal. O crime só é punível a título de dolo, direto ou eventual”.

Observando o posicionamento desses e de outros penalistas, que compõem a corrente majoritária, concluímos que o dolo é elemento essencial na caracterização do crime. Assim, a sujeição do médico à vontade do paciente não pode caracterizar omissão de socorro, tipificado no artigo 135 do Código Penal. Já que o paciente tem o direito de escolher não se submeter a determinado tratamento, o médico tem o dever de respeitar a decisão do paciente.

Como se observa da leitura do tipo penal, o elemento do tipo penal está “na intenção de omitir-se com a consciência do perigo com isso mantido”.¹¹ Desse modo, o médico que recomenda a transfusão de sangue, ao contrário do que exige o tipo, tem a intenção de tratar o paciente. Se este a recusa, o médico não está se omitindo a prestar socorro, sendo atípica a conduta, porque lhe falta o elemento subjetivo do tipo, a saber, o dolo de submeter o sujeito passivo a situação de perigo. (JUNIOR: 2009, pp. 30 e 31)

Há casos em que o sujeito passivo é uma criança. Nessa hipótese, a doutrina¹² classifica como caracterizado delito, se tratar-se de:

- a) Criança abandonada: é a largada de forma proposital por quem detinha do direito de vigilância. Diferentemente do crime de

¹¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, v. IV, Campinas: Millennium, 1999, § 188, p. 360.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte especial, volume 2, 7.ª edição. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

abandono de incapaz, o agente já encontra a vítima em situação de abandono e não faz nada para socorrê-la;

- b) Criança extraviada: é a criança perdida, que não sabe retornar à sua residência.

Com base nesses conceitos doutrinários, estamos aptos a resolver a seguinte questão: quando os pais recusam transfusão de sangue para filho menor de idade, a justiça pode condená-los por omissão de socorro? A resposta é negativa, pois falta à conduta o próprio tipo objetivo, caracterizado pela ausência de prestação de socorro à criança abandonada ou extraviada. A criança está no poder familiar dos pais, tendo suas necessidades físicas, emocionais e espirituais supridas da melhor maneira possível, no aconchego do lar, envolta em muito amor e afeto. Ela não está nem abandonada, nem perdida. Os pais só querem que seu filho receba o tratamento médico mais seguro e eficaz.

Frequentemente tem havido casos de omissão de assistência médica, os quais vêm sendo bastante debatidos no âmbito dos tribunais. Vejamos alguns casos nos quais a jurisprudência entendeu que a conduta do médico caracterizou o crime de omissão de socorro:

- a) Exigência médica de depósito prévio de dinheiro – se o paciente é pobre, é crime¹³;
- b) Médico que se recusa a prestar assistência a doente grave alegando estar de folga¹⁴, a falta de pagamento de honorários ou a inexistência de convênio¹⁵;
- c) Enfermeira que se recusa a atender sob a alegação de inexistência de convênio com o hospital¹⁶;
- d) Recepcionista que a pretexto de prévio preenchimento de ficha hospitalar se recusa a acolher a vítima e encaminhá-la ao médico¹⁷.

¹³ RT, 511/427.

¹⁴ RT, 516/347.

¹⁵ JTACrimSP, 83/321

¹⁶ RT, 512/389.

Porém, há outra situação bastante comum na prática médica: o paciente que recusa tratamento de transfusão de sangue e opta por tratamentos médicos que a dispensem. No caso em tela, se o médico respeitasse a determinação e a escolha de seu paciente, recorrendo a outras opções terapêuticas seguras e eficazes, estaria ainda assim incorrendo no crime de omissão de socorro? A resposta é um sonoro “não”.

O extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo corrobora com esse entendimento: “O que o artigo 135, do CP, define como crime é a falta de assistência. Comprovado que as acusadas estão assistindo a menor, ainda que através de terapêutica distinta, mas abandonada por critério médico, inexistente justa causa sob esse título, para a ação penal”¹⁸.

Em suma, o tipo penal se perfaz por “deixar de prestar assistência”. Segundo AZEVEDO (2010, p. 40), quando o médico, mediante vontade livre e consciente, nega qualquer tipo de assistência ao paciente, abandonando-o, está praticando o delito de omissão de socorro. Contudo, cuidar de um paciente por utilizar tratamentos médicos que dispensem o uso de transfusão de sangue não configura o tipo penal de “deixar de prestar assistência”.

6.2. DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

A tipificação do crime de constrangimento ilegal está claramente expresso no Código Penal, artigo 146, *caput*, conforme abaixo:

Constrangimento ilegal.

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 – detença, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

¹⁷ TAPR, RT, 570/383.

¹⁸ TACRIM-SP – HC – Rel. Marrey Neto – RJD 7/175.

O crime de constrangimento ilegal integra a seção intitulada “Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”. Liberdade pessoal consiste na liberdade de autodeterminação, compreendendo a liberdade de pensamento, de escolha, de vontade e de ação. Está ela consagrada na Magna Carta em seu artigo 5.º, II, que reza: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal dispositivo constitui, antes de mais nada, uma garantia assegurada ao cidadão de não ter a sua liberdade de ação ou omissão tolhida pela ação arbitrária do Estado e dos demais cidadãos, pois somente o comando legal poderá dizer o que lhe é permitido ou proibido fazer. Veda-se assim, qualquer coação no sentido de obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer algo que por ele não está obrigado. (CAPEZ: 2007, p. 297)

A conduta tem seu núcleo no verbo *constranger*, que significa coagir, compelir, forçar obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer algo que por lei não está obrigado. Ação de constranger deve ser ilegítima, ou seja, o coator não deve ter o direito de exigir da vítima a realização ou abstenção de determinado comportamento. (CAPEZ: 2007, p. 297)

Não há, em nossa legislação, dispositivo legal que obrigue um paciente a aceitar ou submeter-se a um determinado tratamento médico. Aliás, procurar tratamento médico é uma faculdade e não uma obrigação. Então, constranger o paciente à realização transfusional, quando tal tratamento foi expressamente recusado pelo mesmo, configura o crime de constrangimento ilegal. (AZEVEDO: 2010, p. 40)

Entretanto, o artigo 146 do Código Penal, § 3.º, I versa da seguinte maneira:

§ 3.º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificado por iminente perigo de vida;

Todavia, a excludente prevista no § 3.º, inciso I, refere-se às situações de consentimento presumido, tal como a prevista no artigo 22 do atual CEM (Código de Ética Médica). Ou seja, somente se ao médico avaliar que o paciente está em iminente risco de morrer, e não tiver como colher sem

consentimento (ou por estar inconsciente e desassistido de seu representante legal, ou por não portar documento que contenha diretrizes antecipadas sobre tratamento de saúde), poderia agir em conformidade com esta ressalva estabelecida. Não é para menos que o legislador usa o termo “sem” o consentimento do paciente, a fim de dirimir quaisquer dúvidas que porventura possam surgir quanto à aplicação deste dispositivo.

Situação bem diferente encontra-se em o paciente expressar sua determinação, relativa a tratamentos de saúde, seja por meio verbal, seja por meio escrito. Como já exposto anteriormente, documentos de antecipação de vontade, devidamente preenchido e assinado, constituindo procuradores e descrevendo que tratamentos são aceitáveis e quais são recusados, atingem bem essa finalidade. Destarte, se o médico desconsiderar a vontade do paciente estará agindo “contra” e não “sem” o consentimento do próprio.

Como visto, a expressão “imminente perigo de vida” não pode ser interpretada isoladamente. É necessário realizar uma interpretação teleológica, levando-se em conta todo o ordenamento jurídico no qual a norma está inserida. Outro fator relevante é considerar a grande mudança que houve na relação médico-paciente. Aquele paradigma paternalista não está mais em voga. Hoje em dia, os pacientes estão mais informados e mais atuantes em seus tratamentos de saúde.

Diferente do ultrapassado Código Penal, de 1940, a Constituição Federal, de 1988, consagrou o princípio da “dignidade da pessoa humana”. Também nesse sentido, o moderno Código Civil, de 2002, não condiciona o respeito às determinações do paciente ao seu estado clínico.

Portanto, não há que se interpretar que a recusa pelo paciente à transfusão sanguínea importaria suicídio, pois o paciente Testemunha de Jeová manifesta seu desejo de receber tratamento de qualidade, entre as alternativas viáveis e eficazes, em substituição ao dito procedimento transfusional. Pelo princípio da autonomia da vontade, a escolha cabe sempre ao paciente. (AZEVEDO: 2010, p. 42)

Sobre o tema, merece destaque a passagem do livro de André Gonçalo Dias Pereira, citando Paulo Sancho, em artigo tirado da Revista da Ordem dos Médicos de Junho de 1997:¹⁹

“Num caso concreto, que mereceu apreciação do Contencioso da Ordem dos Médicos, concluiu-se de igual modo, que: ‘age de forma deontologicamente correcta o médico que se abstém de efectuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal.’”

Citamos ainda o entendimento do médico Telmo Reis FERREIRA exarado na Sessão Ordinária do Conselho Federal de Medicina, ocorrida no dia 29 de agosto de 1980:²⁰

“Estaria de acordo com a conclusão se esse artigo [CP 146] dissesse a intervenção médico-cirúrgica contra o consentimento, porque se ele não manifestou para dar o consentimento ou não, está bom, o médico faz como entender. Mas se ele se manifestou contra isso, aí eu já não estou mais de acordo. O Código não diz contra. Diz sem consentimento.”

Por fim, podemos notar que caso um hospital, que esteja de posse de uma liminar, amarre, constranja, e aplique uma transfusão de sangue em paciente capaz e consciente, que recusou referido tratamento, dependendo de forma como o crime é praticado, da motivação do profissional de saúde, e das conseqüências físicas e emocionais sofridas pelo paciente, poderá configurar “constrangimento ilegal” (art. 146, CP), “lesão corporal” (art. 129 e parágrafos, CP) ou, até mesmo “tortura discriminatória” (art. 1.º, I, c, Lei n.º 9.455/97). Se assim fizer, o hospital poderá ser responsabilizado objetivamente por dano moral e material e o Estado, pela atuação judiciária. (AZEVEDO: 2010)

¹⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente – estudos de direito civil**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 505.

²⁰ **Notas taquigráficas da Sessão Ordinária do Conselho Federal de Medicina de 29 de agosto de 1980**. Disponível em: http://www.mda.gov.br/portal/nead/publicacoes/download_orig_file?. Acesso em: 21/11/11.

7. CONCLUSÃO

O ideal seria que os direitos fundamentais, quais corolários da nossa Constituição Federal, fossem respeitados, seja qual for ele e independentemente da aplicação *in casu*. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito se fortaleceria e daria ao seu cidadão uma melhor qualidade de vida, através da preservação do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, e à liberdade religiosa, dentre outros.

No que tange a tratamentos de saúde, o procedimento médico isento do uso de sangue deveria ser o tratamento padrão e não apenas uma alternativa a este. Entre os numerosos motivos para que isso acontecesse, podemos citar apenas dois. Primeiro, do ponto de vista da Medicina, esta é a medida mais segura, eficaz e barata que há. Segundo, do ponto de vista do Direito, este procedimento está em consonância com o consentimento informado do paciente e respeita o direito à autodeterminação dos grupos minoritários, inclusive das Testemunhas de Jeová, que por motivos religiosos não aceitam tratamento de saúde que envolva o sangue alogênico.

Entretanto, ainda há algumas barreiras para que esse ideal seja alcançado. A realidade que enfrentamos é bem diferente (e atrasada!). Apesar do Brasil ser denominado como um Estado Democrático de Direito, o qual deveria ser alicerçado em princípios norteadores, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda é frequente a violação dos direitos mais básicos dos cidadãos – muitas vezes causada diretamente pelo Estado e seus agentes – , especificamente referente a tratar de pacientes Testemunhas de Jeová que recusam transfusão sanguínea.

Obrigar as Testemunhas de Jeová a realizarem transfusão de sangue contra sua vontade constitui uma ação inconstitucional. Essa inconstitucionalidade não advém apenas da violação ao exercício da liberdade religiosa, mas também da desconsideração do próprio Estado Democrático de Direito, CF, 1º.

A violação ao Estado Democrático de Direito ocorre porque a religião Testemunhas de Jeová, enquanto minoria, não é respeitada. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio em lapidar voto asseverou que desrespeitar o direito das minorias constitui ação inconcebível em um Estado Democrático de Direito. De acordo com o ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO:

“No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre - , é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, porventura requeiram mais força do Estado como anteparo para que lhe seja preservada a identidade cultural ou, no limite, para que continue existindo.

Aliás a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização das mais complexas, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar os meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais.

Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o apredizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais.” (STF, Pleno, ADIn 1351-3, rel. Min. Marco Aurélio, voto do relator, j. 7.12.2006.)

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

Como conciliar o consentimento do dever médico de prover tratamento com o direito do paciente ao consentimento informado? Destaque-se,

primeiramente, o direito do paciente de ser informado pelo médico que o assiste quanto à existência de alternativas de tratamento de sua enfermidade. Esse direito é garantido ao paciente pela aplicação dos princípios constitucionais (da dignidade da pessoa humana), da autonomia (do artigo 15 do Código Civil) e, se cabível ao caso, pela relação de consumo de que fazem parte o médico e ele. Assim, o médico deve informar o paciente, para que este expresse, inequivocamente, seu consentimento, elegendo a alternativa de sua preferência. O dever do médico, após as informações prestadas ao paciente, é realizar o tratamento por este escolhido. Caso assim não entenda o médico, deverá declinar a assistência em favor de outro profissional que concorde com a posição do paciente.

Diante do exposto, observamos um grande “abismo” entre o ideal e a realidade na qual estamos inseridos. Portanto, há uma grande e urgente necessidade de aproximar o ideal do real. Para tanto, é necessário que médicos tenham melhor formação acadêmica e profissional, tendo contato com novas técnicas que dispensem a manipulação e a infusão de sangue nos pacientes. Conhecimento esse já amplamente difundido nos grandes científicos dos países ricos. Porém, mais ainda deve-se cobrar de juízes e promotores, pois esses detêm do conhecimento jurídico, e não-raro são os mesmos que autorizam liminares autorizadoras de transfusões forçadas.

Sabemos que solucionar esse problema não é fácil, por se tratar de um tema tão polêmico e complexo. No entanto, na busca de soluções, a fim de se obter o equilíbrio jurídico, fazemos nossas as palavras de alguns renomados pesquisadores. Afinal de contas, indiscutivelmente, os tratamentos sem transfusão de sangue se consolidaram e caminham cada vez mais para desenvolver novos pontos. Dentre esses pontos podemos destacar:²¹

- a) A necessidade de desenvolver-se um currículo educacional centrado nos aspectos clínicos da prática transfusional e no uso de alternativas às transfusões.

²¹ Lawrence T. GOODNOUGH, Aryeh SHANDER e Richard SPENCE. **Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion**, cit., p. 669.

- b) É necessário reavaliarmos como opções razoáveis de conservação sanguínea: a segurança e a eficácia de rebaixar os níveis os quais se realizam as transfusões e a aceitação da anemia.
- c) Os substitutos dos GVs e das plaquetas, atualmente em vários estágios de testes clínicos representam novas opções terapêuticas.
- d) Um uso mais amplo dos agentes hematopoéticos, incluindo novos produtos, atualmente sob testes clínicos (por exemplo, novas formas de r-Hu-EPO, trombopoietina recombinante), reduzirão a dependência ao sangue alogênico.

Essas opções foram sugeridas a fim de que pudesse haver melhora no atendimento médico, respeitando o consentimento informado do paciente. Não podemos olvidar, todavia, da formação acadêmica que os bacharéis em Direito recebem nas Faculdades. Assim como no caso dos estudantes de Medicina, também faz-se necessário uma reavaliação da grade curricular do Curso de Direito, bem como a metodologia usada em sala de aula, que deveria ser menos positivista e envolver mais abordagens hermenêuticas e axiológicas do universo jurídico. Em consequência, deveria ser desenvolvido um novo currículo educacional que atendesse a essas exigências, e preparasse esse profissional a respeitar o direito das minorias, e perceber o real sentido da Constituição Federal (CF/88).

Os Direitos Fundamentais fazem parte da realidade da pessoa humana, onde passou por muitos momentos de discussões e ideologias, conforme prima também às garantias destas, que é de proteger também, os direitos reais e válidos, onde o Estado tem o seu papel de responsabilidade com o sujeito, e o indivíduo por sua parte busca sempre resguardar esses direitos, pautados pela legalidade constitucional vigente, porém, tem também o seu percurso temporal, cultural, filosófico, político, dogmático..., visando sempre o bem comum do cidadão no âmbito jurídico e social.

Haja vista o avanço jurídico que houve no decorrer da História, concluímos que é possível que a proteção aos Direitos Fundamentais,

sobretudo os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, seja consolidada cada vez mais. Por isso, temos a esperança de que um dia todos se sintam guarnecidos pela Constituição Federal (CF/88) e normas infraconstitucionais, referente ao exercício da sua cidadania, quais membros de um Estado Democrático de Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue Mediante os Atuais Preceitos Cíveis e Constitucionais Brasileiros**. Parecer, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos in Código das Sociedades Comerciais, homenagem aos Prfs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte especial, vol. 2. Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, 7.^a edição.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Ed. Saraiva, São Paulo, 25.^a edição, 2008, vol. 1, p. 440.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro (Comentado)**. Ed. Distribuidora Record, Rio de Janeiro, vol. IV, 3.^a edição, 1961, p. 128.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, São Paulo, 35.^a edição, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, José Bushatsky. Ed. São Paulo, 1962, 2.^a edição, 1.^o vol., pp. 124 e 125.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 3.^a edição, 1955, vol. V, pp. 430 e 433.

JUNIOR, Nelson Nery. **Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como Exercício Harmônico de Direitos Fundamentais**. Parecer, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas, São Paulo, 2005, 17.^a edição.

MORAIS, José Luiz Bolzon de. **Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional**. p.43. In. AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente – estudos de direito civil**. Ed. Coimbra, Coimbra, 2004, p. 505

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**, cit. III, § 26, p. 243.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Parte Geral. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, 32ª edição.

VADE MECUM. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009, 7.^a edição atualizada e ampliada.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Parte Geral. Ed. Atlas, São Paulo, 5.^a edição, 2005, vol. 1, p. 210.