ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue

mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros

CONSULTA

Consulta-me a Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, sobre questões relativas ao direito de escolha de tratamento médico e de recusa à utilização de transfusão de sangue, nesse tratamento.

Foi-me enviado farto material doutrinário e jurisprudencial para análise, tendo sido formulados quesitos, que estão transcritos e respondidos, a final.

PARECER

INFORMAÇÕES INICIAIS

Histórico e organização[1]

As Testemunhas de Jeová iniciaram sua atividade nos tempos modernos na década de 1870. Eram chamadas, no início, de Estudantes da Bíblia. Todavia, em 1931, adotaram o nome bíblico de Testemunhas de Jeová.[2]

A organização desenvolveu-se de um pequeno núcleo até reunir milhões de Testemunhas, incumbidas de pregar em 236 países.

A Bíblia constitui a base do que se ensina, sendo as reuniões iniciadas e encerradas com orações e com *cânticos espirituais*.[3] A entrada é franca e não se faz coleta.[4]

O maior número das congregações realiza as reuniões num Salão do Reino, que é, geralmente, um prédio simples, construído por voluntários das Testemunhas de Jeová, sendo as despesas cobertas por donativos voluntários. Todo ano são realizados também grandes assembleias e congressos.

A sede mundial das Testemunhas de Jeová está em Nova York, nos EUA. Há também mais de 118 filiais e congêneres em todo o mundo, onde existem voluntários que ajudam a imprimir e a despachar publicações bíblicas, fornecendo ainda orientação para organizar a pregação.

Quem são?[5]

As Testemunhas de Jeová são pessoas comuns, estão interessadas no bem-estar do próximo, e procuram, em sua relatividade, aprender de suas experiências e estudam

---

[1] Na brochura *O Que Deus Requer de Nós?,* página 28, publicada pela Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 1996, ou no *site* www.watchtower.org.

[2] Antigo Testamento, Isaías 43:10: *"Vós sois as minhas testemunhas, diz o Senhor".*

[3] Novo Testamento, Epístola aos Efésios 5:18, 19: *"Falando entre vós mesmos em salmos, e em hinos, e canções espirituais, cantando, e louvando ao Senhor em vossos corações".*

[4] Novo Testamento, Evangelho de Mateus 10:8: *"Dai de graça o que de graça recebestes".*

[5] Na Brochura *Testemunhas de Jeová — Quem São? Em Que Crêem?,* 2000.

diligentemente a Bíblia para fazerem os ajustes necessários. Em todas as suas atividades procuram a orientação da Palavra de Deus e de Seu Espírito Santo.

Procuram as Testemunhas basear suas crenças, sempre, na Bíblia e não em credos religiosos ou em meras especulações.

Assim, as Testemunhas acreditam que todos os ensinamentos devem estar de acordo com as Escrituras, crendo que a Bíblia é a Palavra de Deus.

Existem mais de 7.000.000 de Testemunhas de Jeová em 236 países, informa a Consulente.

Postura quanto à Medicina e tratamentos médicos

Ao tomarem decisões, incluindo as de natureza médica, as Testemunhas de Jeová esforçam-se em fazer isso em harmonia com os princípios bíblicos visando preservar sua relação pessoal com Deus.

Por encararem a vida como dádiva de Deus, acreditam que devem salvaguardar sua saúde. Por esse motivo, buscam prontamente cuidados médicos profissionais, em vez de a "cura pela fé" ou "cura pela oração". Como não defendem o "direito de morrer" e não pretendem ser mártires, conscienciosamente procuram tratamento médico de qualidade para si e suas famílias. Também se empenham para manter um estilo de vida salutar, cuidando da higiene pessoal e doméstica. Além disso, não fumam, não fazem uso de entorpecentes, não abusam de bebidas alcoólicas, nem realizam abortos.

As Testemunhas de Jeová recusam resolutamente as transfusões de sangue total e de seus quatro componentes primários, ou seja, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Ao agirem dessa forma, obedecem à diretriz bíblica encontrada no livro de Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículos 28 e 29. Esse decreto apostólico, feito no primeiro século da era cristã, reiterou o mandamento divino que havia sido dado a Noé, antepassado da humanidade de acordo com o registro bíblico, e reafirmado a Moisés por ocasião da Lei Mosaica. — Gênesis 9:3, 4; Levítico 7:26, 27; 17:1, 2, 10-14; Deuteronômio 12:23, 24.

As Testemunhas de Jeová acreditam que cabe a cada paciente determinar se aceitará ou rejeitará medicamentos feitos com frações menores de sangue e certos procedimentos ou exames médicos envolvendo o uso de seu próprio sangue, os quais estão disponíveis atualmente para a maioria da população. Visto que a Bíblia não fornece orientação

específica sobre o uso de frações de sangue, cada paciente deve decidir se aceitará ou não o uso médico dessas substâncias.

A postura das Testemunhas de Jeová quanto à escolha de tratamento médico sem sangue jamais visou confrontar a classe médica. Para tanto, elas estabeleceram uma rede de mais de cem Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs) no Brasil, nas principais cidades e centros médicos do país. Quando permitido ou solicitado, esses colaboradores treinados e bem informados podem interagir com médicos, administradores hospitalares, assistentes sociais e membros do judiciário. Eles colocam-se à disposição para apoiar médicos dispostos a tratar pacientes Testemunhas de Jeová, fazendo apresentações a pessoal profissional, provendo informações clínicas e científicas pertinentes, participando em eventos médicos e muitas outras atividades de suporte à classe médica. Em apoio às COLIHs, existe a provisão dos Grupos de Visitas a Pacientes (GVPs), que proveem apoio espiritual, emocional e, se necessário, suporte físico para os pacientes internados em hospitais.

Em resumo, as Testemunhas de Jeová não são avessas à Medicina. Na realidade, apenas desejam que seu direito de escolher um tratamento médico sem transfusões de sangue seja respeitado.

TRANSFUSÃO DE SANGUE E SEUS RISCOS

O tratamento com transfusão de sangue, por sua própria natureza, comporta riscos inafastáveis de contaminação e incompatibilidade. Não há como se ministrar uma determinada terapia sem antes ser confrontada com os seus riscos.

Por exemplo, o *Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue,* publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA em 2004, na página 28, esclarece que: *o sangue, pela sua característica de produto biológico, mesmo quando corretamente preparado e indicado, carrega intrinsecamente vários riscos, sendo impossível, portanto, reduzir a zero a possibilidade de ocorrência de reações adversas após uma transfusão*.

Além disso, no ano de 2007, a ANVISA voltou a afirmar, agora no *Manual Técnico de Hemovigilância – Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infecciosas: a terapia transfusional é um processo que mesmo em contextos de indicação precisa e administração correta, respeitando todas as normas técnicas preconizadas, envolve risco sanitário com a ocorrência potencial de incidentes transfusionais,*

sejam eles imediatos ou tardios. (...) Antes de se prescrever o sangue ou hemocomponentes a um paciente é essencial sempre medir os riscos transfusionais potenciais e compará-los com os riscos que se tem ao não se realizar a transfusão. (p. 9)

De fato, a transfusão de sangue é um tratamento de riscos reais: imediatos e futuros.

Interessante observar que os próprios Conselhos de Medicina também estão cientes dos potenciais riscos transfusionais e de suas sérias consequências. Por exemplo, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), no Parecer n.° 1.817-10/88, tecendo considerações sobre os riscos das transfusões sanguíneas (http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1988/1817-10_1988.htm), além de confirmar que as transfusões de sangue alogênico trazem ínsitos sérios riscos, alertou que: *as transfusões de urgência são realizadas de maneira empírica por profissionais não qualificados, ou ainda, não realizadas por falta total de recursos, perdendo-se muitas vidas que potencialmente poderiam ser salvas*.

Tais informações encontram-se em consonância com outros trabalhos científicos recentes, que afirmam que as transfusões de sangue estão relacionadas com aumento da morbidade e mortalidade. Por exemplo, no artigo *The impact of storage on red cell function in blood transfusion,* lemos: *Apesar do uso comum de transfusões de hemácias na prática clínica, os efeitos benéficos reais das hemácias nunca foram demonstrados. Ao contrário, vários estudos sugerem que as transfusões de hemácias estão associadas com maior risco de morbidade e mortalidade*.

Com o acima em mente, interessante notar o alerta de Octávio Luiz Motta Ferraz:[6] *Um dos campos da atividade médica mais prolíficos em questões sobre a responsabilidade civil é o da transfusão sanguínea. Com efeito, sobretudo após a descoberta do vírus HIV, a potencialidade danosa desse tipo de tratamento médico mostra-se ainda mais evidente. A questão ganhou publicidade e alcançou proporções dramáticas recentemente em diversos países pela contaminação de centenas de pessoas por sangue contaminado utilizado em hospitais públicos para transfusões. Além da AIDS, outras doenças podem ser transmitidas com o procedimento de transfusão sanguínea, como a sífilis, a hepatite e a doença de Chagas, para citar apenas as mais comuns.*

[6] *Responsabilidade civil na Atividade Médica no Código de Defesa do Consumidor,* Ed. Campus Jurídico/ Elsevier, São Paulo, 25 de setembro de 2008, pp. 156, n.° 3.5 e 3.5.1 (Problema do sangue contaminado).

Ante a necessidade de uma regulamentação, em nível nacional, para prevenir a propagação de determinadas doenças, foi promulgada a Lei Federal n.° 7.649, de 25 de janeiro de 1988, regulamentada pelo Decreto n.° 95.721, de 11 de fevereiro do mesmo ano, estabelecendo a obrigatoriedade da realização de exames laboratoriais nos sangues coletados.

De acordo com os artigos 1.° e 3.° dessa lei, os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins são obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realizar provas de laboratório, para detectar infecções, como a Hepatite B, Sífilis, doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

Por sua vez, o artigo 7.°, da mesma lei, incumbe às Secretarias de Saúde dos Estados a tarefa de fiscalizar a realização desses procedimentos de prevenção, criando, pois, um vínculo jurídico de responsabilidade civil do Estado, assumindo este verdadeiro risco da atividade hemoterápica realizada em seu território.

Desse modo, em caso de contaminação pelo sangue, decorrente, por exemplo, de uma transfusão de sangue, há responsabilidade civil do Estado, que deixou de fiscalizar e controlar tal atividade, ou o fez insuficientemente, de maneira que deverá ele figurar como litisconsorte passivo, em eventual demanda judicial.

E, na pior das hipóteses, pode, até, haver solidariedade do Estado e do banco de sangue, centro hemoterápico ou entidade afim, nessa responsabilidade imposta pelo artigo 7.° da Lei Federal n.° 7.649/88. O que não se pode admitir é o Estado eximir-se dessa responsabilidade que a lei lhe impõe.

Destaque-se decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se reconhece duplo risco na transfusão de sangue, quando assentou: *A transfusão de sangue não pode representar para o receptor, segundo a lei e as normas administrativas, e também o senso comum, outro risco senão aquele inerente à própria terapêutica, não sendo aceitável que o receptor seja contaminado por uma doença que se conhecia, sabidamente transmissível pelo sangue, e cuja tecnologia para detectá-la encontra-se disponível e acessível.*[7]

Lembra-nos, a propósito desses riscos, Marcos de Almeida Villaça Azevedo[8] que *considera-se comportamento de risco de contaminação a pluralidade de parceiros*

[7] Apel. Cível 10.608-4, Rel. Des. Ruiter Oliva, j. em 17.02.1998.

[8] *AIDS e Responsabilidade Civil,* Ed. Atlas, São Paulo, 2002, pp. 35 e 159.

sexuais e a utilização, em grupo, de drogas psicotrópicas injetáveis, e encontram-se em situação de risco as pessoas que receberam transfusão de sangue ou doações de leite, órgãos e tecidos humanos. Essas pessoas integram os denominados 'grupos de risco', em razão de seu comportamento facilitar sua contaminação.

E conclui:

Nesses casos de contaminação pelo vírus da AIDS, por meio de transfusão de sangue e hemoderivados, em que há responsabilidade fundada no risco, ante o surto dessa enfermidade, bem como a maneira como é transmitida, pode-se afirmar que os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e entidades afins exercem atividade perigosa, em razão dos riscos de contaminação por elas introduzidos na sociedade, tanto que a lei exige determinadas cautelas, conforme já mencionado.

Tanto a atividade é perigosa que a legislação pertinente faz diversas exigências, como o registro obrigatório da entidade; o controle e a fiscalização por parte do Estado; e a observância dos procedimentos exigidos pelo Ministério da Saúde.

O Código Civil, de 2002, inseriu essa espécie de responsabilidade civil, pelo risco da atividade, no parágrafo único de seu artigo 927, que admite a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, *nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Conforme se nota por tudo o que acima foi exposto, o tratamento com transfusões de sangue envolve riscos, os quais são reconhecidos pela ciência atual, pelos Conselhos de Medicina e pelas próprias agências governamentais que regulam a sua prática. Assim, legítima é a sua recusa, principalmente quando há tratamentos que podem evitar os riscos transfusionais.

TRATAMENTOS MÉDICOS ISENTOS DE HEMOCOMPONENTES

Diante dos perigos transfusionais e dos grandes avanços da Medicina, bem como a disponibilização destes para a população em geral, a terapia transfusional não pode ser considerada como o único meio de que pode se valer o médico para tratar um paciente. Há ou-

tras técnicas, procedimentos e tratamentos isentos de transfusões de sangue que atingem o mesmo resultado.

Existem atualmente diversas formas em que uma equipe médica pode minimizar ou evitar a realização de hemotransfusão pelo uso sistemático de diversas técnicas de gerenciamento e de conservação do sangue, tais como combinações adequadas de medicação, instrumentos tecnológicos, técnicas clínicas e cirúrgicas. Assim, do fato de existir mais de um tratamento em substituição à transfusão de sangue conclui-se que esse procedimento não é o único modo de tratar e até mesmo salvar a vida de um paciente.

A conjugação de fatores, tais como riscos transfusionais, avanços da medicina não transfusional, imprecisão na indicação de uma hemotransfusão e a preocupação com o paciente como ser humano, como sujeito de direitos e cujos desejos devem ser respeitados, têm levado muitas equipes médicas a tratar o paciente, ainda que em situações críticas e emergenciais, sem a utilização de transfusões de sangue. Além disso, tem se tornado cada vez mais comum em muitos centros médicos, devido aos baixos estoques nas unidades hemoterápicas, a falta de sangue doado, chegando ao ponto de cirurgias serem canceladas por este motivo.

Em 150 países, mais de 100.000 médicos comprometem-se a aplicar cirurgia sem transfusões de sangue pois acreditam que as opções terapêuticas à transfusão de sangue são simples, seguras e eficazes, informa-me a Consulente.

Muitos encaram o Dr. Denton Cooley[9] pioneiro em cirurgia cardiovascular. Ele operou pacientes Testemunhas de Jeová que embora procurem tratamento médico e cirúrgico de qualidade não aceitam transfusões de sangue alogênico. Em 1977 foi publicado um relatório[10] sobre seus 20 anos de experiência com uma série de 542 cirurgias cardiovasculares sem transfusão de sangue, em Testemunhas de Jeová. Esse relatório mencionava riscos baixos e aceitáveis. Essas operações realizaram-se em pacientes de um dia de vida até 89 anos de idade.

[9] Em vídeo fornecido pela cliente: *Estratégias Alternativas à Transfusão: Simples, Seguras e Eficazes,* 2002. Ele realizou a primeira cirurgia de coração aberto, sem sangue, no dia 16 de maio de 1962, em uma Testemunha de Jeová.

[10] Idem.

Assim, para as Testemunhas de Jeová, elas não podem inserir sangue no corpo, pela boca ou pelas veias, para que não sejam violadas as Leis de Deus.[11]

Ao seu turno, o Dr. Craig Kitchens publicou um estudo envolvendo cirurgias em 1.404 Testemunhas de Jeová (sem o uso de transfusões de sangue), relatando: *Os conceitos religiosos do paciente não foram violados pela transfusão, e o tratamento de menores não foi ofuscado por mandados judiciais ou por algo semelhante . . . Além do número baixo de mortes registradas nestes . . . relatórios, não houve aumento de derrames, infartos do miocárdio, insuficiência renal aguda, infecções pós-operatórias, demora de cicatrização das feridas [cirúrgicas], ou de outras moléstias em pacientes Testemunhas de Jeová, em comparação com outros pacientes . . . O mais importante é que 20% dos 1.404 pacientes [281], evitaram, sem o saber, algumas complicações por evitarem a transfusão.*[12]

No *20.° Congresso Nacional de Cirurgia Cardíaca* (realizado em 1993), o Dr. Sérgio Almeida de Oliveira[13] (com base na realização de 91 procedimentos cirúrgicos cardiovasculares em Testemunhas de Jeová que variavam dos 6 meses de idade aos 74 anos), declarou que *muitos pacientes Testemunhas de Jeová podem ser submetidos à cirurgia cardíaca sem uso de sangue ou derivados, com boa margem de segurança.*

Citam-se, em seguida, casos de emergências[14], como nos acidentes de trânsito, em que há muita perda de plasma (parte líquida do sangue), como nos de quimioterapia, com descrição minuciosa de tratamentos sem transfusão de sangue.

O Dr. Richard K. Spence[15] é um dos pioneiros em estratégias alternativas da transfusão e diz que os médicos, inclusive ele, aprenderam muito com as Testemunhas de Jeová nos estágios iniciais da medicina e na cirurgia sem sangue que beneficiou os outros pacientes. As Testemunhas de Jeová não são diferentes de outros pacientes.

---

[11] Velho Testamento – Gênesis 9:4: *"somente a carne misturada com sangue, da qual eu vos defendo que não comais"*; Levítico 17:13, 14 *"derrame o seu sangue e cubra-o de terra"*; *"Vós não comereis sangue de qualquer carne que seja, porque a vida de toda a carne está no sangue e todo o que comer dele será punido de morte"*. Novo Testamento – Atos dos Apóstolos 15:29: *". . . que vos abtenhais do que tiver sido sacrificado aos ídolos, e do sangue, e das carnes sufocadas . . ."*

[12] Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Compêndio: *Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová – Aspectos Éticos/Legais*, p. 22.

[13] *Idem*, p. 21

[14] Site *A Jornada* – http://www.ajornada.hpg.ig.com.br.

[15] Director of Surgical Education, Birmingham, Alabama, U.S.A. e professor de cirurgia e chefe de departamento de cirurgia vascular em Camden, Nova Jersey, E.U.A. Artigo: *The Status of Bloodles Surgery, in Transfusion Medicine Reviews,* vol. V, n.° 4, outubro de 1991, pp. 274–86 at 284.

Esse benefício em outros pacientes foi muito acatado por todos de modo que hoje o campo é de preservação de sangue e inclui múltiplas alternativas para evitar transfundir sangue de outra pessoa no paciente. Já operaram recém-nascidos e pessoas de 90 anos, usando as mesmas técnicas e os mesmos métodos.

O Prof. Albert Huch[16] diz que na época em que os riscos das transfusões de sangue não eram conhecidos como são hoje, 15% das mulheres em um grupo de pacientes em risco recebiam sangue. Hoje o percentual é inferior a 1%, embora em face de casos complexos.

O Prof. Roland Hetzer[17] diz que, hoje, 80% dos pacientes dão total preferência a não receberem transfusão de sangue.

Os especialistas[18] também mencionam seu desejo de evitar riscos médicos relacionados à transfusão de sangue alogênico. No caso de um sangue doado em um banco de sangue, seja uma unidade alogênica ou uma doação autóloga pré-operatória, sempre há risco de erro administrativo, incompatibilidade ABO e reação hemolítica pós-transfusional fatal.

E, ainda, os efeitos colaterais incluem não só a transmissão de doenças virais conhecidas como HIV e Hepatite B e C, como também, a de novos vírus comuns na população doadora. Também doenças parasitárias são cada vez mais transmitidas por transfusão de sangue.[19]

O impacto da imunomodulação transfusional sobre a saúde pública é muito difícil de calcular. As estimativas são de que aproximadamente nos EUA dez mil a cinquenta mil pacientes por ano morram devido a causas relacionadas a ela.[20]

Os especialistas concordam em que o êxito do tratamento é o trabalho em equipe, ou seja, a cooperação, a qual precisa ser adaptada ao quadro clínico do paciente, bem como ao procedimento cirúrgico. Algumas técnicas são apropriadas para certos procedimentos e para certos cirurgiões e não para outros.

---

[16] Director of Obstetrics University Hospital, Zurich, Switzerland.

[17] Head of Departament of Cardiothoracic and Vascular Surgery Chairman of the German Heart Institute, Berlim, Germany.

[18] Prof. Lawrence T. Goodmough – Director of Transfusion Services – Barnes Jewish Hospital, St. Louis, Missouri, U.S.A.

[19] Em vídeo, cit.

[20] Idem.

E, mais, as opções terapêuticas à transfusão realizadas com êxito podem ser expressas sobre três princípios ou pilares básicos, que são minuciosamente explicados no material que consultei. Assim, o planejamento pré-operatório deve observar a tolerância apropriada à anemia, a otimização da massa eritrocitária e a redução da hemorragia ou recuperação do sangue derramado.

A Dra. Zelita S. Souza, professora de hematologia, e sua equipe brasileira, realizaram um trabalho em que chegam à seguinte conclusão: *Existem muitas estratégias para o tratamento médico das Testemunhas de Jeová, sem transfusão de sangue, já que elas aceitam tratamentos alternativos*.[21]

Assim, tem-se verificado que tratar pacientes sem o uso de transfusão sanguínea é uma realidade. Há vários relatos médicos bem-sucedidos no tratamento de diversas enfermidades, bem como na realização de grandes cirurgias, que atestam essa realidade. Existem muitos outros relatos, tais como transplantes de fígado, cirurgias cardíacas, cirurgias ginecológicas, prostatectomias, traumas, entre outros, que demonstram que a Medicina tem se preocupado em tratar pacientes Testemunhas de Jeová sem o uso da terapia transfusional.

A experiência com as Testemunhas de Jeová demonstra que quando um compromisso é feito para evitar transfusão de sangue, o esforço é bem-sucedido na vasta maioria dos casos.

Por conseguinte, se é fato que para a maioria dos pacientes a medicina transfusional é aceitável e consentida, não menos certo é que para outros, quer por razões religiosas, quer por motivos clínicos variados, existe uma medicina não transfusional baseada em evidência.

Desse modo, quando essas Testemunhas recusam transfusões de sangue, não estão rejeitando todos os tratamentos médicos, nem exercendo direito de morrer. Querem, apenas, escolher um tratamento sem transfusão sanguínea.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, reconhecida no inciso III do artigo 1.° da Constituição Federal, de 5 de

[21] *Successfully Treating Jehovah's Witnesses Without Hemologous Blood, in Revista Paulista de Medicina*, vol. 10 set/out, 1992, TM 17, Brasil.

outubro de 1988. Relacionada com a própria condição humana, a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais.

Ela *concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de 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.*[22]

Esta concepção demonstra que a autonomia e a liberdade integram a dignidade. Assim, cada direito fundamental contém uma expressão da dignidade, isto é, de autonomia e de liberdade.

O direito à vida garantido constitucionalmente no art. 5.°, *caput* (CF), por conseguinte, pressupõe não apenas o direito de existir biologicamente. Se o direito à vida é um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é a vida com autonomia e liberdade.

Dessa forma, quando um paciente Testemunha de Jeová procura um médico ou hospital, é internado e opta por receber tratamento médico que dispensa o uso de transfusão de sangue, está exercendo o direito à vida em sentido pleno. 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.

Não se pode mais 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.

---

[22] Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional,* Ed. Atlas, São Paulo, 2005, 17.ª edição, p. 16, item 7.

Ao optarem por tratamentos médicos alternativos, as Testemunhas de Jeová não estão abdicando de seu direito à vida. Estão exercendo seu direito de escolha de tratamento médico, cujo fundamento é o direito à vida com dignidade; a junção do meramente existir com a liberdade e a autonomia, cujo resultado lhes confere a condição de seres humanos.

Assim concluiu o *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso,* ao autorizar a transferência de um paciente Testemunha de Jeová para outro Estado da Federação, a fim de submeter-se à cirurgia cardíaca sem o uso de hemocomponentes:[23]

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.*

(...) 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. (grifei)

O *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, por sua vez, ao cassar antecipação de tutela que autorizou a transfusão de sangue em paciente adulto e capaz, com câncer, enfatizou que o direito à vida não se limita à parte biológica, devendo ser respeitada a autonomia do paciente:[24]

(...) ***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 encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes.* ***Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam.***

---

[23] TJMT Rec-Al 22395/2006 – Cuiabá, 5.ª Câmara Cível, Relator Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, j. em 31.05.2006.

[24] Agravo n.° 191.519-6/001, *in* www.tjmg.gov.br, julgado em 14.08.2007.

(...) É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopese 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 pessoa que tem condições de discernir os efeitos da sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento clínico, como exposto na petição recursal. (grifei)

A preocupação do Poder Judiciário nesses dois casos não foi verificar qual direito possuía mais valor ou era hierarquicamente superior na ordem jurídica, a fim de um preponderar sobre o outro. O direito à vida ou o direito à liberdade religiosa? O foco das decisões foi preservar a dignidade da pessoa humana, considerando o direito à vida em 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.

Descartada está a aplicação da tese de colisão entre direitos fundamentais.

Importante citar, nesse passo, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais[25], em que foi indeferida a liminar e a própria inicial em que se pretendia autorização judicial para realização de transfusão de sangue, em paciente adulta e capaz com quadro clínico de insuficiência renal crônica e anemia, que se recusou peremptoriamente a esse procedimento médico, por professar a religião Testemunhas de Jeová.

[25] Medida Cautelar Inominada, da 3.ª Vara Cível, da Comarca de Belo Horizonte, Juiz Raimundo Messias Júnior, de 04.06.2008, proc. n.° 0024 08 102 781-5, promovida pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – FUNDEP em face de M.C. de O., fls. 91 a 95.

Esse pedido foi julgado improcedente, fundamentando-se a decisão no artigo 1.°, inciso III, da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana. Cita-se nesse *decisum* Fernando Ferreira dos Santos[26] que, com apoio em Kant, conclui que *tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo versus Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos;* ***inexiste, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.*** (grifei)

Também se acentuou nesse julgado a *inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias* (artigo 5.°, inciso VI, da Constituição Federal).

Conclui esse decisório: *contrariar a vontade da suplicada e obrigá-la a receber a transfusão de sangue, seria um ato monstruoso e que invadiria a órbita da tortura, atualmente equiparada aos delitos hediondos*. Remata o magistrado com o entendimento do Desembargador Alberto Vilas Boas já citado acima. (Agravo n.° 191.519-6/001 TJ/MG)

Essa sentença do Juiz mineiro Raimundo Messias Júnior bem ressaltou a importância dos dogmas e dos princípios religiosos como meio de integrar o cidadão na família, merecendo o mais profundo respeito, principalmente sua vontade.

Destaque-se que se travou verdadeira batalha no foro mineiro, pois a FUNDEP impetrou mandado de segurança, em que obteve liminar para autorizar a pretendida transfusão.[27] Todavia, a paciente M. C. de O. impetrou também Mandado de Segurança, vencedor em manter a situação anterior, ou seja, não autorizando a terapia transfusional.[28]

---

[26] Mestre em Direito Público pela UFC, *in Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana,* Fonte: www.jus2.uol.com.br.

[27] MS n.° 1.0000.08.476 371-3/000 – Comarca de Belo Horizonte.

[28] MS n.° 1.0000.08.477 682-2/000 – Comarca de Belo Horizonte, Relator Desembargador Brandão Teixeira, cassando a liminar do mandado anterior.

Concluiu o Relator, neste último Mandado de Segurança, que, ponderando entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, deve ser *garantido o direito de não ser a Impetrante judicialmente compelida a realizar transfusão sanguínea, já que ela se encontra em condições psíquicas de externar o que entende necessário para conservar sua vida.*

Não há dúvidas de que o direito de escolha de tratamento médico sem sangue por parte das Testemunhas de Jeová tem amparo constitucional. Sua posição não implica em recusa de tratamento médico, mas escolha de tratamento. Não pode ser encarado como menosprezo pela vida e não é uma atitude suicida. Logo, não há conflito entre o direito à vida e o direito de liberdade religiosa.

Há, sim, exercício do direito à vida digna, tendo em conta a liberdade e a autonomia de cada indivíduo, fundamentos da dignidade da pessoa humana.

Por fim, a dignidade da pessoa humana insere-se no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5.°, *caput*), à liberdade de consciência e de crença (artigo 5.°, inciso VI), entre outros; quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico.

Constando a dignidade da pessoa humana de preceito constitucional, seu valor torna-se, *explicitamente, um princípio, uma norma de dever ser, com caráter jurídico e vinculante, cuja carga axiológica tem caráter obrigatório e, por estar no topo do ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas, informando, em especial, os direitos de personalidade, salientando a necessidade de se fazer uma interpretação civil-constitucional das normas presentes no Código.*[29]

Por ser a liberdade religiosa, modalidade da liberdade de pensamento, exteriorização da dignidade da pessoal humana, é preciso uma atenção especial a este direito fundamental e a postura dos pacientes Testemunhas de Jeová.

[29] Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Dos Direitos da Personalidade, in Teoria Geral do Direito Civil,* coordenação de Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, Ed. Atlas, São Paulo, 2008, Cap. 9, p. 248, item 4.

LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

Com a edição da Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, era ainda limitada a liberdade de crença religiosa, pois proclamava o artigo 5.° dessa Lei Maior brasileira que *a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.*

Com o advento da Constituição republicana, de 24 de janeiro de 1891, consagraram-se, no § 3.° de seu artigo 72, as liberdades de crença e de culto, assegurando a todos os cidadãos e de confissões religiosas o direito de exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, nos moldes da legislação vigente do direito comum.

As Constituições que se seguiram até a atual, adotaram esse mesmo entendimento.

A Constituição Federal, de 1988, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece, no inciso VI de seu artigo 5.°, que *é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.*

Assevera, então, Alexandre de Moraes[30] que *a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, como salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti,*[31] *é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.*

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

---

[30] Ob. cit., p. 40, item 10.1.

[31] *Princípios Gerais de Direito Público,* Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3.ª edição, 1966, p. 253.

A escolha das Testemunhas de Jeová por receber tratamento médico sem sangue, além de ter respaldo científico e estar em harmonia com os progressos da Medicina, tem como base a liberdade religiosa.

Embora o direito de escolha de tratamento médico não dependa de uma motivação de cunho espiritual, pois pode ser exercido por qualquer pessoa, por outras convicções e por qualquer motivo, o fato de uma pessoa agir em razão se seus princípios religiosos ganha especial relevância.

Em geral, as crenças religiosas, espécies da liberdade de pensamento ou consciência e decorrência da própria condição humana e do direito à vida, formam as convicções mais íntimas de um ser humano. O modo de vida é pautado nestes valores ao ponto de definir a própria identidade pessoal. Por essa razão, a Constituição não apenas garante o direito de professar uma determinada religião, mas o direito de conduzir a vida de acordo com seus preceitos frente a terceiros e ao Estado, inclusive.

É a liberdade de pensamento que conferirá pleno poder de autodeterminação às convicções pessoais do indivíduo, as quais, posteriormente, vão se cristalizar no modo de viver de cada pessoa.

De fato, não se pode ignorar que o direito à vida constitui exatamente o direito de viver com autodeterminação. A liberdade de pensamento, seja ideológica ou religiosa, conferirá dignidade ao modo de viver.

Em razão disso, em se tratando de pacientes Testemunhas de Jeová, *o que está em causa (e tenham-se em vista os bens jurídicos em jogo) não são, assim, meros desejos arbitrários, opiniões, vontades, de relevância discutível ao nível da personalidade do indivíduo, mas sim uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo desrespeito implica em sérias conseqüências em termos de personalidade individual.*[32]

Desrespeitar os desejos do paciente Testemunha de Jeová, que deseja viver e manter seu direito à vida por meio de tratamento sem hemotransfusão, aniquilará sua esfera mais íntima da vida, e a sua própria condição de humano.

---

[32] Maria Paula Ribeiro Faria. *A 'Lei do Sangue' – ou o Conflito Entre o Respeito Pela Autonomia da Pessoa e a Defesa da Vida e da Integridade Física*. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1998, Vol. XII, Tomo 1, p. 261.

Feitas essas breves considerações, ressalto apenas que, as Testemunhas de Jeová acreditam na Medicina e desejam ser tratadas da melhor maneira possível e com toda a tecnologia disponível, desde que não se utilize sangue. Da mesma forma, embora a crença religiosa e a consciência moral possam vir como motivadoras da decisão, ao recusar transfusão de sangue e optar por outro tratamento, estão, na verdade, exercendo em primeiro plano seu direito constitucional à autonomia estribada na dignidade da pessoa humana. Não se trata, portanto, de mero exercício de culto às custas da Medicina, do médico ou do hospital, mas sim, exercício do direito de escolha, independente do motivo.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade estão reconhecidos no inciso X, do artigo 5.° da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, nestes termos: *São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.* Esses direitos estão regulados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 e já estavam previstos nos artigos 12 a 21 do anteprojeto desse mesmo Código, desde 1972.

Entendo que essa enumeração não é taxativa; entretanto, é tão ampla que, praticamente, teve em mira abarcar toda violação à intimidade, à vida privada, quer dizer, aos direitos da personalidade, que se aninham na pessoa, como seu maior tesouro.[33]

Os direitos da personalidade são *as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.*[34]

Depois de alinhar duas grandes teorias sobre a natureza dos direitos da personalidade (poder que o ser humano exerce sobre sua própria pessoa ou direito sem sujeito), José Castan Tobeñas[35] conclui que *o objeto dos direitos da personalidade não se encontra nem na pessoa mesma de seu titular nem nas demais pessoas vinculadas a uma obrigação passiva universal (ideia esta que significaria uma confusão entre os direitos*

[33] Álvaro Villaça Azevedo, *O Direito Civil na Constituição, in Princípios Constitucionais Fundamentais, Estudo em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins,* Lex Editora, São Paulo, 2005, pp. 85 a 92, especialmente pp. 85 e 86.

[34] Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil,* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, 3.ª edição, 1.° volume, p. 403.

[35] *Los Derechos de la Personalidad,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, pp. 16 a 18.

absolutos e os relativos), senão nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizados pelo ordenamento jurídico, referindo, em análogo sentido, o pensamento dos juristas lusos Pires de Lima e Antunes Varela.

Pondere-se, nesse ponto, com Calogero Gangi[36] que, quanto a esses direitos da personalidade, podem eles ser bem chamados de direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, quando a esta se ligam intimamente, que essa (pessoa) não se poderia quase conceber sem a existência desses, aduzindo que, segundo a antiga doutrina da escola do Direito Natural, esses mesmos direitos se consideravam naturais ou inatos, com direitos atinentes à pessoa, por sua própria natureza, *e por não já a ele atribuídos pelo Estado, mas somente por esse reconhecidos.*

Destaco, em seguida, os caracteres dos direitos da personalidade, para sentirmos neles as conformações do direito de não ser constrangido ou submetido, com risco de morte, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Os autores[37] têm declinado esses caracteres, concluindo que os direitos da personalidade são, em princípio, *direitos subjetivos privados,* porque, respeitando às pessoas, como simples seres humanos, propõem-se a assegurar-lhes a satisfação do próprio ser, físico e espiritual; são *direitos não patrimoniais, extrapatrimoniais, tipicamente pessoais,* porque não visam a uma utilidade de ordem econômica e financeira; são *direitos originários ou inatos,* porque se adquirem, naturalmente, sem o concurso de formalidades externas; são *direitos absolutos ou de exclusão,* visto que são oponíveis *erga omnes;* são *direitos intransmissíveis,* pois que inerentes à pessoa de seu titular, que deles, assim, não pode dispor; são *direitos irrenunciáveis,* porque não podem ser desprezados ou destruídos, sendo, dessa forma, insuscetíveis de rejeição; e são *direitos imprescritíveis,* porque podem ser exercidos a qualquer tempo.

Acentua Joaquim Diez Diaz[38] que, sendo os direitos da personalidade subjetivos privados, ao lado de poderem ser classificados como públicos, assim admitindo pela forte

---

[36] *Persone Fisiche e Persone Giuridiche,* Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 2.ª edição, 1948, p. 167.

[37] Adriano De Cupis, *I Diritti delle Personalità,* Dott. A. Giuffrè, Milano, do *Trattado di Diritto Civile e Commerciale,* dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, 1959, vol. IV, tomo 1, pp. 44 a 48; José Castan Tobeñas, o.c., pp. 22 a 24; Joaquim Diez Diaz, *Los Derechos Fisicos de la Personalidad, Derecho Somatico,* Ediciones Santillana, 1963, p. 57.

[38] O.c., p. 57 e nota de rodapé 144 e 145.

tendência publicista dos direitos de liberdade civil, podem, ainda, conservando, fundamentalmente, seu aspecto privado, apresentar pontos de contato de *tipo público*, citando, nesse caso, como exemplo, os *direitos – deveres de família*. Entendendo-se, aqui, não a presença de normas de direito público, mas de ordem pública (não *ius publicum,* mas *ius cogens*).

Referindo-se às principais dessas características, declara o artigo 11 do Código Civil Brasileiro que, *com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

Com essas breves considerações iniciais, passo à análise do artigo 15 do Código Civil, o qual está mais diretamente ligado ao tema deste parecer.

ANÁLISE DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A AUTONOMIA DO PACIENTE

Assenta o artigo 15 do Código Civil Brasileiro, sem correspondente no Código Civil anterior, de 1916, que *Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*

Não há dúvidas de que tal dispositivo é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, porquanto prima pela autonomia da vontade. O texto é claro em respeitar a oposição do paciente frente a um tratamento médico, principalmente se este apresentar risco à sua saúde ou à sua vida.

Comentando esse artigo, tivemos oportunidade de realçar que ele visa à preservação da *integridade do corpo humano, diante das situações em que um tratamento médico necessário a longo prazo para o restabelecimento do enfermo possa colocar em risco a sua própria vida. Ressalta-se aqui o papel do médico, não apenas daquele que está por realizar o tratamento ou dita intervenção, mas de outro que ateste eventual risco nesse procedimento. O bem jurídico maior tutelado é a própria vida do cidadão, que estaria em risco por conta de um tratamento apontado como necessário*.[39]

[39] Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau, *Código Civil Comentado, das Pessoas e dos Bens,* Ed. Atlas, São Paulo, Coordenador Álvaro Villaça Azevedo, vol. I, artigos 1.° a 103.°, 2007, p. 60.

A regra do artigo 15, em foco, que, *sob o ângulo do paciente 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.*[40]

Esse artigo 15, acentua Sílvio de Salvo Venosa[41], *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.*

A regra desse artigo 15 *obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vale ressaltar,* in casu, *a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a ser observado*, mostra Carlos Roberto Gonçalves[42], para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes.

Importantes decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina devem ser referidas, e que admitem, em face da Lei 8.213, de 1991 (artigo 101), que *o segurado não está obrigado a submeter-se a intervenção cirúrgica e nem a transfusão de sangue, sem que isso importe a cessação do benefício que lhe é devido*.[43]

Como é sabido, a terapia transfusional é um tratamento que comporta vários riscos atuais ou tardios. Diante disso, é direito do paciente recusá-la, sendo que a não observância desse preceito gerará ainda responsabilidade civil do médico pelo que se extrai do artigo em exame. Questão relevante é o estado em que se encontra o paciente no momento em que há necessidade de obter-se o seu consentimento.

---

[40] Sílvio Rodrigues, *Direito Civil,* Parte Geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 32.ª edição, 2002, vol. 1, pp. 71 e 72, item 30.

[41] Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil,* Parte Geral, Ed. Atlas, São Paulo, 5.ª edição, 2005, vol. 1, p. 210.

[42] Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro,* Parte Geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, vol. I, p. 165.

[43] Apel. Cív. 1999.003452-6, Rel. Des. Eder Graf, 1.ª Câm. Dir. Com., j. em 26.06.1999; Apel. Cív. 1998.005068-5, Rel. Des. Vanderlei Romer, 2.ª Câm. Dir. Civ. j. em 03.05.2001; Apel. Cív. 2001.000155-7, Rel. Des. Vanderlei Romer, 2.ª Câm. Dir. Civ., j. em 13.08.2001.

PACIENTE COMO SUJEITO DE DIREITO

Alguns sustentam a ideia de que o médico pode desconsiderar a vontade do paciente nas hipóteses de "iminente perigo de vida" ou quando o paciente simplesmente estiver em estado de inconsciência.

Verificamos que os direitos da personalidade são *originários* ou *inatos*, isto é, não dependem da existência de formalidades externas. Têm tal característica porque são projeções da dignidade da pessoa humana, a qual também não está condicionada a nenhum fator externo, bastando ser humano. Em outras palavras, a enfermidade do paciente, por mais grave que seja, não lhe retira o *status* de ser humano e, consequentemente, sua autonomia para agir com dignidade.

O paciente, independentemente de seu estado clínico, é sujeito de direito, tendo, modernamente, os seres humanos igualdade de direitos e deveres, não podendo ser discriminados em razão de idade, raça, sexo, cor, estado de saúde, nacionalidade ou religião.

Diante disso, a autonomia do paciente deve ser preservada ainda que sua enfermidade crie uma situação emergencial. Quando as emergências ou urgências não retiram a capacidade para decidir, os médicos devem continuar respeitando a autonomia do paciente. Será abordado em tópico específico sobre a necessidade de respeitar as manifestações prévias de vontade se o paciente se encontra em estado de inconsciência.

Ressalte-se que o próprio art. 15 do Código Civil, não prevê exceção ao consentimento do paciente. Logo, a recusa de transfusão de sangue, terapia de riscos, deve ser respeitada, independentemente do estado clínico do paciente.

Por tudo isso, assenta, com muita razão, o artigo 1.° do Código Civil: *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*, sem exceção, e independente de estar em uma situação emergencial ou não ou em iminente perigo de vida sob o prisma do profissional de saúde que está lhe prestando o atendimento.

AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE NO ESTATUTO DO IDOSO E NA LEI DE TRANSPLANTES

A autonomia da vontade do paciente vem reconhecida e prestigiada amplamente na legislação infraconstitucional brasileira e, além do Código Civil, encontramos disposi-

ções nesse sentido na Lei do SUS, na "Lei Mario Covas" em São Paulo, no Estatuto do Idoso, na Lei de Transplantes e outras. Vou ater-me, agora, às duas últimas.

No **Estatuto do Idoso**, editado pela Lei 10.741, de 1.° de outubro de 2003, destaca-se, em seu artigo 17, que *ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável (caput).*

Esse artigo destaca que o paciente idoso estará apto a manifestar sua vontade optando pelo tratamento de saúde, que entender mais favorável, depois de devidamente aconselhado pelo médico. Note-se que o *caput* do art. 17 não faz menção ao estado clínico do paciente, ou seja, se seu estado é grave ou não. Assim, estando o paciente em domínio de suas faculdades mentais, é o paciente idoso quem deverá decidir qual o tipo de tratamento médico que receberá, estando em uma situação emergencial ou não.

Essa é a situação normal de atuação da vontade do idoso, que exerce, ele mesmo, a referida opção.

Todavia, emenda o parágrafo único desse mesmo artigo, que, não estando o idoso em condições de exercer essa opção, ou seja, não estando ele com o discernimento dos fatos de sua vida, o consentimento será manifestado: I) *pelo curador, quando o idoso for interditado*; II) *pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contatado 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 admite, então, que, nessa condição de incapacidade do idoso, possa exercer sua vontade, representando-o, seu curador ou seus familiares, nas situações previstas nos incisos I e II.

Só admite a intervenção do médico, se faltarem as duas representações citadas, se houver iminente risco de vida e não houver condições de o médico manter contato com o curador ou familiar.

Daí, é necessário cercar de cuidados o idoso, com documentos identificadores e mensagens escritas a eventuais médicos a respeito de suas escolhas quanto a tratamento médico, devendo estar sempre assistido de atenção dos familiares. Dessa forma, ainda que o

paciente idoso esteja em iminente perigo de vida, se manifestou sua vontade previamente, as suas determinações ainda devem ser respeitadas. As decisões somente serão atribuídas aos médicos se, além da impossibilidade para decidir, não se sabe qual é a vontade do paciente e não foi possível contatar seus familiares. Por questão óbvia, o médico pode decidir e agir.

Dá-nos conta Elizabeth Pricoli Vilela[44], mestre em anestesilogia e médica anestesiologista da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo e do Complexo Hospitalar do Mandaqui, que, relativamente aos idosos, *com o avanço científico e tecnológico da medicina, aumenta a cada dia o número de pacientes de avançada idade, submetidos a procedimentos diagnósticos e terapêuticos em nossos hospitais. Muitas vezes, estes indivíduos, em fase terminal de suas doenças, não estão em condições de fazer sua opção. O direito passa a seu responsável. Neste campo existem diversas discussões sobre que atitudes tomar.*

E acentua, ainda, que *a cada dia mais se tem falado sobre a autonomia do paciente, como conquista dos direitos civis. O direito do indivíduo de decidir se quer ou não ser tratado e qual o tipo de tratamento a ser aplicado. Esta nova visão do relacionamento médico-paciente é enfocada no mundo todo tanto no campo da Saúde como no Jurídico. A partir daí tornou-se obrigatório o Consentimento Informado, um documento escrito onde o médico explica em detalhes, e com palavras de compreensão acessível para um determinado paciente, tudo o que vai ser realizado no tratamento daquela enfermidade ou, se for o caso, da pesquisa científica. Esta autorização formal do paciente pode ser cancelada a qualquer momento.*

O Estatuto do Idoso, ainda, em seu artigo 10, estabelece, como obrigação do Estado e da sociedade, a de *assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis políticos, individuais e sociais,* conforme garantidos na legislação, especialmente constitucional.

No âmbito do direito à liberdade (§ 1.°), entre outros direitos, preserva-se a *crença* e o *culto religioso* (inciso III).

Também deve ser respeitada a *integridade física, psíquica e moral,* preservando-se, entre outros direitos, o da *autonomia, valores, ideias e crenças*... (§ 2.°).

---

[44] *A Autonomia do Paciente em face do Estatuto do Idoso,* artigo *in* Revista de Previdência Social, RPS, São Paulo, n.° 278, ano 28, janeiro de 2009, p. 9.

Por outro lado, todos devem *zelar pela dignidade do idoso*, protegendo-o de *qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor* (§ 3.°).

A considerar-se, nesse ponto, a possibilidade de procedimento de transfusão de sangue em idoso, contra sua vontade, principalmente se este for Testemunha de Jeová, a violação perpetra-se em ofensa também ao preceituado no artigo 10, em foco.

Na **Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos**, 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, destaca-se, em seu artigo 10, *caput*, com a redação dada pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001, que *o transplante ou enxerto só será possível com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.*

Aqui, mais uma vez prestigiada a autonomia da vontade e o consentimento informado, ressaltando a importância do direito da personalidade e a dignidade da pessoa do paciente.

O sujeito de direito é o paciente que deve manifestar-se, por si ou por seus representantes legais.

Tanto é verdade que foi inserido nesse artigo o § 1.°, que admite que, sendo o receptor *juridicamente incapaz* ou com suas *condições de saúde* que *impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade*, o consentimento exigido por esse dispositivo legal *será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.* Essa incapacidade pode existir por menoridade ou por outra situação que retire do paciente discernimento dos fatos.

Resta firme, nesse § 1.°, do estudado artigo 10, que, na impossibilidade de manifestação de vontade pelo receptor, permanece o princípio da representação, que está sempre presente nos casos de incapacidade.

O poder da vontade do receptor é tão grande que ele pode recusar o transplante, como também a transfusão de sangue. Aliás, sabe-se que, tecnicamente, a transfusão de sangue também é considerada uma forma de transplante, uma vez que o sangue se constitui em tecido líquido.

Esclarece a juíza de Direito da Comarca de Campo Grande, Maria Isabel de Matos Rocha[45], que: *Os receptores têm direito de recusar o transplante. Trata-se do corolário de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5.º, II, da CF). Em resumo, todas as pessoas são senhoras da sua própria vontade e podem fazer o que bem entenderem, salvo aquilo que a lei proíbe. O princípio torna ilícita a imposição, pelo médico, de um tratamento não desejado ou um transplante não autorizado pelo paciente, ainda que venha em seu benefício, pois o médico estaria praticando crime de constrangimento ilegal.*

Da mesma forma como não se realiza um transplante de órgão ou de tecido sem o consentimento do paciente, não há respaldo legal para a realização de transfusão de sangue sem o consentimento do paciente.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ANTE A RECUSA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

O Conselho Federal de Medicina, por sua sessão plenária de 26 de setembro de 1980, editou a Resolução CFM 1.021/80 para orientar os médicos em caso de recusa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová.

Essa Resolução adota o Parecer do Dr. Telmo Reis Ferreira, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida.

Após considerações a respeito, chega a Resolução à seguinte conclusão: *em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1.° – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus representantes. – 2.° Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.*

Primeiramente, é de se destacar que a recusa à transfusão de sangue não implica rejeição a tratamento médico, pois, após a devida informação do paciente, inteirando-se dos possíveis procedimentos, estará ele apto a escolher o que melhor lhe aprouver.

[45] *Transplantes de Órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei,* artigo *in* Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 742, agosto de 1977, p. 69.

Anota Elizabeth Pricoli Vilela[46] em face da Resolução CFM 1.021/80, citada, ante a recusa ao procedimento da transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová, que *a princípio, poderíamos pensar que tal atitude é totalmente descabida; contudo, existem técnicas atuais, que permitem a realização de cirurgias de grande porte sem transfusão sanguínea, que não é tratamento isento de riscos. Estes desafios da medicina estimulam o estudo de novas alternativas e descobrimentos de novas técnicas, configurando avanço da Ciência.*

A Resolução CFM 1.021/80 é anterior à Constituição Federal e ao atual Código Civil, além de não apresentar a postura das Testemunhas de Jeová com razoabilidade, já que não trata das diversas alternativas médicas à transfusão de sangue. Ou seja, focaliza a recusa de tratamento médico e não o direito de escolha de tratamento médico. Este último é o direito defendido pelos pacientes Testemunhas de Jeová.

Portanto, além de não ser ato do Poder Legislativo, está em descompasso com avanços jurídicos e médicos.

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

I — (...)

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

Apesar de conter regramento meramente deontológico ou ético, importante analisar, ainda que brevemente, as disposições do atual Código de Ética Médica (CEM – Resolução do Conselho Federal de Medicina n.° 1.931/09).

Não há dúvidas de que o Código de Ética Médica visa conferir mais autonomia ao paciente em relação às decisões de natureza médica.

---

[46] *A Autonomia do paciente em face do Estatuto do Idoso,* o.c., p. 10.

A própria Resolução que aprovou o novo Código de Ética Médica 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*.

Para tanto, foi inserido, como princípio fundante da atuação ética do médico, o respeito pelas decisões e as escolhas do paciente:

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, para o Conselho Federal de Medicina, o direito de escolha de tratamento pelo paciente, **deve** ser respeitado pelo médico.

Obviamente o CEM também se refere à autonomia do paciente na hipótese de "iminente perigo de vida", ou, na expressão atualmente adotada, "risco iminente de morte". O artigo 22 do CEM determina ser 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*.

Ao correr os olhos sem prestar a detida atenção no dispositivo, poderia concluir-se que na hipótese de "risco iminente de morte", a decisão do paciente pode ser desconsiderada pelo médico. Todavia, o dispositivo deontológico acima deve ser interpretado corretamente.

A primeira parte do art. 22 refere-se a duas condutas de fundamental importância e obrigatórias no atendimento médico: (a) esclarecer o paciente sobre o procedimento a ser realizado e (b) obter o seu consentimento. Estas devem preceder a qualquer intervenção cirúrgica ou terapêutica.

Não obstante, haverá situações em que não será possível esclarecer ao paciente o procedimento médico a ser realizado e tampouco tentar obter o consentimento do mesmo. É o que ocorre, por exemplo, nas situações emergenciais em que o paciente se encontra inconsciente, não possui um representante legal ou um documento que expresse suas diretrizes quanto a tratamentos médicos. Não há como informar o paciente e nem obter o seu consentimento por qualquer outro meio. Nessa situação exclusiva, surge então a figura do consentimento presumido e, por razões óbvias, o médico terá o dever ético de agir.

Dessa feita, não se deve confundir a ressalva da segunda parte do art. 22 do CEM com as situações em que, apesar do caráter de emergência e inconsciência do paciente, este já exerceu seu direito de escolha informada de tratamento médico mediante uma manifestação prévia verbal, documental ou por meio de representante legal.

Por conseguinte, *deixar de obter o consentimento do paciente* não pode ser interpretado como *agir contra o consentimento do paciente*.

Tal entendimento está em harmonia com o já mencionado princípio fundante previsto no tópico XXI do CEM.

Por outro lado, o CEM, por seu artigo 31, também menciona que é 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*.

Ora, muito embora o art. 31 do documento referido diga que o médico pode desrespeitar o direito de escolha do paciente nos casos de situação de iminente risco de morte, isso não significa dizer *poder ir contra a vontade pré-determinada de escolha*.

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.

Vale dizer que o Código de Ética Médica de 2009, quando cuida dos Direitos Humanos, estabelece, em seu artigo 24 também ser vedado ao médico *deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo*. E isso, mesmo ante eventual risco de morte, pois, como visto, além de existirem tratamentos médicos alternativos, o direito do paciente à autodeterminação e escolha de procedimentos terapêuticos — manifestação de sua dignidade como ser humano — não oscila em função de seu estado clínico.

O mesmo ocorre com a excludente do crime de constrangimento ilegal, previsto no § 3.°, do artigo 146, do Código Penal, o qual é analisado em tópico específico.

Assim, mesmo sob o risco de vida, tem o paciente o direito de escolher entre os possíveis tratamentos ou intervenções médicas.

Informa a consulente, outrossim, que as Testemunhas de Jeová disponibilizam, no Brasil, uma rede de Comissões de Ligação com Hospitais (COLIHs), para que, quando permitido ou solicitado, esses colaboradores possam interagir com médicos, administradores hospitalares, assistentes sociais e membros do Poder Judiciário, além da provisão dos Grupos de Visitas a Pacientes (GVPs), que apóiam espiritual e emocionalmente os pacientes internados em hospitais.

Por outro lado, o médico não pode assegurar, com certeza, qual a situação de risco de vida, que tanto pode resultar do tratamento ou de uma cirurgia, como da própria transfusão de sangue, sempre muito perigosa.

Dessa forma, tratar um paciente Testemunha de Jeová por meio de protocolos médicos que evitam a transfusão está em plena harmonia com o dever médico. Por ser a Medicina uma atividade de meio, não podendo o profissional garantir a cura ou a sobrevivência do paciente, cabe ao médico tratar o paciente de forma diligente, em harmonia com o progresso da Medicina. Tratar de forma diligente não significa apenas transfundir. Implica cuidar do paciente levando em consideração os recursos disponíveis e que lhe são aceitáveis.

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E VALIDADE DOS DOCUMENTOS DE SUA ANTECIPAÇÃO

Como a dignidade da pessoa humana não está condicionada a um determinado estado físico ou clínico, é possível preservar a autodeterminação do paciente de forma preventiva (autonomia prospectiva), por meio de *documentos de antecipação de vontade* juridicamente válidos.

Dessa forma, a vontade do paciente como de qualquer outro sujeito não desaparece pelo simples fato de encontrar-se incapacitado de manifestar-se. Um exemplo clássico é o testamento. Estando em conformidade com a lei, a vontade do *de cujus* deve ser respeitada e cumprida. O mesmo ocorre com os pacientes que, por alguma razão, não podem expressar-se, como por exemplo, os que estão em estado de inconsciência.

Nesse aspecto, as Testemunhas de Jeová maiores e capazes têm à disposição um documento legal, denominado *"Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde",* o qual delineia as decisões quanto a tratamentos de saúde tomadas previamente pelo paciente,

bem como nomeia dois procuradores para tomarem decisões em seu nome, caso encontre-se impossibilitado de manifestar-se. A validade de tal documento tem sido reconhecida por autoridades e tribunais do mundo todo.

O *documento de antecipação da vontade* é um *documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão*.[47]

Interessante notar que em diversos países, esse tipo de documento de antecipação de vontade com respeito a tratamentos de saúde é regido por lei. Os EUA, como precursores desse modelo, possuem legislação específica para disciplinar tais diretivas antecipadas do paciente mediante a qual também se concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que o respeitem, bem como estabelece sanções disciplinares em razão de eventual desrespeito à manifestação de vontade previamente documentada. Na Espanha, as *instrucciones previas* também estão legalmente previstas, abrangendo qualquer hipótese de diretiva de tratamento e nomeação de procurador para tanto (Ley Básica 41/2002).

Nesse norte, interessante notar o Projeto de Lei n.° P/06/APB/06 elaborado pela ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA, o qual regula o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria um inovador correspondente registro nacional (Registro Nacional de Directivas Antecipadas de Vontade – RENDAV). Tal projeto, de relatoria do Dr. Rui Nunes, objetiva que todos os estabelecimentos de saúde de Portugal estejam diretamente ligados em rede de computadores, e que por esse sistema possam visualizar as diretivas para tratamento de saúde previamente cadastradas pelos pacientes, devendo ser utilizadas em caso de inconsciência ou impossibilidade de manifestação de vontade por qualquer outra forma.

No Brasil, ainda não temos dispositivos específicos regulando os documentos de manifestação de vontade antecipadas com relação a tratamentos de saúde, devendo a matéria ser analisada à luz do Código Civil.

O ato ou negócio jurídico é a manifestação de vontade, em razão da qual a relação jurídica, que é um complexo de direitos e de deveres, nasce, modifica-se e se extingue.

---

[47] Yvon Kenis, 2003, *"Directivas Antecipadas", in* Nova Enciclopédia da Bioética, p. 621

Daí, poder essa manifestação de vontade, em geral, ser expressa, pela palavra falada ou escrita (documento público ou particular), tácita (por atos que demonstram a intenção do interessado), pelo gesto, como na aquisição de uma coisa, em leilão, ou pelo silêncio, em situações especialíssimas, quando o interessado tem o dever de manifestar-se. Neste caso, por exemplo, quem é acionista e comparece a uma Assembleia Geral de uma sociedade anônima tem o dever de votar as matérias constantes da ordem do dia. O silêncio manifesta concordância.

Assinale-se, com Francesco Santoro - Passarelli[48] que *no âmbito do direito privado, os negócios jurídicos são atos de autonomia privada, pois os seus efeitos são determinados pela vontade privada, autorizada a isso pelo ordenamento jurídico*.

Destaque-se, nesse passo, que a Consulente providenciou a elaboração dos documentos, que, adiante, são retratados.

Esses documentos têm sido utilizados pelas Testemunhas de Jeová para que, em caso de necessidade, possam recorrer a eles.

[48] *Istituzioni di diritto privato,* Ed. Giuffrè, Milano, 12.ª ed., 1998, pp. 171 e 172 e 177.

Eis a sua integra, em sequência:

Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde

1. **Eu,** _____

preencho este documento para determinar instruções relativas ao tratamento de minha saúde e nomear um procurador para o caso de eu vir a ficar inconsciente.

2. Sou Testemunha de Jeová, e não aceito **NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma** em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida. Recuso-me a fazer doações antecipadas e a armazenar meu sangue para posterior infusão.

3. **Com respeito a pequenas frações de sangue**: [Após minha assinatura abreviada (rubrica) à opção que se aplica ao meu caso.]
(a) _____ **RECUSO TODAS** (b) _____ **RECUSO TODAS, EXCETO:** _____

(c) _____ Posso aceitar, ou não, algumas pequenas frações de sangue, mas os pormenores devem ser considerados comigo, se eu estiver consciente, ou com meu procurador, caso eu venha a ficar inconsciente.

4. **Com respeito a procedimentos médicos que envolvam meu próprio sangue**, exceto procedimentos para diagnóstico, tais como amostras de sangue para exames: [Após minha assinatura abreviada (rubrica) à opção que se aplica ao meu caso.]
(a) _____ **RECUSO TODOS** (b) _____ **RECUSO TODOS, EXCETO:** _____

(c) _____ Posso aceitar, ou não, alguns procedimentos médicos que envolvam o uso de meu sangue, mas os pormenores devem ser considerados comigo, se eu estiver consciente, ou com meu procurador, caso eu venha a ficar inconsciente.

5. **Instruções com respeito a outros tratamentos de saúde** (tais como medicamentos em uso, alergias e problemas de saúde):

6. Não concedo a ninguém (incluindo meu procurador) autoridade para desconsiderar ou anular minhas instruções expressas neste documento. Familiares, parentes ou amigos talvez discordem das minhas decisões, mas qualquer discordância da parte deles não diminui a força ou a substância da minha recusa de sangue, ou de outras instruções.

7. À parte das questões acima abrangidas, nomeio a pessoa abaixo indicada como meu procurador para tomar em meu nome decisões sobre tratamentos de saúde. Outorgo-lhe plenos poderes para solicitar informações de meus médicos, requerer e receber cópias de meus prontuários médicos, tomar medidas legais para garantir que minha vontade seja respeitada, conferindo-lhe poderes para o foro em geral, inclusive os constantes na cláusula *ad judicia et extra*. Se meu primeiro procurador não estiver disponível, estiver incapacitado ou não estiver disposto a servir, nomeio um procurador alternativo, conforme indicado abaixo, para atuar com o mesmo poder e autoridade.

Página 1 de 2

8. _____
Assinatura

_____
Local e data

9. **DECLARAÇÃO DAS TESTEMUNHAS:** Declaro, para os devidos fins de direito, que o outorgante assinou este documento na minha presença, estando no pleno gozo de suas faculdades mentais e livre de qualquer erro, dolo ou coação.

_____
Assinatura da testemunha

_____
Nome e n. do RG

_____
Assinatura da testemunha

_____
Nome e n. do RG

PROCURADOR

Nome e qualificação: _____

_____

_____

_____

Endereço: _____

_____

Telefone(s): _____

PROCURADOR ALTERNATIVO

Nome e qualificação: _____

_____

_____

_____

Endereço: _____

_____

Telefone(s): _____

Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde
(O documento está incluindo as partes anteriores)

NÃO APLIQUE SANGUE

Concordo com os documentos retro colocados, que devem ser firmados pelas Testemunhas de Jeová, vez que obedecem aos elementos fundamentais dos atos e dos negócios jurídicos.

A matéria está tratada a partir do artigo 104 do Código Civil[49], que estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico, quais sejam: o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a forma prescrita ou não defesa em lei.

Esses requisitos merecem ligeira análise em face da problemática do tratamento médico ou cirúrgico, especialmente em Testemunhas de Jeová, relativamente à escolha de tratamentos e recusa ante eventual transfusão de sangue.

Ressalta-se que o já analisado artigo 15 do Código Civil cria o direito da personalidade de respeito à vontade de quem está na iminência de sofrer constrangimento em tratamento médico ou intervenção cirúrgica, com risco de vida. O paciente não pode ser desrespeitado em sua vontade, por exemplo, de recusar tratamento com emprego de transfusão de sangue, sob pena de constrangimento ilegal. O paciente tem direito de escolher entre outros tratamentos médicos existentes.

A capacidade que se exige a esse paciente, além da capacidade normal, pode, em princípio, abranger o menor amadurecido, desde que este tenha pleno entendimento dos fatos da vida civil.

Quanto a isto, cuidei em setores, à parte, do menor e do incapaz, que devem ser representados ou assistidos por seus representantes legais; e, ainda, do menor amadurecido, que deve ter pleno discernimento das circunstâncias para manifestar sua vontade.

O objeto do documento (direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue) é lícito e possível, em face dos preceitos constitucionais já estudados, do artigo 15 do Código Civil e de princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia. Ressalte-se que o objeto do documento não é a renúncia ao direito à vida, mas o direito de escolher antecipadamente o tipo de tratamento médico que deseja o paciente receber, *in casu*, sem hemocomponentes. Pode esse objeto ser determinável em um evento futuro (tratamento médico ou cirúrgico), e determinado quanto ao fato da recusa à transfusão de sangue e aceitação de outros procedimentos e medicações bem como a enumeração destas.

[49] Ver, a propósito, Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil Comentado, Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos,* Coord. Álvaro Villaça Azevedo, Ed. Atlas, São Paulo, 2003, vol. II, pp. 46 e segs.

Não existe forma prescrita ou defesa em lei, mas é sempre preferível a forma expressa, verbalmente, ante o médico, ou por escrito (mais segura). Daí, a utilidade de que existam documentos retratando essa vontade, como os que vêm sendo adotados pelas Testemunhas de Jeová, atrás transcritos.

Interessante notar também que tais documentos portados pelas Testemunhas de Jeová, além de estabelecer diretrizes antecipadas quanto a tratamentos de saúde, ainda designam procuradores para cuidar de tais assuntos em caso de inconsciência do paciente.

O *durable power of attorney for health care,* como é chamado pela doutrina norte-americana, contém um procurador nomeado por meio de um documento válido perante a lei civil para tomar decisões em matéria de saúde em nome da pessoa quando esta deixe de estar em condições de expressar a sua vontade. Por vezes essa nomeação pela pessoa de alguém que tomará decisões por ela encontra-se associada à elaboração de diretrizes antecipadas pelo paciente, como é o caso do documento em análise.[50]

Assim, é claro que, se o Código Civil Brasileiro admite o regime de representação legal para "praticar atos" ou "administrar interesses", conforme o artigo 653, certamente abrigada está a nomeação de procurador para atuação relativa a cuidados de saúde.

O documento supra portado pelas Testemunhas de Jeová é preciso, claro e inequívoco, delimitando com exatidão os poderes que competem ao procurador e a cujo exercício corresponderá à produção de efeitos jurídicos na esfera do paciente. Da mesma forma, nenhum impedimento há na lei civil brasileira para que tal procuração seja outorgada apenas por instrumento particular, nos termos do artigo 654 do Código Civil.

Assim, o documento *"Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde"* portado pelas Testemunhas de Jeová possui validade jurídica plena, sendo que declara as diretrizes antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos, bem como nomeia validamente dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade expressa no mesmo documento que devem ser observadas quando da inconsciência do paciente. Assim, a não observância das diretrizes prévias do paciente constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético.

[50] Parecer n.° P/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade – Relatores: Helena Melo, Rui Nunes – ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BIOÉTICA.

Adiante analisarei a matéria penal, especialmente com relação aos delitos de omissão de socorro e constrangimento ilegal, tendo em vista que comumente se atribui ligação destes com o tema.

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: *deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.*

Comentando o dispositivo legal em pauta, acentua Bento de Faria[51] que ele não cogita de um *delito culposo, mas doloso, o que se verifica também – na* ***omissão voluntária****. 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.*

Entre os elementos do crime, salienta Nelson Hungria[52], 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.*

Ressalta Heleno Cláudio Fragoso[53] que *risco de morte ou de lesão pessoal grave deve ser considerável,* não podendo faltar o *dolo, a vontade de omitir assistência ao periclitante.*

No mesmo sentido, outros penalistas.[54]

Como visto, o dolo é indispensável à caracterização do crime. Deve o agente atuar consciente e deliberadamente, com vontade de não prestar assistência. Por essa razão,

---

[51] *Código Penal Brasileiro* (*Comentado*), Distribuidora Récord Ed., Rio de Janeiro, vol. IV, 3.ª ed., 1961, p. 128.

[52] *Comentários ao Código Penal,* Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 3.ª ed., 1955, vol. V, pp. 430 e 433.

[53] *Lições de Direito Penal,* José Bushatsky Ed., São Paulo, 1962, 2.ª ed., 1.° vol., pp. 124 e 125.

[54] Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal, Curso Completo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 5.ª ed., 1999, pp. 281 e 282; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 5.ª ed., 2000.

o médico que presta assistência ao seu paciente respeitando as determinações deste, não age com dolo de omitir socorro. Seria uma incoerência.

Desse modo, se o paciente recusar o tratamento de transfusão de sangue e optar por tratamentos médicos que a dispensem, não se consumará o crime em pauta, não se configurando a omissão dolosa do profissional da medicina.

Além disso, o tipo penal se perfaz por "deixar de prestar assistência". Isso significa que o médico, mediante vontade livre e consciente, nega qualquer tipo de assistência ao paciente. Em outras palavras, o paciente é abandonado pelo médico. Cuidar de um paciente por utilizar tratamentos médicos que dispensam o uso da transfusão de sangue não configura o tipo penal de "deixar de prestar assistência".

O extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo corrobora esse entendimento: *O que o art. 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 abonada por critério médico, inexiste justa causa sob esse título, para a ação penal.*[55]

DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Constranger o paciente à realização transfusional, quando tal tratamento foi expressamente recusado pelo mesmo, configura o crime de constrangimento ilegal. (*caput* do artigo 146 do Código Penal)

A punição do delito de constrangimento ilegal tem como base o art. 5.°, II, da Constituição Federal, o qual assegura que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

Não há em nossa legislação dispositivo legal que obrigue um paciente a aceitar ou a submeter-se a um determinado tratamento médico. Aliás, procurar tratamento médico é uma faculdade e não uma obrigação. Não há, portanto, lei que obrigue o paciente a submeter-se à transfusão de sangue.

[55] TACRIM-SP – HC – Rel. Marrey Neto – RJD 7/175.

Destarte, se o paciente manifestou previamente sua decisão de não receber transfusão de sangue, a administração desta terapia sem o devido consentimento configura o tipo penal de constrangimento ilegal.

É certo que o § 3.° exclui da incidência desse crime, *a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou do seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (inciso I) ou a coação exercida para impedir suicídio* (inciso II).

Todavia, a excludente prevista no § 3.°, inc. I, refere-se às situações de consentimento presumido, tal como a prevista no art. 22 do atual CEM. Isto é, o paciente está em "iminente perigo de vida", no dizer dos médicos, e não se pode obter, por qualquer meio, o seu consentimento (como por exemplo, paciente em estado de inconsciência sem representante legal e sem documento com diretrizes antecipadas sobre tratamento de saúde). Por uma questão de obviedade, o médico deve agir presumindo que haveria consentimento do paciente. Em razão disso, o legislador utiliza a expressão "sem" o consentimento do paciente.

Situação diversa é a do paciente que, ainda que esteja em "iminente perigo de vida", expressou suas determinações de forma verbal ou por escrito (documentos de antecipação da vontade). Tal hipótese não é amparada pela excludente do inc. I, do § 3.°, do art. 146, CP, pois se estará agindo "contra" a vontade do paciente, e não "sem" o consentimento deste.

Outro fator a ser levado em consideração é que o delito de constrangimento ilegal foi inserido em nossa legislação em 1940. Desde então, a relação médico-paciente passou por uma forte mudança em seu paradigma paternalista. Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento do Estado, sendo que a Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, e o atual Código Civil (art. 15, CC) privilegiam a autonomia do paciente, sem ressalvas quanto ao "iminente perigo de vida".

Consequentemente, a excludente do "iminente perigo de vida" não pode sofrer mais uma interpretação isolada. É preciso realizar uma interpretação teleológica, levando-se em consideração todo o ordenamento jurídico no qual a norma está inserida. Não se pode mais interpretar o art. 146 do CP e a excludente do "iminente perigo de vida", desconsiderando-se as normas atuais que primam pela autodeterminação do paciente.

Como já destacado, com a consagração da "dignidade da pessoa humana" e o advento do art. 15 do CC, o respeito às determinações do paciente não estão condicionadas ao

seu estado clínico. Mais uma razão para a excludente do art. 146, § 3.°, I, do CP, ser aplicada apenas nas situações em que é impossível descobrir os desejos do paciente.

O paciente, recusando ao procedimento da hemotransfusão, portanto, está exercendo direito a sua liberdade de autodeterminação, por si ou por seu representante legal.

O Estado não pode impor constrangimentos, sob idealizados paternalismos, que retiram da pessoa sua autodeterminação, em detrimento dessa preciosa liberdade.

Por outro lado, quanto ao inc. II do § 3.°, do art. 146, do CP, 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.

MENOR E CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES

No tocante aos pacientes menores de idade sem capacidade de decisão, costuma-se argumentar que a recusa de genitores Testemunhas de Jeová à terapia transfusional provoca um conflito de direitos fundamentais: direito à liberdade religiosa dos pais vs. direito à vida do paciente menor de idade.

Entretanto, quando se passa a entender a posição das Testemunhas de Jeová quanto a tratamento médico, a tese a respeito da colisão de direitos fundamentais também deve ser repensada.

Como destacado, a recusa ao tratamento transfusional não implica recusa de tratamento médico. Apenas reflete o direito de escolha de tratamento médico, consequência natural do poder familiar.

Escolher o tipo de tratamento médico que o filho ou a filha receberá é um direito legítimo e integra as características do poder familiar. Isso porque, apesar de os filhos serem o alvo principal de atenção e proteção, o poder familiar deve ser exercido nos interesses da própria família, o que incluirá não somente os filhos, mas também os pais.

Os filhos menores têm o direito de receber tratamento médico, projeção do seu direito à saúde. Os pais, por sua vez, não apenas possuem o dever de garantir o acesso à saú-

de, como têm o direito de escolher os procedimentos médicos que serão administrados em seus filhos. Esse direito de escolha, seja motivado por questões religiosas ou não, faz parte do *desenvolvimento da personalidade dos pais*, ou seja, é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, também merecedora de tutela. Sob esse prisma, é possível respeitar e harmonizar os valores constitucionais aludidos, sem interferir indevidamente na esfera jurídica dos pais.

Ademais, a escolha de tratamento médico não configura abandono ou omissão por parte dos pais, não se enquadrando no art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso em questão, a decisão dos pais de escolher tratamento médico sem sangue não implica colocar a criança ou o adolescente numa situação de risco. Além das Testemunhas de Jeová não serem avessas à Medicina, optam por tratamentos médicos que evitam a exposição aos riscos transfusionais. Outrossim, os tratamentos médicos que dispensam a utilização de hemocomponentes têm aval científico. Por conseguinte, a decisão dos pais Testemunhas de Jeová, além de razoável, não gera conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

Assim decidiu o 13.° Juízo de Família de Lima, Peru, nos autos de "Investigação Tutelar n.° 2001- 02019":

Que se deve levar em consideração que o ***conflito de direitos*** *a que faz referência o Ministério Público em sua Resolução Fiscal,* ***do direito à vida e o de liberdade de crença religiosa e a prevalência do primeiro sobre o segundo, não enfraquece o considerado anteriormente, tanto mais por que conforme manifestaram os pais do menor****, nos seus escritos e documentação apresentados durante a investigação que corre nos autos, existem outras instituições médicas dispostas a aplicarem os meios alternativos à transfusão, alternativas estas que não foram investigadas, analisadas nem comparadas pelo Ministério Público, frente à alternativa apresentada pelo Instituto de Doenças Neoplásicas. Por estas considerações esta judicatura dispõe: NÃO EXISTE MÉRITO PARA ABRIR UMA INVESTIGAÇÃO TUTELAR a favor do menor (...).*

Tal decisão, que indeferiu um pedido de investigação tutelar proposto pelo Ministério Público, esclareceu que a tese sustentada a respeito da colisão entre direitos fundamentais não se aplica a situações envolvendo pais Testemunhas de Jeová que optam por alternativas médicas às transfusões de sangue.

Verdadeiramente, não se está a tratar de recusa de tratamento médico para os filhos. Portanto, não é possível alegar que a postura dos pais Testemunhas de Jeová configure "abuso" ou "omissão".

Por outro lado, intervir no poder familiar dos pais e, sem o seu consentimento, administrar tratamento médico de risco, como a terapia transfusional, desconsiderando as alternativas médicas que evitam a utilização de hemocomponentes, implicará assumir as consequências pelos resultados advindos.

Uma compreensão clara da postura das Testemunhas de Jeová em relação a tratamento de saúde, do poder familiar prestigiando toda a família, e os avanços da medicina não transfusional, impõe aos médicos o dever de respeitar as escolhas parentais no tocante à utilização de tratamento médico isento de transfusão sanguínea.

MENOR AMADURECIDO E CONSENTIMENTO INFORMADO

A dignidade é inerente ao ser humano. Assim, sua aquisição não depende de uma declaração ou de um ato normativo. Portanto, os menores de idade, por terem a qualidade de seres humanos, são detentores de todos os direitos fundamentais ligados à pessoa humana, conforme especificado no art. 3.°, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso inclui o exercício da autonomia como manifestação de sua dignidade como seres humanos.

De fato, percebe-se que, atualmente, a criança e o adolescente, em determinados aspectos, têm adquirido uma autonomia progressiva. Em alguns países, por exemplo, a doutrina do *menor amadurecido* privilegia a autonomia do menor, independentemente de sua idade. Trata-se de uma exceção à presunção de que os menores são incapazes para exercer pessoalmente seus direitos, principalmente aqueles relacionados com a personalidade.

Assim, no campo de cuidados com a saúde, menor amadurecido é o que tem capacidade de discernimento para tomar decisões próprias, conseguindo entender a natureza e as consequências do tratamento médico proposto, considerada sua capacidade de escolha para exercer *consentimento informado*.

Diante disso, alguns diplomas legais estrangeiros regulam especificamente o consentimento informado do paciente menor amadurecido.

A *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança* (20 de novembro de 1990) prevê que:

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. (art. 12)

A *Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina* (Convenção de Oviedo – 04 de abril de 1997) dispõe: *Deve-se levar em conta a opinião do menor como um fator cada vez mais determinante, em conformidade com a sua idade ou grau de maturidade*. (art. 6.°, n.° 2)

Diante do reconhecimento de uma autonomia progressiva dos menores de idade, tribunais estrangeiros respeitaram o direito de pacientes menores Testemunhas de Jeová de recusa à transfusão de sangue e, consequentemente, de receber alternativas médicas à mesma.

O Tribunal de recursos de New Brunswick, Canadá,[56] decidiu que um jovem de 15 anos podia recusar transfusões de sangue:

Existe aqui evidência esmagadora de que [J] é suficientemente amadurecido e que, nas circunstâncias do caso, o tratamento proposto atende a seus melhores interesses e à preservação de sua saúde e seu bem-estar. . . . Em tais circunstâncias, os desejos do menor amadurecido, de rejeitar as transfusões de sangue, têm de ser respeitados.

A Suprema Corte de Illinois, EUA,[57] também proferiu julgamento favorável a uma menor amadurecida que recusou transfusão de sangue:

Se a evidência for clara e convincente de que a menor é suficientemente amadurecida para avaliar as consequências de suas ações, e que a menor é suficientemente amadurecida para exercer o poder de julgamento de um adulto, então a doutrina

---

[56] Walter (*Litigation Guardian of*) vs. Region 2 Hospital Corp. (1994), 4 R.F.L. (94th) 321 at 224 (N.B.C.A.; Canadá). *in Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová*. Aspectos Éticos/ Legais, Ed. Brasileira, AFC-T V.

[57] Re E.G., 133Ill. 2d 98, 549 N.E. 2d 322 (1989) (EUA), *in Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová*. Aspectos Éticos/ Legais, Ed. Brasileira, AFC-T V.

do menor amadurecido lhe concede o direito, garantido pelo Direito Comum, de dar seu consentimento ou de recusar um tratamento médico.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, ao tratar de um caso envolvendo um menor de 13 anos com diagnóstico de síndrome de pancitopenia grave em razão de aplasia medular, asseverou que, além do paciente ser titular de direitos fundamentais, como a liberdade religiosa e integridade física, tinha madureza suficiente para assumir uma decisão vital:

(...) o menor expressou claramente, no exercício de seu direito a liberdade religiosa e de crença, o desejo, coincidente com o de seus pais, a exclusão de determinado tratamento médico. (...) ao se opor à ingerência alheia sobre seu próprio corpo, o menor estava exercendo um direito de autodeterminação cujo objetivo é o próprio substrato corporal — como diferente do direito a saúde ou a vida — e que se traduz no marco constitucional como um direito fundamental a integridade física (art. 15 CE). (...) o menor falecido, (...) de treze anos de idade, teve a madureza de juízo necessária para assumir uma decisão vital (...) – disponível em http://www.tribunalconstitucional.es/ jurisprudencia/Stc2002/STC2002-154.html

No Brasil, não há uma construção doutrinária a respeito do menor amadurecido, tampouco uma legislação específica regulando o assunto. Entretanto, alguns dispositivos da legislação brasileira reconhecem a importância do respeito à autonomia dos menores de idade.

O Código Civil ressalta a necessidade de consentimento do maior de 12 anos na hipótese de adoção (art. 1.621, CC) O mesmo ocorre quanto aos deveres do tutor, especificados no art. 1.740 do Código Civil. O inc. III deste dispositivo destaca que, se o menor já contar com 12 anos, deverá ser ouvido.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sem estipular uma idade, assegura que *a criança ou o adolescente, será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada* acerca do pleito de adoção (art. 28, § 1.°).

Assim, reforça o ECA a necessidade do consentimento do maior de 12 anos para a adoção (art. 28, § 2.°).

O consentimento do menor também é exigido no Código de Ética Médica para submissão em pesquisa envolvendo seres humanos no artigo 101.

Sendo o direito de escolha de tratamento médico uma materialização da dignidade da pessoa humana, os menores de idade com capacidade de discernimento têm legitimidade para prestar seu consentimento informado.

O *Conselho Regional de Medicina do Ceará*, em parecer versando sobre paciente adolescente que recusou submeter-se à cirurgia mutilatória, assim decidiu:

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*** *– grifos acrescentados)* http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMCE/ pareceres/2005/16_2005.htm

Tal parecer revela a importância de se levar em consideração a decisão do menor quanto a tratamento de saúde, ainda que se contraponha à decisão dos pais.

Similarmente, as determinações quanto a receber tratamento médico sem transfusão de sangue por parte de pacientes Testemunhas de Jeová menores de idade que possuem capacidade para decidir e compreender as consequências de seus atos, devem ser respeitadas por toda a equipe médica.

Além disso, não há idade fixa do menor, a ser determinada, para que preste consentimento para tratamento médico, pois não se trata de capacidade civil, mas de capacidade natural. O número de anos não define essa capacidade de discernimento. É preciso, entretanto, que o menor esteja plenamente informado quanto à incerteza do resultado desse tratamento, dos riscos da atuação médica e dos eventuais benefícios que podem advir.

QUESITOS E RESPOSTAS SUCINTAS

I - DIREITO DE ESCOLHER TRATAMENTO MÉDICO

1. *À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente adulto o direito de recusar um determinado tratamento médico, inclusive transfusão de sangue?*

   Resposta: À luz dos preceitos constitucionais, o paciente adulto tem o direito de recusar um determinado tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, porque tem completa liberdade de agir, escolhendo o tratamento que melhor lhe aprouver, ainda que motivado pela sua liberdade de crença religiosa.

   Como ressaltei, a dignidade da pessoa humana figura no texto da Constituição (art. 1.°, III) como uma cláusula geral, que subordina todos os outros direitos da personalidade. Ela consiste no valor axiológico primeiro. Violentá-la significa agredir o ser humano na sua essência.

   O princípio da dignidade humana, norma constitucional, transcende à vida meramente biológica, sendo que exige o respeito da pessoa como um todo, incluindo a sua autonomia, psíquico, sentimentos, crenças, etc.

   Não se pode imaginar como uma pessoa poderia viver sem dignidade, sem o respeito moral que lhe é devido por Direito Natural. Violar o corpo não é tão grave quanto à violência moral que retira o incentivo à própria vida.

2. *Há conflito de direitos fundamentais (vida vs. liberdade religiosa) quando um paciente adulto, Testemunha de Jeová, opta por um tratamento médico que evite a terapia transfusional?*

   Resposta: Não existe conflito dos direitos da personalidade à vida e à liberdade religiosa quando um paciente adulto Testemunha de Jeová opta por um tratamento médico para evitar a terapia transfusional.

   O direito à vida digna, consagrado pela Constituição Federal, é amplo e contempla a autonomia da pessoa. Assim, quando uma pessoa recusa um determinado tratamento (seja por motivos religiosos ou não), está na verdade exercendo a sua autonomia, ou o seu próprio direito à vida. Assim, a liberdade religiosa e a escolha de tratamento médico são desdobramentos e estão contidos no próprio direto à vida, sendo impossível, dessa maneira, haver choque entre estes.

Como procurei demonstrar, ante as inúmeras alternativas de tratamento médico evidenciadas pela consulente, o paciente adulto pode optar por uma dessas da maneira que melhor lhe convier. Após as informações que devem ser prestadas ao paciente pelo médico, é perfeitamente viável que possa aquele exercer essa opção.

3. *Por ser um tratamento de graves riscos, a transfusão de sangue pode ser recusada pelo paciente nos termos do art. 15 do Código Civil?*

   Resposta: Por ser um tratamento de graves riscos, a transfusão de sangue pode ser recusada pelo paciente, conforme possibilita o artigo 15 do Código Civil.

   Ressalte-se que os graves riscos podem ser encarados sob duas facetas: o risco propriamente da intervenção médica, com a sugerida transfusão de sangue e o risco da própria transfusão que pode contaminar o organismo do transfusionado com gravíssimas doenças, como procurei demonstrar.

   O artigo 15 do Código Civil protege o direito da personalidade do paciente de recusar a terapia de transfusão, não podendo ser constrangido à sua realização.

4. *Havendo alternativas de tratamento médico, pode o paciente escolher qualquer delas, mesmo que não seja a preferida do ponto de vista do médico assistente?*

   Resposta: A resposta anterior, ora se completa; pois, havendo alternativas de tratamento médico, o paciente pode escolher qualquer delas, mesmo que o médico assistente tenha preferência por outra. Além disso, aplica-se ao caso o princípio constitucional da autonomia, que é desdobramento da dignidade da pessoa humana, sendo escolha que cabe somente à própria pessoa.

5. *O médico tem autoridade para impor determinada terapêutica ou a escolha do tratamento é um direito personalíssimo do paciente?*

   Resposta: O médico assistente não tem autoridade para impor determinado procedimento terapêutico ou escolha de tratamento, pois essa escolha é direito personalíssimo do paciente.

   Esse direito personalíssimo de escolha pelo paciente decorre de seu direito da personalidade de não poder ser constrangido a tratamento médico ou cirúrgico, sob pena de violência moral, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

6. *Como conciliar o entendimento do dever médico de prover tratamento com o direito do paciente ao consentimento informado?*

Resposta: 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.

II – IMINENTE RISCO DE VIDA

7. *Diante da alegação médica de que o paciente está em "iminente risco de vida", fica afetado seu direito constitucional de escolha de tratamento médico? A conduta do paciente nessas circunstâncias poderia ser entendida como uma tentativa de suicídio?*

Resposta: A alegação médica de que o paciente está em "iminente risco de vida" não retira deste seu direito constitucional de preservar sua dignidade e sua liberdade, escolhendo o tratamento médico.

Não se cuida, nessas circunstâncias, de tentativa de suicídio do paciente, mas do exercício do seu direito de escolha do tratamento, sendo certo ainda que o conceito de "iminente perigo de vida" é extremamente volátil variando de profissional para profissional.

A transfusão de sangue, portanto, não é o único meio de preservar a vida do paciente, que não pode ser a ela constrangido por direito moral, reconhecido pela legislação ordinária (artigo 15 do Código Civil). Além disso, não há qualquer disposição em nosso ordenamento jurídico que permita a desconsideração da personalidade e/ou autonomia da pessoa caso esteja em uma situação de risco ou emergencial.

8. *Na hipótese de "iminente risco de vida", o paciente perde o seu direito à autodeterminação quando de forma antecipada manifestou sua vontade quanto a receber tratamentos e procedimentos médicos isentos de sangue?*

Resposta: Por isso que, nessa hipótese de "iminente risco de vida", o paciente não perde seu direito à autodeterminação, mesmo que antecipadamente tenha manifestado sua vontade de não receber tratamento ou procedimentos médicos isentos de sangue. Pela lei ci-

vil, a manifestação de vontade continua válida independente do estado clínico do paciente, salvo por declaração do próprio em contrário.

9. *É constitucional a interpretação dada aos artigos 135 e 146, § 3.°, inciso I, do Código Penal, e aos artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica, na qual se entende que as obrigações impostas aos médicos devem superar os direitos do paciente, ainda que tenha manifestado antecipadamente suas decisões quanto ao tipo de tratamento médico a ser recebido?*

Resposta: Procurei evidenciar, neste Parecer, que as obrigações impostas aos médicos, por seu Estatuto de Ética Médica não podem superar os direitos do paciente, ainda que tenha manifestado antecipadamente suas decisões quanto ao tipo de tratamento médico a ser recebido.

Entendo essa a interpretação mais correta dada aos artigos 135 e 146, § 3.°, inciso I, do Código Penal.

Sim, porque, em face da modernidade dos conceitos legais e dos direitos do paciente, não pode este ser constrangido, de qualquer modo, já que tem direito de escolher seu tratamento médico.

Nesse caso, exime-se o médico de qualquer responsabilidade por eventual cogitação de omissão de socorro que, aliás, só se configura de forma dolosa. Quanto à excludente do § 3.° do artigo 146 do Código Penal, pela análise da fase atual de nosso ordenamento jurídico, só nos resta interpretá-la no sentido de que o médico poderá agir sem cometer o crime de constrangimento ilegal caso desconheça e ao mesmo tempo não possa obter o consentimento do paciente. Porém, isso não significa que poderá agir contra tal consentimento, ocasião em que, pelo nosso entendimento, configurar-se-ia o crime de constrangimento ilegal.

O iminente risco de vida não autoriza o médico a escolher tratamento ou intervenção cirúrgica no lugar do paciente, quando há manifestação prévia do paciente.

10. *Diante do art. 1.°, III, da Constituição Federal e do art. 15 do Código Civil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.° 1.021/80 pode ser invocada pelos médicos para desconsiderar a vontade do paciente, manifestada antecipadamente, na hipótese de "iminente risco de vida"?*

Resposta: A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n.° 1.021/80 não pode ser invocada pelos médicos, contrariamente ao artigo 1.°, inciso III, da Constituição e ao artigo 15 do Código Civil, mormente com o propósito de desconsiderar a vontade do

paciente, manifestada antecipadamente, em qualquer hipótese, quando for o caso de *iminente risco de vida*. Além disso, referida Resolução foi expedida em 1980, ou seja, muitos anos antes da Constituição Federal e do atual Código Civil, estando em total dissintonia com os mesmos, sendo de aplicação e encaixe impraticável em nosso ordenamento jurídico.

III – DOCUMENTO "INSTRUÇÕES E PROCURAÇÃO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE"

11. *Tem validade legal a manifestação de vontade antecipada do paciente, por escrito, recusando determinado tratamento médico e optando por outros, para o caso de vir a estar inconsciente?*

Resposta: O paciente tem direito de antecipar seu entendimento, por meio de manifestação de vontade antecipada, por escrito, recusando determinado tratamento médico e optando por outros, no caso de estar inconsciente, no momento de eventual intervenção médica.

Essa documentação, inclusive procuração nesse caso, é perfeitamente legal tendo plena validade e eficácia estando em consonância com o Código Civil e preenchendo os requisitos de manifestação de vontade e constituição de procurador insculpidos no mesmo.

12. *O paciente em documento de manifestação de vontade antecipada pode nomear procuradores para agirem em seu nome caso venha a encontrar-se em estado de inconsciência?*

Resposta: Como referi, o paciente, nesse documento de manifestação de vontade antecipada, pode nomear procuradores para agirem, conjunta ou isoladamente, em seu nome, caso esse paciente venha a encontrar-se em estado de inconsciência. O artigo 653 do Código Civil admite o regime de representação legal para "praticar atos" ou "administrar interesses", o que certamente poderá constituir-se em nomeação de procurador para atuação relativa a cuidados de saúde.

13. *Na hipótese do paciente ter nomeado procuradores que não integram sua família imediata (cônjuge, genitores, filhos e irmãos), estes familiares têm legitimidade para decidir pelo paciente e impedir que os procuradores ajam conforme os poderes que lhe foram conferidos?*

Resposta: Na hipótese do paciente ter nomeado procuradores, que não façam parte de sua 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.

Poderá ocorrer a situação em que os familiares não concordem com a opção terapêutica do paciente ou que neles não deposite o paciente a necessária confiança.

Porém, deve prevalecer, sempre, a vontade do paciente, por si ou por seu procurador.

IV – TERMO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR E TERMO DE CONSENTIMENTO

14. *Tem o paciente o direito de inserir observações quanto a tratamento de saúde nos termos de internação apresentados pelos hospitais?*

Resposta: O paciente tem o direito de inserir observações quanto a tratamento de saúde, nos termos ou documentos de internação apresentados pelos hospitais.

O Hospital não pode impedir que o paciente manifeste seu entendimento ou decisão, prestando informações ao médico que vai atendê-lo. Trata-se de formalização de sua autonomia e manifestação da mesma. Essas informações podem ser, por exemplo, relativas a alergias a medicamentos e à rejeição a transfusão de sangue.

Aliás, os formulários de internação dos Hospitais devem ter espaço reservado a essas observações do paciente.

15. *O hospital poderá recusar a internação de um paciente que, após acordar com a equipe médica sobre a não utilização de terapia transfusional, insere no "termo de internação" ou no "termo de consentimento" sua recusa de receber tal terapia?*

Resposta: O hospital não poderá recusar a internação de um paciente que, após acordar com a equipe médica sobre a não utilização de terapia transfusional, insere no *termo de internação* ou no *termo de consentimento* sua recusa de receber tal terapia.

Principalmente, porque a equipe médica já havia consentido na não realização de transfusão de sangue, no primeiro contato com o paciente.

O consentimento informado é realizado entre o médico e o paciente. O modo como o tratamento será prestado ou como uma cirurgia será realizada, bem como os efeitos, riscos e alternativas são discutidos entre médico e paciente. O Termo de Consentimento Informado, portanto, deve refletir perfeitamente o que fora acordado entre médico e paciente.

Ainda que o hospital apresente um modelo de Termo, este poderá ser alterado pelo paciente ou pelo médico, desde que as práticas médicas acordadas tenham amparo científico e sigam protocolos específicos.

Além disso, o médico detém autonomia para exercício de seu ofício, não podendo tal ser obstada por questões de cunho meramente administrativo.

16. *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. Procede esta necessidade, ou o documento já firmado, independentemente de seu tempo, valerá até manifestação em contrário? Se necessária dita atualização, podem os procuradores fazê-lo, na inconsciência clínica do paciente?*

Resposta: Como informa a Consulente, alguns profissionais têm afirmado que o documento que antecipa decisões em matéria de questões de saúde deva ser atualizado por ocasião da intervenção cirúrgica, para confirmar ou não a vontade do paciente, ante a situação emergencial.

De minha parte, não vejo justificativa para que se faça tal confirmação, pois o documento feito pelo paciente, com antecipação, é justamente para que produza seus efeitos até o momento em que esse documento puder ser utilizado. Além disso, o Código Civil não estabelece prazo de validade da manifestação de vontade.

Essa documentação, inclusive a procuração, é válida até que exista manifestação em contrário. Por tal razão é que é feita com antecedência.

Todavia, se por absurdo for necessária essa atualização, podem os procuradores ou quem de direito, fazê-lo, estando inconsciente clinicamente o paciente posto que o seu mandato conforme descrito no cartão "Instruções e Procuração" das Testemunhas de Jeová é abrangente o bastante conferindo-lhe tal poder.

17. *Pode a Recepção ou Administração Hospitalar recusar-se a encaminhar paciente ao atendimento médico tão somente porque este não assinou o "termo de internação hospitalar" ou o alterou parcialmente?*

Resposta: A Recepção ou a Administração Hospitalar não pode recusar-se a encaminhar paciente ao atendimento médico, tão somente porque este não assinou o *termo de internação* ou o alterou parcialmente.

Há certos casos de emergência em que o paciente sequer assina sua internação, sendo encaminhado a atendimento urgente. Aliás, a depender do estado do paciente, aí sim, configurar-se-ia o crime de Omissão de Socorro por recusa de atendimento dolosa.

Por outro lado, se a alteração parcial de referido termo se dá por declarar o paciente que é da crença religiosa das Testemunhas de Jeová, essa situação deve ser respeitada conforme acima fundamentado. Conforme já ressaltado, o atendimento não pode ser obstado por questões burocráticas, mormente em se tratando de hospital público.

Não se deve olvidar que nessa hipótese a recusa da internação configura o crime resultante de preconceito religioso, punível pela Lei n.° 7.716/89.

18. *Como pode ser tipificado juridicamente o fato de um Hospital incluir em seu formulário, ou "termo de internação" pergunta sobre a religião do paciente, escusando-se de atendê-lo quando for uma Testemunha de Jeová? Sendo uma discriminação, quais os procedimentos a serem adotados pelo paciente a fim de garantir o atendimento de saúde?*

Resposta: O hospital pode incluir em seu formulário de internação, *termo*, pergunta sobre a religião do paciente, principalmente se visar prestar cuidados médicos personalizados a este. Todavia, não poderá recusar sua internação ou seu atendimento ao cientificar-se de que o paciente é uma Testemunha de Jeová.

Diante dessa discriminação, poderá o paciente valer-se do procedimento judicial competente para garantir seu direito a atendimento de saúde, sem prejuízo do ressarcimento de eventuais danos materiais e morais.

19. *A quem cabe colocar diante do paciente o "termo de consentimento informado"? À Recepção Hospitalar ou sua Administração ou ao médico que examina o paciente?*

Resposta: As informações devem ser prestadas por médicos, cada qual na sua especialidade, se for possível, ao paciente que poderá formular perguntas ou pedidos de esclarecimento. Isso porque o consentimento do paciente deverá ser expresso após haver sido esclarecido tecnicamente, o que somente o médico poderá fazer após exame.

O termo de *consentimento informado* deve ser redigido e assinado após as aludidas informações, para o paciente, a fim de que exerça seu direito de escolher o tratamento que preferir, pelo médico que o assistir.

Portanto, a Recepção Hospitalar ou sua Administração não têm legitimidade para apresentar ou para fornecer as informações necessárias ao paciente para que este forme sua convicção.

V – QUESTÕES PROCESSUAIS

20. *As liminares satisfativas concedidas em sede de medidas cautelares ou de procedimentos de jurisdição voluntária (alvará judicial), determinando a administração de uma transfusão de sangue recusada pelo paciente, ferem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa?*

Resposta: Entendo que as liminares satisfativas concedidas em medidas cautelares ou em procedimentos de jurisdição voluntária (alvarás judiciais), determinando ou autorizando transfusão de sangue, recusada pelo paciente ou por seu representante legal, ferem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o direito da personalidade do paciente previsto no artigo 15 do Código Civil.

Tecnicamente, não há meio de se conceder cautelar satisfativa, visto que ela esgota o objetivo da futura ação principal. Assim, tendo em vista que a transfusão de sangue procedida é irreversível e constitui o mérito de uma ação principal, não poderá ser concedida em sede de medida cautelar de qualquer espécie.

Nem se alegue o iminente risco de vida do paciente, que tem direito a escolher entre os vários procedimentos médicos em substituição ao procedimento transfusional.

21. *Como a realização de uma transfusão de sangue contra o consentimento do paciente é uma medida, do ponto de vista físico, irreversível, tal terapia pode ser autorizada pelo juiz em decisão concessiva de antecipação da tutela?*

Resposta: Vejo impossível reverter a realização transfusional; pois, realizada, ou por força do médico ou por determinação judicial, só poderão ser pleiteadas perdas e danos materiais comprovados ou morais. Porém, tendo em vista a monumental violação moral de uma Testemunha de Jeová que é transfundida à força, uma eventual compensação a título de danos morais sempre será insignificante tendo em vista constituir-se dano de caráter irreversível.

Entendo, por isso, que essa terapia não pode ser autorizada pelo juiz, também, por decisão concessiva de antecipação de tutela. Sendo autorizada, por qualquer modo, e sendo realizada essa transfusão, a situação de fato torna-se irreversível. A reversibilidade da medida é indispensável para que se possa conceder a antecipação de tutela. Definitivamente, não é o que ocorre no caso de uma transfusão de sangue já efetuada.

O paciente tem direito de escolher outro tratamento médico ou cirúrgico após devidamente informado.

22. *Uma vez concedida liminar ou antecipação da tutela para ministrar transfusão de sangue contra a vontade do paciente, o cumprimento da decisão acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito pela perda de objeto? E a inexecução da decisão?*

Resposta: Não deverá ser extinto. Ainda que concedida liminar ou antecipação de tutela deverá o juiz propiciar o contraditório, realizar a instrução e pronunciar sentença de mérito. As decisões concessivas de liminares e de antecipação da tutela são decisões provisórias, necessitando, portanto, de uma sentença de mérito.

A propósito, Celso Agrícola Barbi entende que o interesse deve existir na propositura da ação, no início da demanda. Assim, existindo interesse naquele momento, mas desaparecendo no curso do processo, ainda assim a sentença deverá considerá-lo como existindo.[58]

Aliás, o mínimo que espera um cidadão que já foi violentado em sua consciência é poder defender-se adequadamente e, quiçá, obter uma sentença de mérito a seu favor.

Caso contrário, restará ainda a apuração dos prejuízos materiais e morais.

23. *Autoridades como Promotores de Justiça e Delegados de Polícia têm legitimidade para autorizar a realização de um determinado tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, contra a vontade do paciente?*

Resposta: Não entendo que *Autoridades* como *Promotores de Justiça* e *Delegados de Polícia* tenham legitimidade para autorizar a realização de qualquer tratamento médico, inclusive com transfusão de sangue, contra a vontade do paciente.

Por expresso comando constitucional, apenas o Poder Judiciário e a autoridade judiciária competente poderiam apreciar pedido dessa natureza. Ademais, extrapola das funções constitucionalmente designadas ao Ministério Público e à autoridade policial conceder autorizações ou ordens dessa natureza, caracterizando abuso de poder e usurpação da função judicante.

24. *A autoridade judicial poderá receber um pedido apresentado em juízo por um médico, sem a devida representação por profissional habilitado (advogado), alegando que a suposta emergencialidade da situação e a indisponibilidade do direito à vida autorizariam a desconsideração de normas processuais?*

Resposta: Não entendo ser possível o recebimento pela autoridade judicial de pedido formulado por profissional médico ou por hospital, sem a representação de um advogado.

---

[58] Celso Agrícola Barbi, *Ação Declaratória Principal e Incidente,* 7.ª edição, p. 67

Ninguém pode pleitear em juízo sem a representação profissional de um advogado, mesmo que alegue suposta emergencialidade da situação posta *sub judice*, desconsiderando as normas processuais.

De acordo com o art. 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça. Assim não há como retirar o Judiciário da inércia a não ser por meio de advogado.

Nem a alegação da indisponibilidade do direito à vida poderia autorizar essa desconsideração normativa, mormente havendo maneiras alternativas na medicina na salvaguarda do direito à vida.

25. *Quais as provas ou documentos exigidos processualmente para embasar a alegação médica de "iminente perigo de vida" a fim de transfundir um paciente? Basta a mera alegação do médico de que o paciente "vai morrer" se não for transfundido?*

Resposta: Não existem propriamente provas ou documentos, no meu entender, exigidos processualmente, para embasar a alegação médica de *iminente perigo de vida*, a justificar a transfusão de sangue em um paciente. Porém, é certo que uma simples declaração médica não teria o condão de afastar de plano a dignidade e autonomia do paciente. Ademais, aquele documento poderia espelhar opinião de profissional não atualizado ou não capacitado tecnicamente para atender o paciente sem sangue.

Portanto, não basta a *alegação do médico* de que o paciente *vai morrer*, se não for transfundido. Outros fatores devem ser pesados e o contraditório deve ser sempre respeitado.

26. *Considerando que o Estado de Direito é laico, pode o Juiz engendrar-se na crença religiosa de um cidadão para "afastar o óbice religioso" em nome da preservação do chamado "bem maior da vida" (liberdade religiosa vs. vida)? Ou, diante da separação entre Estado e Igreja, de há muito feita pelas Constituições Federais, o Judiciário, como representante deste mesmo Estado, deverá respeitar a religiosidade de todos os cidadãos, preservando-a e se abstendo de "afastar o óbice religioso"?*

Resposta: Concordo que o Juiz não pode intrometer-se na crença religiosa de um cidadão para *afastar o óbice religioso*, para preservar *bem maior da vida*, colocando em confronto a liberdade religiosa e a vida.

Conforme explicado, não existe conflito entre a religião do paciente Testemunha de Jeová e o seu direito à vida, pois a primeira é decorrência da segunda e do princípio da dignidade da pessoa humana, além de estar este paciente tão somente escolhendo tratamento médico e não tentando exercer uma crença suicida.

O Poder Judiciário deverá respeitar a religiosidade de todos os cidadãos, preservando essa liberdade de crença, sem penetrar na sua análise e julgamento do que seja melhor, abstendo-se, assim, de *afastar o óbice religioso*.

O paciente Testemunha de Jeová tem firme convicção moral quanto a recusar transfusões de sangue, mas ao mesmo tempo, deseja manter sua vida por meio de outro tratamento médico alternativo.

VI – ÉTICA MÉDICA

27. O médico pode recusar-se à realização de conferência com outro profissional a pedido do paciente ou de seu responsável legal?

Resposta: Não, o médico não pode recusar-se à realização de conferência com outro profissional a pedido do paciente. Isso porque o médico tem o dever de buscar o melhor tratamento para o paciente e de forma personalizada, em decorrência do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que tenha de buscar o seu aprimoramento profissional e aconselhamento com outros. Além disso, o Código de Ética Médica é claro em seu artigo 39 ao estabelecer ser vedado ao médico *opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal*. Tratar-se-ia a recusa nesse sentido também de violação ética, portanto.

28. O médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa a respeito da realização deste procedimento comete alguma infração?

Resposta: O médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa a respeito da realização da transfusão comete infração de ordem criminal, civil e ética.

A infração criminal resulta de constrangimento ilegal, quando a transfusão de sangue se faz contra a vontade do paciente, pois o médico estará, em um primeiro estágio, violentando a vontade do paciente, e, o que é mais grave, não o informando de que realizou dita terapia, ainda que alegue risco de vida do paciente.

Nesse caso, o médico deverá informar o paciente, antes de realizar a transfusão, de que esta é necessária, informando outras técnicas de tratamento, alternativas, para opção do paciente.

Obviamente, tal ato estará sujeito ao pagamento dos danos materiais e morais, principalmente em decorrência da aplicação do artigo 15 do Código Civil que acaba por fixar hipótese de responsabilidade civil do médico.

A quebra pelo médico do respeito à liberdade de crença religiosa, assegurada pela Constituição, é grave, no meu entender.

A informação do paciente, antes ou depois do tratamento é indispensável, ainda que se escude o médico em alegado risco de vida, tendo-se em conta que a transfusão de sangue é, sempre, um procedimento de alto risco.

Há dispositivo expresso no Código de Ética Médica que veda ao médico *"deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento (...)"*. (art. 34) Portanto, comete grave falta ética o médico que não só ministra um tratamento contra a vontade expressa do paciente, mas também omite essa informação do mesmo.

É intolerável, por exemplo, um paciente sair do hospital crendo que sua autonomia foi respeitada, quando na realidade ele sequer sabe que um tratamento indesejado foi aplicado. Isto fere preceitos éticos primários, principalmente em se tratando de transfusão de sangue, pois além de violar a dignidade do paciente como ser humano, é um tratamento que pode gerar sérios riscos futuros.

29. *Podem médico ou hospital dificultar ou impedir a transferência de um paciente para outro hospital e/ou equipe médica que tem domínio no uso da medicina não transfusional?*

Resposta: Nem o médico nem o Hospital podem dificultar ou impedir a transferência de um paciente para outro Hospital e/ou equipe médica, que tenha o domínio da medicina não transfusional.

Se for o caso de remoção perigosa do paciente a outro Hospital, que possa causar agravamento de sua situação clínica, deve ser franqueada a atuação de médico e/ou de equipe médica que realize o tratamento não transfusional. O direto de ir e vir é garantido constitucionalmente não estando a prática da Medicina acima das leis estatais ou do próprio Estado.

VII – MENORES

30. *Têm os pais o direito fundamental de tomar as decisões médicas em favor de seus filhos menores, mesmo quando isso envolve escolher um tratamento médico em detrimento de outro?*

Resposta: Os pais têm direito fundamental de tomar as decisões médicas relativamente a seus filhos menores, mesmo quando for o caso de escolher um tratamento médico em substituição a outro.

Isso acontece, principalmente, em decorrência do poder familiar que abrange a escolha de tratamento de saúde por parte dos pais e cuidados de saúde. Além disso, os pais são representantes legais de seus filhos menores.

31. O exercício pelos pais da escolha de tratamento médico para a criança sob sua guarda e responsabilidade, diferentemente de um padrão médico, caracteriza abandono, maus tratos ou extravio, à luz do ECA e demais disposições normativas?

Resposta: O exercício pelos pais da escolha de tratamento médico para a criança sob sua guarda e responsabilidade, diferentemente de um padrão médico, não caracteriza *abandono, maus tratos ou extravio*, à luz do ECA e demais disposições normativas.

Quando os pais exercem esse direito de escolha, ou expressam a própria vontade do menor com discernimento dos fatos, estão procurando o melhor para seus filhos, exercendo, no lugar destes, os direitos reconhecidos pela legislação em geral, em favor desses menores, nos moldes de sua dignidade, respeitando os seus direitos da personalidade e sua liberdade de crença professada por sua família.

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/direitos inerentes ao poder familiar nos melhores interesses do direito à vida e à saúde de seu filho.

VIII – MENORES AMADURECIDOS

32. Quando um paciente for menor de idade, porém demonstrar que tem condições de entender suas decisões e as consequências destas, sua determinação de receber tratamento médico isento de sangue deverá ser respeitada pelos médicos?

Resposta: Quando um paciente for menor de idade, porém demonstrar que tem condições de discernimento de suas decisões, bem como suas consequências, os médicos deverão respeitar sua determinação de receber tratamento médico sem utilização de sangue alogênico.

Cuida-se, nessa espécie, do menor amadurecido, que tem capacidade de discernimento para tomar decisões próprias, entendendo a natureza e as consequências do tratamento médico proposto, e tendo capacidade de escolha para exercer *consentimento informado*.

33. Há amparo em nossa legislação para que o menor seja ouvido e sua posição seja levada em consideração?

Resposta: Há amparo em nossa legislação para que o menor amadurecido seja ouvido e manifeste seu entendimento, após devidamente informado.

À luz do art. 3.°, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor é detentor de todos os direitos fundamentais ligados à pessoa humana, o que inclui a sua autonomia.

Analogicamente, podemos consultar os artigos 1.621 e 1.740 do Código Civil que determinam que a vontade do menor deve ser colhida para a prática de determinados atos. Da mesma forma o artigo 28, §§ 1.° e 2.°, do ECA determina a oitiva do menor quanto à sua vontade quando da colocação em família substituta.

IX – OUTRAS QUESTÕES

34. De quais medidas judiciais prévias dispõe um paciente que no momento é tratado por uma equipe médica disposta a adotar procedimentos não transfusionais, para precaver-se contra futura ingerência causada por outros médicos ou familiares discordantes quanto à primeira equipe médica?

Resposta: O paciente, que está sendo tratado por uma equipe médica disposta a adotar procedimentos não transfusionais, pode querer assegurar-se de que esse modo de tratamento continue sem alteração, utilizando-se de medida cautelar para tanto.

Com isso, estará o paciente precavendo-se contra futura ingerência causada por outros médicos ou familiares que discordem da atuação da primeira equipe médica.

35. Há previsão para que um magistrado seja responsabilizado legalmente quando autoriza um tratamento médico contra a vontade do paciente, nos casos em que o indivíduo foi agredido pela equipe médica, sendo amarrado ou contido, e ficado com sequelas emocionais, mentais ou físicas advindas da transfusão?

Resposta: No caso em que o paciente foi agredido pela equipe médica, sendo amarrado ou contido, ou até mesmo sendo ameaçado psicologicamente, ficando com sequelas emocionais, mentais ou físicas, por causa da transfusão de sangue, entendo que o magistrado não pode autorizar um tratamento médico, nessas circunstâncias, contra a vontade do paciente, sob pena de ser responsabilizado legalmente.

O paciente tem direito a escolher tratamento alternativo, com direito, ainda, a optar por médico que aceite a forma de tratar independentemente de transfusão de sangue.

Havendo autorização judicial nesse sentido, o Estado é o responsável pelos atos de seus agentes. (art. 37, § 6.°, CF)

36. Comete alguma infração um hospital que, de posse de uma liminar, amarra, 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?

Resposta: O hospital que, obtendo uma liminar judicial ou não, amarra, ou seda, constrangendo um paciente, para aplicar-lhe transfusão de sangue, sendo esse paciente capaz e consciente, resistindo, ao mesmo tempo, ao referido tratamento, após ter sido informado dos riscos, caso não o aceite, comete conduta teratológica do ponto de visa médico, ético e jurídico.

Quanto à tipificação criminal, dependendo da forma como o crime é praticado, da motivação do profissional da saúde, e das consequências 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.°, I, "c", Lei n.° 9.455/97).

Mesmo alegando risco de vida, e de que está agindo sob liminar, não me parece justo o constrangimento, pelo que deve ser responsabilizado objetivamente o hospital por dano moral/material e o Estado, pela atuação judiciária.

37. Que outras questões se mostram relevantes acerca dos direitos do paciente à luz da legislação em vigor, com ênfase especial no artigo 15 do CC?

Resposta: Pelo artigo 15 do Código Civil, portanto, não me parece justo o constrangimento à transfusão de sangue, mesmo ante a alegação de risco de vida, se não for dada ao paciente a oportunidade de escolher tratamento alternativo.

Tudo, com respeito maior à dignidade do paciente e à sua liberdade de crença.

No desenvolver deste Parecer, foram tratados vários temas que devem somar-se aos objetivados pelos quesitos.

Esse é o meu parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 08 de fevereiro de 2010

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Civil,
Regente de Pós-Graduação e ex-Diretor da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo - USP;
Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil
e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo;
Professor Titular de Direito Romano e Diretor da Faculdade
de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado
– FAAP, em São Paulo;
Advogado e ex-Conselheiro Federal e Estadual
da Ordem dos Advogados do Brasil,
Advogado, Parecerista e Consultor Jurídico.