

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARCELO GASPARI DE MELLO

**A RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

**CURITIBA
2014**

MARCELO GASPARI DE MELLO

**A RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Clayton Reis

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO GASPARI DE MELLO

A RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

1	A RELIGIÃO E AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	8
1.1	ORIGEM HISTÓRICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO.....	8
1.2	TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RECUSA AOS TRATAMENTOS HEMATOLÓGICOS.....	9
1.3	DOS RISCOS EXISTENTES NA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS AOS TRATAMENTOS HEMATOLÓGICOS...	12

CAPÍTULO II - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

2	DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	17
2.1	DO DIREITO À VIDA.....	17
2.2	DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA.....	20
2.3	DA FALSA COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA.....	24
2.4	DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	26
2.5	DOS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA BENEFICÊNCIA E DA AUTONOMIA ...	30
2.5.1	Do Consentimento Informado e da Manifestação de Vontade	33

CAPÍTULO III - FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3	DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS.....	38
3.1	DA CONDUTA HUMANA.....	38
3.2	DA CULPA	39
3.3	DO NEXO DE CAUSALIDADE	40
3.4	DO DANO	41
3.5	DO DANO MORAL.....	42
3.6	DO DANO EXISTENCIAL	44

CAPÍTULO IV - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4	DA RESPONSABILIDADE MÉDICA PERANTE A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.....	48
4.1	DA RESPONSABILIDADE ÉTICA E CIVIL DO MÉDICO.....	48
4.2	TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS EM MENORES E INCAPAZES FILHOS DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	54
4.3	DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA	57

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

ANEXO I

RESUMO

A religião existe desde os tempos antigos e constitui importante fator para a vida das pessoas e para a sociedade. Uma das religiões que tem ganhado seguidores nos últimos anos é a chamada Testemunhas de Jeová. Uma das crenças dessa corrente religiosa é a de que seus membros não podem se submeter a tratamentos que utilizem transfusão de sangue ou seus componentes. Ocorre que, em algumas situações, um seguidor dessa religião procura tratamento médico, ou é submetido a ele em situações emergenciais, e declara expressamente que se recusa a receber transfusão sanguínea, ainda que sua vida esteja em perigo. Princípios e direitos fundamentais estão em concorrência nestas hipóteses, como o direito à vida, direito à liberdade de crença, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade. Nesse caso, muitos médicos ficam apreensivos sobre a decisão a ser tomada, ficando entre salvar a vida do paciente ou respeitar a sua liberdade de escolha, vez que isso poderia ter, além de reflexos na esfera do direito penal, consequências para a responsabilização civil de eventuais danos. Situação ainda mais polêmica ocorre quando o paciente é menor ou incapaz e seus pais, tutores ou curadores, são adeptos da religião Testemunhas de Jeová e se opõem aos tratamentos com transfusão sanguínea. Esta situação está longe de ser pacificada pelos tribunais brasileiros, mas alguns já se posicionam no sentido de ser respeitada a vontade do paciente, devendo o médico se abster de realizar tratamentos contra a vontade exarada.

Palavras-chave: RELIGIÃO; TESTEMUNHA DE JEOVÁ; TRANSFUSÃO DE SANGUE; RESPONSABILIDADE CIVIL.

INTRODUÇÃO

A religião está presente nas sociedades desde a antiguidade até os dias atuais, nas mais diversas formas, constituindo importante fator na vida das pessoas. Durante todo esse tempo, as crenças e filosofias religiosas sofreram várias alterações, já sendo utilizadas como mensagens de amor, liberdade e igualdade entre os povos, bem como fundamento para a realização de guerras e outras barbáries, como ocorreu nas Cruzadas e na Inquisição Medieval.

Com o passar das eras, a “liberdade religiosa” foi se tornando uma das mais fortes reivindicações do indivíduo, de modo que foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direito. Inclusive, a liberdade de crença religiosa encontra previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, de forma 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”.

Além da proteção à liberdade religiosa, mas aliada a essa, encontra-se também a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa brasileira e direito fundamental do indivíduo, bem como a proteção à intimidade privada. Ocorre que, em certos casos, alguns direitos fundamentais chocam-se, ficando difícil decidir qual deles deverá prevalecer sobre os demais.

Durante a atividade médica, profissionais desta área deparam-se com algumas situações de difícil solução, vez que existem direitos fundamentais em conflito que tornam onerosa qualquer decisão a ser tomada. É o que sucede nas hipóteses de transfusão sanguínea em adeptos da corrente religiosa denominada Testemunhas de Jeová, os quais não aceitam a transfusão de sangue, por o considerarem impuro.

E este é o cerne do presente trabalho. Diante de tal situação, como deve o profissional médico agir? Deve ele optar pela preservação da vida do paciente ou respeitar sua crença e opção religiosa? E se for um menor ou incapaz? Caso venha a realizar a transfusão sanguínea, deverá responder civilmente por eventuais danos? Caso seja civilmente responsável, assim o será em toda e qualquer

hipótese? Estes e outros pontos são problemas que devem ser observados com algumas ressalvas pela sociedade e pelos profissionais da medicina.

Para o presente trabalho foram utilizados livros, manuais, artigos científicos e jurisprudência.

1 A RELIGIÃO E AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

1.1 ORIGEM HISTÓRICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO

A religião, consubstanciada em um conjunto de crenças vinculadas a uma divindade superior por meio das quais o homem tenta se religar com Deus ou deuses, está presente na vida das pessoas e das comunidades políticas desde o início dos tempos. Luciano Odebrecht afirma que

Todas as populações estudadas pelos antropólogos demonstraram possuir um conjunto de crenças em poderes sobrenaturais de alguma espécie. As sociedades, frequentemente, desenvolvem normas de comportamento com a finalidade de se precaver contra o inesperado, o imprevisível, o desconhecido, e de estabelecer certo controle sobre o homem e o mundo que o cerca.¹

A humanidade sempre tem buscado na religião respostas para questões existenciais, relacionadas principalmente com o sentido da vida, com o mundo a sua volta e com a posteridade da vida.

Com o passar dos séculos, as crenças e filosofias religiosas sofreram diversas alterações, já sendo utilizadas como mensagens de amor, liberdade e igualdade entre os povos, bem como fundamento para lutar guerras e promover outras barbáries.

Dentro da ordem jurídico-constitucional, a liberdade de expressão e crença religiosa tem como previsão mais antiga, e que ainda está em vigor, a da Constituição Federal Norte-Americana, Primeira Emenda, em 1791, fortemente influenciada pelo liberalismo de John Locke.

No Brasil, a proteção da liberdade religiosa teve como marco inicial a Constituição Imperial de 1824 (artigos 5º e 179, V)². Tal Constituição afirmava ser o catolicismo romano a religião oficial do Estado, mas permitia a prática e adoção de

¹ ODEBRECHT, Luciano. **Liberdade Religiosa**. Londrina: Redacional Editora, 2008. p. 31.

² Constituição de 1824, arts. 5º e 179, V: “Art. 5º. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fóma alguma exterior do Templo. (...) Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) V – Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”.

outras religiões, desde que em cultos domésticos ou em casas para isso destinadas, sendo vedada qualquer exteriorização do Templo.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890, o qual proibiu a fixação de religiões oficiais e a discriminação por fundamentos religiosos, garantindo igualdade de exercício a todo e qualquer culto.

A proteção da religião vem sendo garantida desta forma até a atualidade, principalmente pela Constituição Federal de 1988, que acabou por instituir diversas formas de proteção à religião e liberdade religiosa.

A religião e a liberdade religiosa integram os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, e muitas vezes também constitui importante fator na vida das pessoas, na sociedade e também no Estado.

Tendo em vista que o presente estudo envolve a crença de uma religião em particular, passa-se a analisar brevemente quem são as Testemunhas de Jeová e o porque de não aceitarem tratamentos com transfusão sanguínea.

1.2 TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RECUSA AOS TRATAMENTOS HEMATOLÓGICOS

As Testemunhas de Jeová iniciaram suas atividades no final do século XIX, mais precisamente na década de 1870.

Primeiramente, a organização era formada por um pequeno grupo de pessoas, perto de Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos, que estudavam as passagens da Bíblia. Naquela época eram conhecidos como Estudantes da Bíblia, e faziam comparações entre as doutrinas ensinadas pela Igreja com o que acreditavam ser a verdade da Bíblia.

Posteriormente, em 1931, a organização alterou seu nome, passando a ser chamada de Testemunhas de Jeová, vez que, segundo a Bíblia, Jeová é o nome de Deus (Êxodo 6:3; Salmo 83:18)³, e uma testemunha é alguém que declara publicamente conceitos ou verdades dos quais tem certeza.

³ Bíblia. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. **Êxodo 6:3** – “E eu costumava aparecer a Abraão, a Isaque e a Jacó como Deus Todo-poderoso, mas com respeito ao meu nome Jeová não me dei a conhecer a eles.”; **Salmo 83:18** – “Para que as pessoas saibam que tu, cujo nome é Jeová, Somente tu és o Altíssimo sobre toda a terra.”

A organização desenvolveu-se de um pequeno grupo até milhões de pessoas, já superando um número de 7 (sete) milhões de adeptos, em mais de 236 (duzentos e trinta e seis) países.⁴

Dentre as várias crenças dessa religião, a que mais se destaca no mundo jurídico é a recusa a tratamento médico com transfusão de sangue. As Testemunhas de Jeová se recusam a receber tratamentos com transfusão de sangue total e de seus quatro componentes primários, quais sejam os glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma⁵.

Para fundamento de tal recusa, utilizam-se de interpretações de diretrizes bíblicas previstas tanto no Velho Testamento como no Novo Testamento (Gênesis 9:4; Levítico 17:10, 14; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29)⁶. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues afirma também que “os seguidores de tal credo religioso consideram que é um princípio cristão não consumir sangue, não havendo qualquer diferença em consumi-lo por via oral ou intravenosa”⁷.

Para as Testemunhas de Jeová, cada paciente teria autonomia para aceitar ou rejeitar medicamentos com frações menores de sangue, e até mesmo procedimentos médicos envolvendo o seu próprio sangue. Ou seja, eles não se opõem à Medicina, mas somente desejam escolher tratamento médico sem a transfusão total de sangue, diante do que ordenaria a Bíblia.

Entretanto, há autores que sustentam ser errônea a interpretação feita pela corrente religiosa, até mesmo porque nas épocas do Velho e Novo Testamento

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** Parecer. p. 3-4.

⁵ **Idem.**

⁶ Bíblia. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. **Gênesis 9:4** – “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer.”; **Levítico 17:10, 14** – “Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e devereis o deceparei dentre seu povo.”; “Pois a alma de todo tipo de carne é seu sangue pela alma nele. Por conseguinte, eu disse aos filhos de Israel: “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado [da vida].”; **Deuteronômio 12:23** – “Apenas toma a firme resolução de não comer o sangue, porque o sangue é a alma e não deves comer a alma junto com a carne.”; **Atos 15:28, 29** – “Pois, pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: de persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicação. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós!”

⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes **apud** BIZIAK, Daniel Dovigo. **A recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos.** Disponível em <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/74/46>>. Acesso em 06/06/2014.

sequer sonhava-se com transfusões sanguíneas. Nesse sentido, argumenta Carlos Ernani Constantino:

As denominadas Testemunhas de Jeová interpretam erroneamente a passagem bíblica de Atos, cap. 15, vers. 20, em que os Apóstolos, trazendo algumas regras do Antigo para o Novo Testamento, recomendaram aos novéis cristãos (isto é, aos recém-convertidos do Paganismo ao Cristianismo), que se abstivessem do sangue; a sobredita seita vê, aqui, uma proibição implícita da realização de transfusões sanguíneas. Entretanto, o leitor atento, lendo todo o capítulo 15 de Atos, entende que a questão posta em debate era se algumas normas do Judaísmo (Antigo Testamento) deveriam ou não prevalecer no Cristianismo (Novo Testamento); a conclusão foi a de se conservarem as regras contidas no versículo 20, entre elas, a abstenção do sangue; porém, tal proibição, oriunda do Antigo Concerto, era a de se comer o sangue dos animais (Gênesis, 9:4; Levítico, 3:17). Só dos animais, pois, naquela época, nem se sonhava com transfusões sanguíneas, entre seres humanos... As Testemunhas retrucam que o sangue humano equipara-se ao sangue dos animais, o que é uma falácia, pois a própria Bíblia diz que "a carne (natureza física) dos homens é uma e a carne dos animais é outra" (I Coríntios, 15:39). Por fim, argumentam as Testemunhas que, se não se pode comer, pela boca, o sangue, não se pode, também, ingeri-lo pela veia, em uma transfusão. Contudo, o Médico acima mencionado, Dr. Sinésio, esclarece o seguinte: "A reação metabólica é completamente diferente, ao se comer o sangue (de animais) e ao se tomar uma transfusão de sangue (humano) pela veia: quando se come o sangue (animal) - pela boca, é óbvio -, o organismo absorve as gorduras e proteínas, mas a massa sanguínea é posta fora, após a digestão, pelas fezes; quando se toma uma transfusão de sangue (humano), pela veia, a massa sanguínea aplicada não é eliminada pela digestão, mas incorpora-se no sangue do paciente."⁸

Em razão disso, muito se tem discutido sobre a recusa de transfusão de sangue por pacientes que seguem a corrente religiosa das Testemunhas de Jeová, sob o argumento de que no caso existiria um aparente conflito entre direitos fundamentais, tais como o direito à vida, direito à liberdade religiosa, direito à autonomia, entre outros, inclusive a dignidade da pessoa humana.

Antes de se adentrar especificamente ao aparente conflito, vale ressaltar os riscos decorrentes de tratamentos com transfusão sanguínea e os métodos alternativos a esses tratamentos.

⁸ CONSTANTINO, Carlos Ernani **apud** BIZIAK, Daniel Dovigo. **A recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos.** Disponível em <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/74/46>>. Acesso em 06/06/2014.

1.3 DOS RISCOS EXISTENTES NA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA E DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS AOS TRATAMENTOS HEMATOLÓGICOS

De forma diversa do que se possa imaginar, uma transfusão de sangue não é um tratamento simples e isento de riscos. Esse tratamento, por sua própria natureza, comporta riscos de contaminação e incompatibilidade reconhecidos pela ciência atual, bem como pelos Conselhos de Medicina.

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em seu Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue:

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 adversas após uma transfusão⁹.

Em outra oportunidade, a ANVISA novamente afirmou sobre os riscos do tratamento transfusional, dessa vez no Manual Técnico de Hemovigilância – Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infeciosas:

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 realizar a transfusão¹⁰.

Em razão disso, o Ministério da Saúde, em 2011, aprovou por meio da Portaria 1.353/2011, o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos, advertindo que: “Art. 1º Toda transfusão de sangue traz em si um risco ao receptor, seja imediato ou tardio, devendo, portanto, ser criteriosamente indicada”¹¹.

⁹ BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue, ano de 2004. p. 28. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/912de50047457fc18b7adf3fbc4c6735/manual_doenca.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 17/07/2014.

¹⁰ BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Manual Técnico de Hemovigilância - Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infeciosas, ano de 2007. p. 09. Disponível em <http://www.hemocentro.unicamp.br/dbarquivos/manual_hemovigilancia_reacoes_transfusionais_anvisa.pdf>. Acesso em 17/07/2014.

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 1.353/2011. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html>. Acesso em 17/07/2014.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, trabalhos científicos recentes vêm demonstrando que os efeitos benéficos reais das hemácias nunca foram comprovados. Pelo contrário, tais trabalhos sugerem que as transfusões de hemácias estão associadas com maior risco de morbidade e mortalidade¹².

No mesmo sentido explica Wilson Ricardo Ligiera:

Ela (a transfusão) também pode reduzir a probabilidade de o paciente continuar vivo. Em recente e conceituado trabalho científico, Herbert et al. comprovaram uma correlação direta, estatisticamente significativa, entre as transfusões sanguíneas e a mortalidade de pacientes graves internados em unidades de terapia intensiva.

Os efeitos adversos das transfusões podem ser classificados em duas categorias: primeiro, as doenças infecciosas transmitidas pelo sangue ou hemoderivados; segundo, as chamadas reações transfusionais, que podem ser de natureza imunológicas, imediatas ou tardias, e não imunológicas, como reações febris ou reações hemolíticas.

Alguns exemplos de doenças infecciosas e parasitárias, transmitidas por transfusões de sangue ou hemoderivados, que podem ser muito graves ou até mesmo fatais são: a AIDS (sigla, em inglês, para "síndrome da imunodeficiência adquirida", causada pelo vírus HIV), algumas formas de hepatites virais, como as causadas pelo vírus B ou C, a tripanossomíase (Doença de Chagas), a malária, a citomegalovirose e as infecções produzidas pelo vírus de Epstein-Barr, HTLV-I e HTLV-II (vírus da leucemia e linfoma de células T Humano) e por outros protozoários e bactérias).

(...)

Acrescente-se à lista outros riscos e complicações relacionados com a terapêutica transfusional, tais como erros humanos operacionais (e.g., transfusão da tipagem errada do sangue) e a imunomodulação, i.e., a supressão do sistema imunológico do paciente, aumentando as chances de contrair infecções pós-operatórias e de recidiva de tumores. Concordemente, Roger Y. Dodd, chefe do Laboratório de Doenças Transmissíveis, da Cruz Vermelha Americana, comenta: Atualmente, o único meio de assegurar a completa ausência de risco é evitar totalmente as transfusões¹³.

Outra advertência sobre os riscos de tratamentos com transfusões de sangue é feita por Cláudio da Silva Leiria, de forma que

também há de se fazer menção aqui aos imensos riscos diante da chamada "janela imunológica", que corresponde ao tempo que o organismo leva para produzir, depois da infecção, uma certa quantidade de anticorpos que possa ser detectado pelos exames de sangue específico. Assim, por exemplo, se uma pessoa que foi infectada pelo vírus HIV (AIDS) doar sangue até 11 dias

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** Parecer. p. 6.

¹³ LIGIERA, Wilson Ricardo. Tutelas de urgência na recusa de transfusão de sangue. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 563-564.

após a infecção, os exames feitos nesse sangue não detectarão o vírus, ou seja, obter-se-á um falso resultado negativo¹⁴.

Portanto, é inegável de que tratamentos com transfusões sanguíneas também possuem riscos para a saúde humana, como qualquer outro, havendo consequências imediatas ou até mesmo futuras.

Em razão disso, sua recusa seria legítima ainda que não fosse por convicções religiosas, vez que ninguém pode ser compelido a submeter-se a tratamento de risco como será visto em momento posterior deste trabalho.

Considerando os perigos transfusionais e a escassez de alternativas médicas às transfusões até algum tempo atrás, pesquisas e avanços na ciência médica foram feitos no final do século XX e início do XXI, de tal modo que foi possível contornar esse problema e desenvolver técnicas e tratamentos sem a utilização de sangue halogênico.

Como bem aponta Clayton Reis e Wanderson Lago Vaz,

atualmente existe um crescente número de médicos que está criando alternativas para o tratamento sem a necessidade de transfusões de sangue. Em consequência disso, acabam beneficiando toda a sociedade, uma vez que trata de procedimentos mais seguros e independentes dos bancos de sangue cada vez mais escassos nos hospitais.

Para fazer uma intervenção cirúrgica sem transfusão de sangue, o médico precisa ficar atento para a preparação pré-operatória, evitar a perda de sangue durante a cirurgia e ter cuidados no pós-operatório. Também, existem instrumentos que reduzem a perda de sangue durante a cirurgia, tais como: o eletrocautério, coagulador por feixe de gás argônico, cola de fibrina, hemodiluição, recuperações intra-operatórias de células, etc. Máquinas de recuperação intra-operatória de sangue recuperam e, imediatamente, reutilizam o sangue do paciente, permanecendo ligadas ao corpo, separando o sangue em seus componentes e reutilizando os que forem necessários¹⁵.

De forma breve e específica, Cláudio da Silva Leiria exemplifica algumas alternativas à utilização de sangue:

¹⁴ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 306.

¹⁵ REIS, Clayton e VAZ, Wanderson Lago. **Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em 18/07/2014.

- a) *Dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sanguínea:* eletrocautério/eletrocirurgia; cirurgia a laser; coagulador com raio de argônio.
- b) *Técnicas e dispositivos para controlar hemorragias:* pressão direta; agentes hemostáticos; hipotensão controlada.
- c) *Técnicas cirúrgicas e anestésicas para limitar a perda sanguínea:* hipotermia induzida; hemodiluição hipervolêmica, redução de fluxo sanguíneo para a pele; recuperação sanguínea intraoperatória.
- d) *Expansores de volume*¹⁶: lactato de Ringer; solução salina hipertônica; coloide Dextran.¹⁷

Mais de 100.000 (cem mil) médicos, em 150 (cento e cinquenta) países¹⁸, utilizam-se dessas medidas alternativas acreditando serem mais seguras e eficazes, já tendo realizado cirurgias de coração aberto, cirurgias ortopédicas e oncológicas, transplantes de fígado, rim, coração e pulmão, bem como transplantes de células-tronco¹⁹.

O médico Sérgio Almeida de Oliveira, com base em 91 procedimentos cirúrgicos cardiovasculares em Testemunhas de Jeová, declarou que muitos pacientes Testemunhas de Jeová podem ser submetidos à cirurgia sem uso de sangue ou derivados, com margem de segurança. Por sua vez, Albert Huch afirma que antigamente, quando não se conheciam os riscos transfusionais, cerca de 15% das mulheres em um grupo de pacientes em risco recebiam sangue. Atualmente, esse percentual é inferior a 1%, ainda que em casos complexos. E, segundo o médico Roland Hetzer, 80% dos pacientes dão total preferência a um método alternativo à transfusão sanguínea²⁰.

Com os avanços científicos e tecnológicos da atualidade, cada vez mais se tem mostrado dispensável a utilização de tratamentos transfusionais com sangue e seus derivados, evitando assim riscos desnecessários.

¹⁶ Utilizados quando há perda de grande quantidade de plasma (parte líquida do sangue). Têm a função de manter o volume circulatório do sangue no corpo.

¹⁷ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer. p. 9.

¹⁹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer. p. 10-11.

Entretanto, como já afirmado anteriormente, muitas vezes se discute a legitimidade ou não da recusa dos tratamentos hematológicos, quando fundamentada pela incompatibilidade do tratamento com as crenças religiosas de uma pessoa. Dessa forma, passa-se a analisar os direitos fundamentais postos em aparente conflito.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 DO DIREITO À VIDA

A vida sempre foi considerada importante para o ser humano, até mesmo por força do instinto de sobrevivência, e a sua proteção é considerada como um fim essencial do Estado e razão de sua existência desde os tempos antigos. O direito à vida é considerado por muitos um direito natural, um direito inato e inalienável do ser humano.

O início da vida está relacionado ao começo da existência da pessoa humana, momento em que adquire personalidade e capacidade de exercício, tornando-se sujeito de direitos e obrigações²¹.

O primeiro documento a consagrar um direito à vida foi a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, a qual incluiu a vida, em seu art. 1º, como um dos direitos inerentes da pessoa humana. A Constituição Federal Norte-Americana, de 1787, não previu inicialmente a vida como um direito fundamental do indivíduo, mesmo já havendo previsão na Declaração de Direito da Virgínia. Tal previsão constitucional só ocorreu após a aprovação da quinta emenda constitucional, em 1791. E foi nesse momento em que o direito à vida teve sua primeira consagração como direito fundamental da pessoa humana na ordem jurídica-constitucional.

Embora o direito à vida tenha sido consagrado no plano do direito constitucional norte-americano, por muito tempo assim não o foi na maioria dos Estados²². Tal consagração só veio a ocorrer após a II Guerra Mundial, que além de alterar a ordem mundial também afetou o próprio conteúdo e papel das constituições.

Posteriormente a esse episódio, importantes louvores do direito à vida como direito fundamental foram previstos em documentos de ordem internacional e regional, podendo ser citadas, respectivamente, a Declaração Universal dos Direitos

²¹ POLARINI, Giovana Meire. O Direito Fundamental à Vida e a Xenotransplantação: o uso de animais transgênicos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 248.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 350.

do Homem de 1948 (artigo III)²³ e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (artigo 4, 1)²⁴.

No plano constitucional brasileiro, entre os anos de 1824 e 1946 não houve expressa previsão de um direito à vida, mas apenas de um direito à segurança individual. O direito à vida somente foi previsto como um direito fundamental a partir da Constituição de 1946, em seu artigo 141, *caput*²⁵, e acabou sendo mantido pela Constituição de 1967 em seu artigo 150, *caput*²⁶. Por fim, o direito à vida também foi contemplado como direito fundamental pela Constituição de 1988, conforme exposto em seu artigo 5º, *caput*²⁷.

Em relação ao texto do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é oportuno destacar que o mesmo não pode ser tido em sua literalidade quando se trata da titularidade do direito à vida. Essa titularidade deve ser a mais ampla possível, sendo assegurada a qualquer ser humano, independentemente de ser nacional ou estrangeiro, não podendo também ser reservada, em relação a estes últimos, apenas aos residentes no Brasil²⁸. Da mesma forma, não se pode condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase do desenvolvimento humano, bem como independe de legislação infraconstitucional sobre a personalidade jurídica para os atos da vida civil²⁹.

Segundo Ingo Sarlet³⁰, para efeitos de proteção jusfundamental, o conceito de vida é aquele de existência física. Ou seja, o direito à vida consiste no direito de todos os seres humanos viverem, abrangendo a existência corporal e a existência biológica e fisiológica.

Neste mesmo sentido se posiciona Alexandre de Moraes ao asseverar que “a Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado

²³ “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

²⁴ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

²⁵ “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁶ “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁷ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 356.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324 – versão ePub.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 352.

assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”³¹.

Conforme aponta Ingo Sarlet, a relação mais forte que se estabelece entre o direito à vida é a dignidade da pessoa humana. Entretanto, ainda que seja forte a relação, a dignidade e a vida não se confundem, tanto o é que “são direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito”³².

Aprofundando mais sobre a vida como objeto do direito, José Afonso da Silva comenta no sentido de que

“Vida”, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser *vida* para ser *morte*. (...) A *vida humana*, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)³³.

Acrescentando, Álvaro Villaça Azevedo afirma que

o direito à vida garantido constitucionalmente no art. 5º, *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 liberdade³⁴.

Embora o direito à vida não seja absoluto, sequer hierarquicamente superior aos outros direitos fundamentais, alguns autores afirmam ser razoável que ele possui um peso abstrato maior, com posição preferencial na ordem constitucional. Isso porque ele constitui pré-requisito para o exercício dos demais direitos

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 79.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 354.

³³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 66.

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer. p. 13.

fundamentais³⁵. Não haveria sentido declarar e garantir qualquer outro direito se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo.

Como assevera Gilmar Mendes, “sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver”³⁶. Continuando, o autor afirma que “na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular”³⁷.

Entretanto, deve ser ressaltado que a recusa pelas Testemunhas de Jeová dos tratamentos médicos com transfusão de sangue não se trata de uma opção pela morte. Muitas vezes, por desconhecimento ou má-fé, os meios de comunicação social acabam dando uma conotação de que os adeptos dessa religião são pessoas fanáticas e suicidas, que não aceitam tratamentos médicos.

Diferentemente disso, as Testemunhas de Jeová buscam sim tratamentos médicos, pois acreditam que a saúde deve ser preservada, e não realizam a “cura pela fé”. Como não pretendem morrer, sempre procuram tratamentos médicos de qualidade para si e seus familiares, mas desejam escolher um tratamento que seja compatível com suas crenças, sem transfusão sanguínea.

Portanto, quando um paciente Testemunha de Jeová procura um médico ou hospital para realizar um tratamento, e opta por receber tratamento sem transfusão sanguínea em razão de suas crenças religiosas, não está ele exercendo um direito de morrer ou uma opção pela morte. Em verdade, está ele exercendo seu direito à vida em sentido pleno, zelando por ela ao buscar tratamento médico profissional, agindo de acordo com sua autonomia e liberdade.

2.2 DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Como já afirmado no início deste trabalho, a humanidade sempre tem buscado na religião respostas para questões das mais diversas naturezas. Além disso, as crenças e filosofias religiosas se alteraram com o passar dos tempos, bem como novas ideologias foram criadas, e já foram utilizadas como mensagens de amor, liberdade e igualdade entre os povos.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 361.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324 – versão ePub.

³⁷ **Idem**.

Entretanto, também já foram diversas as guerras travadas em razão da religião, como bem assinala Luis Roberto Barroso:

Desde as teocracias que assinalaram as primeiras civilizações, passando pela adoção do cristianismo pelo Império Romano, até chegar ao direito divino dos reis, que legitimava o poder no Estado absolutista, religião e política caminharam juntas na história da humanidade. Em nome da religião, foram lutadas guerras diversas, pelos séculos afora, que incluíram as cruzadas contra o islamismo e os embates entre católicos e protestantes. Sem mencionar a Inquisição.³⁸

Após anos de embates e opressões, em 1648, com a Paz de Westfalia, efetivou-se a separação entre o poder do Papado e dos Estados soberanos, abrindo-se caminho para uma fase de maior tolerância religiosa. Entretanto, conforme aponta Luis Roberto Barroso, “a conquista da liberdade religiosa somente se consumou com as revoluções liberais do século XVIII e a superação da máxima *cuius régio, eius regio* – o súdito segue a religião do rei”³⁹.

A liberdade religiosa foi se tornando uma das mais fortes reivindicações do indivíduo, de modo que, como afirma Ingo Sarlet, “foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direito”⁴⁰. Autores, como José Joaquim Gomes Canotilho, afirmam inclusive que a liberdade religiosa representa “a verdadeira origem dos direitos fundamentais”⁴¹. Alexandre de Moraes, por sua vez, afirma que a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois ela é verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação⁴².

Como dito anteriormente, a liberdade de expressão e de crença religiosa tem como previsão mais antiga dentro da ordem jurídico-constitucional a Constituição Federal Norte-Americana, com a Primeira Emenda, em 1791, fortemente

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

³⁹ **Idem**.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 458.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes **apud** SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 51.

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 121.

influenciada pelo liberalismo de John Locke, que defendeu a liberdade religiosa como um componente essencial da liberdade individual⁴³.

E a partir deste ponto, cada vez mais a liberdade religiosa foi tomando forças e se garantindo nos mais diversos textos e diplomas internacionais, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)⁴⁴, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)⁴⁵, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953)⁴⁶, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)⁴⁷, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)⁴⁸ e a Declaração das Nações Unidas sobre

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

⁴⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, art. 10: “Ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que as suas manifestações não prejudiquem a ordem pública estabelecida pela lei”.

⁴⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 18: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

⁴⁶ Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 9º: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

⁴⁷ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 18: “1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

⁴⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 12: “Liberdade de Consciência e de Religião. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.

a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (1981)⁴⁹.

No Brasil, a proteção da liberdade religiosa teve como marco inicial a Constituição Imperial de 1824, onde a religião católica apostólica romana era a religião oficial do Império, sendo permitidas outras religiões em cultos domésticos, sem forma alguma exterior do Templo. Posteriormente, em 1890, logo após a proclamação da república, editou-se um decreto⁵⁰ que proibiu a fixação de religiões oficiais e a discriminação por fundamentos religiosos, garantindo igualdade de exercício a todo e qualquer culto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, em seu artigo 5º, inciso VI, 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”. Embora a liberdade religiosa e de crença tenha uma melhor expressividade no referido dispositivo, a própria Constituição Federal acaba por ampliar a proteção às confissões religiosas, conforme se pode depreender primeiramente do Preâmbulo da Constituição Federal, onde os constituintes declararam que a promulgaram sob a proteção de Deus. Além disso, é possível também se verificar no artigo 5º, *caput*⁵¹ e incisos VII⁵² e VIII⁵³; artigo 19, inciso I⁵⁴; artigo 150, VI, *b*⁵⁵; artigo 210, §1⁵⁶.

Deste modo, nota-se que no Estado brasileiro não há qualquer oposição em relação à religiosidade, de modo que é constituída, inclusive, como um direito fundamental. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “o Estado brasileiro adota a

⁴⁹ Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, art. 4º: “Todos os Estados devem tomar medidas efetivas para prevenir e eliminar a discriminação fundada em religião ou em crença no que se refere ao reconhecimento, ao exercício e à fruição de direitos humanos e liberdades fundamentais em todos os campos da vida civil, econômica, política, social e cultural. 2. Todos os Estados devem realizar todos os esforços para editar ou revogar legislação quando necessário para proibir qualquer discriminação desse tipo, e para tomar todas as medidas apropriadas para combater a intolerância baseada em religião ou em outras crenças nesta matéria”.

⁵⁰ Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890.

⁵¹ Dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

⁵² Dispõe sobre a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

⁵³ Dispõe sobre a possibilidade de prestação de serviço alternativo pelos que aleguem escusa de consciência para eximir-se de obrigações gerais.

⁵⁴ Dispõe sobre a proibição de estabelecimento, subvenção ou embaraço de cultos pelo Poder Público, ou de relações de aliança e dependências com denominações religiosas, sempre ressalvando “na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

⁵⁵ Dispõe sobre a imunidade de “templos de qualquer culto” a impostos de qualquer dos entes.

⁵⁶ Dispõe sobre a possibilidade de se ministrarem ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, sendo facultativa a matrícula.

laicidade, mas não prega o laicismo – compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso”⁵⁷. Além disso, como bem lembra Alexandre de Moraes, a liberdade religiosa abrange também o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo⁵⁸.

A liberdade religiosa, como já afirmado, faz parte dos direitos fundamentais do indivíduo. Trata-se de liberdade negativa, integrante dos chamados direitos de primeira geração (ou dimensão), os quais impõe ao Estado um dever de abstenção, uma não interferência em sua autonomia individual⁵⁹. Ou seja, a religião não pode ser imposta Estado, e o seu exercício ou culto não pode impedido, salvo para proteger outros valores sociais e direitos fundamentais das demais pessoas.

2.3 DA FALSA COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA

Como foi visto anteriormente, quando as Testemunhas de Jeová se recusam a realizar tratamento com transfusão sanguínea os direitos fundamentais à vida e à liberdade de crença religiosa encontram-se presentes, mas em lados opostos.

Não raras vezes, decisões judiciais acabam por autorizar a realização desses tratamentos contra a vontade das Testemunhas de Jeová, sob a fundamentação de que na colisão entre o direito à liberdade de crença e o direito à vida, pela ponderação de interesses deve prevalecer este último.

Ocorre que, contudo, na hipótese não há que se falar, propriamente, em colisão entre esses direitos fundamentais.

A ponderação de interesses dentro de um conflito entre direitos fundamentais é uma teoria desenvolvida por Robert Alexy. Segundo ele, os direitos fundamentais seriam mandamentos de otimização, que deveriam ser realizados na medida maior possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. E havendo colisão entre esses

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, Liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 123.

⁵⁹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 309.

direitos, haveria de se aplicar um princípio mais amplo, qual seja o da proporcionalidade⁶⁰.

Ainda, segundo o autor, as colisões entre os direitos fundamentais podem ser amplas e restritivas, diga-se, em sentido amplo ou estrito. As colisões restritivas nascem “quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”⁶¹.

No mesmo sentido apregoa José Joaquim Gomes Canotilho, ao afirmar que “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”⁶².

Dessa forma, consoante as citações acima, na hipótese das Testemunhas de Jeová não há uma colisão em sentido estrito, tendo em vista que o exercício de seu direito fundamental à liberdade de crença não atenta contra direito fundamental de outrem.

As colisões em sentido amplo, por sua vez, partem da mesma ideia do sentido estrito, mas as repercussões negativas recaem sobre bens coletivos⁶³. Nesta ocasião, da mesma forma, não se tem como inserir a recusa das Testemunhas de Jeová, uma vez que não atinge a qualquer bem coletivo. E não se pode cogitar aqui o interesse pela preservação do bem jurídico vida, uma vez que a recusa da transfusão não importa em suicídio ou escolha pela morte, mas sim por um tratamento alternativo e compatível com sua crença.

É nesse sentido que se posiciona Nelson Nery Junior⁶⁴, afirmando em conclusão que é ilegítima e inaplicável a teoria da ponderação de interesses, de Robert Alexy, para fundamentar decisões judiciais que obrigam as Testemunhas de Jeová a se submeterem a transfusões sanguíneas.

Portanto, não há que se falar em colisão de direitos fundamentais e teoria da ponderação de interesses. Em verdade, haverá no caso uma concorrência de direitos fundamentais, segundo ensinamentos de Canotilho.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.110.

⁶¹ **Ibidem**. p. 57.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6a. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 643.

⁶³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 60.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e Consentimento Informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 393-396.

Para o autor lusitano, “a concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de facto (...) de vários direitos fundamentais”⁶⁵. Dessa forma, conjugando as lições de Canotilho e Alexy pode-se dizer que haverá concorrência quando o exercício de um direito fundamental do titular acabar por atingir outro direito fundamental seu.

Considerando assim que a recusa das Testemunhas de Jeová a se submeterem a tratamentos com transfusão sanguínea não viola direitos fundamentais de outrem, bem como não acarreta danos ou prejuízos a bens coletivos constitucionalmente assegurados, nada mais justo do que atribuir ao próprio titular dos direitos fundamentais concorrentes o poder de escolha pela prevalência de um deles.

2.4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia atual que se tem sobre a dignidade da pessoa humana é o resultado da harmonização de várias concepções e doutrinas que vêm sendo construídas desde longa data. Assim, antes de se expor um conceito próximo ao que atualmente se entende, faz-se breve apresentação sobre os principais idealismos filosóficos na história.

Inicialmente, a ideia de um valor intrínseco ou inerente da pessoa humana surgiu no pensamento clássico e no ideário cristão. Podem-se encontrar referências nesse sentido tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, onde se afirma que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. Diante de tal premissa, é possível vislumbrar raízes de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não sendo um mero instrumento ou objeto.

Segundo afirma Ingo Sarlet⁶⁶, na antiguidade clássica o pensamento filosófico sobre a dignidade da pessoa humana estava diretamente relacionado com a posição social ocupada pelo indivíduo e o grau de seu reconhecimento pelos demais membros da sociedade, admitindo-se assim a existência de pessoas mais dignas e menos dignas. Por outro lado, no pensamento estóico a dignidade era vista como uma qualidade inerente ao ser humano, de forma que essa qualidade os distinguiu

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6a. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 641.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 34-35.

das demais criaturas. Aqui, portanto, todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade.

Durante vários séculos, teólogos, juristas e filósofos, tais como São Tomás de Aquino e Thomas Hobbes, perfilhavam conceitos e ideias sobre a dignidade da pessoa humana, mas sempre nos limites expostos pelo pensamento clássico e estoíco. Entretanto, em meados do século XVII, Samuel Pufendorf distinguiu-se e afirmou que a noção de dignidade não está fundada em uma qualidade natural do homem, tampouco na sua condição e reconhecimento na esfera social. Para Pufendorf, a dignidade da pessoa humana seria uma liberdade moral do ser humano em optar de acordo com sua razão e agir conforme seu entendimento e opção.

Em que pese tal pensamento, merecedor de respeito, não é este com a qual a doutrina jurídica atual tem se identificado. Conforme assevera Ingo Sarlet⁶⁷, é em Immanuel Kant que se firmam as bases e conceituações atuais acerca da dignidade da pessoa humana. Kant deixou de lado o pensamento sacro e firmou um processo de secularização, onde a dignidade da pessoa humana parte da autonomia ética do ser humano. Para Kant,

a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.⁶⁸

Dessa forma, Kant constrói uma concepção a partir da natureza racional do ser humano e relaciona esta com a autonomia do homem. Embora críticas possam ser feitas, certo é que tal conceituação é utilizada largamente como base de pensamento, a qual admite convergências externas.

Tomando tal construção histórica dos pensamentos filosóficos sobre a dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet propõe como conceituação a essa dignidade

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 42.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 40.

garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁶⁹

Tal definição não procura reduzir a dignidade a um conceito fechado, vez que a expressão é polissêmica e cada um nela projeta sua própria imagem de dignidade. Entretanto, é essencial que se utilize da ideia de dignidade para compreender a pessoa como um fim em si mesma. De acordo com Luís Roberto Barroso,

ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela.⁷⁰

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana se tornou um grande consenso ético no plano internacional. Após as diversas atrocidades cometidas, atreladas aos conhecimentos históricos sobre abusos e torturas de pessoas na idade média, surgiu a necessidade de se reconhecer que a dignidade das pessoas deveria ser positivada nos ordenamentos jurídicos.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e prevê a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Além de ser tratada como um fundamento, a dignidade da pessoa humana também é tratada como o principal direito fundamental constitucionalmente garantido. No plano dos direitos individuais, foco do presente trabalho, a dignidade se expressa como uma autonomia privada, decorrente da liberdade e igualdade entre as pessoas.

Dentro dessa autonomia, dois aspectos merecem destaque. O primeiro deles diz respeito à capacidade de autodeterminação, núcleo da própria ideia de dignidade. A capacidade de autodeterminação é o direito de decidir os rumos da

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 73.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348.

própria vida e fazer escolhas morais livremente, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Se essas decisões não violarem direitos de terceiros, elas não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se estar violando sua dignidade.

O segundo está relacionado à exigência de que haja condições adequadas ao exercício da autodeterminação, evitando assim que ela se converta em mero formalismo ou justificativa para violação dos direitos fundamentais do indivíduo. Ou seja, a liberdade de escolha deve ser real, e não apenas retórica.

Como aponta Luciana Mendes Pereira Roberto, “a dignidade nasce com o indivíduo e é a ele inata, faz parte de sua essência. Ocorre que, inserida na vida em sociedade, a dignidade da pessoa humana pode ser acrescida de outros elementos e deve ser respeitada (imagem, religião, liberdade...).”⁷¹ Portanto, todos os outros direitos fundamentais têm por base a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Ingo Sarlet, citando Jorge Miranda, leciona que

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem (...) ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.⁷²

Ilustrando, toma-se o direito à vida, considerada por muitos como o principal direito fundamental, pressuposto de existência dos demais direitos. Entretanto, a vida constitucionalmente protegida não é uma vida qualquer ou simples existência. A proteção constitucional ao direito à vida visa buscar uma proteção a uma vida digna, uma vida com dignidade, de forma que, ausente a dignidade, a mera existência corporal de uma pessoa não seria satisfatória.

Portanto, a expressão “dignidade da pessoa humana” pode abranger diversos bens jurídicos, além da própria dignidade pessoal, sendo consequências desta, como o direito a uma vida digna, um tratamento de saúde digno, um respeito da liberdade de religião e autodeterminação das pessoas, bem como integridade física e moral de um paciente.

⁷¹ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 93.

2.5 DOS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS DA BENEFICÊNCIA E DA AUTONOMIA

A bioética pode ser definida, brevemente, como um ramo da Ética que visa “auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural”⁷³. Ou seja, a bioética tem por finalidade conciliar a vida e os atos humanos com os avanços técnicos e científicos.

Alguns dos princípios consagrados por esta ciência, e que se mostram relevantes ao presente trabalho por estarem associados com as relações de médico-paciente, são os princípios da beneficência e da autonomia.

Em um aspecto histórico, pode-se dizer que o princípio da beneficência surgiu na medicina anteriormente ao princípio da autonomia. Isso porque, até meados do século XX os médicos seguiam o que se chama de ética hipocrática⁷⁴. Tal referência à Hipócrates tem respaldo no princípio da beneficência, segundo o qual deve-se ponderar os benefícios e riscos de um procedimento médico, com o objetivo de se maximizar aqueles e reduzir estes⁷⁵. Ou seja, o médico seria um protetor do paciente a qualquer custo, restaurando sua saúde ou prolongando sua vida.

Esse paradigma de médico protetor foi chamado de paternalismo médico, o qual buscava sempre o bem do paciente sob o ponto de vista da medicina, pouco importando a vontade do paciente, ainda que expressamente manifestada.

Entretanto, com o passar dos anos e dos diversos acontecimentos históricos, começou a se estabelecer uma mudança de paradigmas. O marco dessa mudança foi pouco após a Segunda Guerra Mundial, com a elaboração do Código de Nuremberg em 1947. Tendo em vista as várias atrocidades cometidas durante a guerra e os inúmeros experimentos nazistas, buscou-se em um plano internacional firmar diretrizes a fim de se garantir os direitos humanos, principalmente a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

É curioso ressaltar que essa autonomia já vinha sendo reconhecida em algumas partes do mundo⁷⁶ antes mesmo da elaboração do Código de Nuremberg.

⁷³ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 08.

⁷⁴ Em referência ao “Juramento de Hipócrates”, feita pelos formandos em medicina, na qual se comprometem a usar a medicina para o bem do doente e nunca causar dano ou mal a alguém.

⁷⁵ CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido: o Corpo Objeto das Relações Jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 99.

⁷⁶ Nesse sentido foi a decisão da Suprema Corte de Nova York no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, de 1914. Considerado um marco da doutrina da autonomia do paciente, esse caso envolvia um pedido de indenização em face de médico que, sem o consentimento da paciente,

Dessa forma, o paternalismo médico e a beneficência abriram espaço para a autonomia do paciente como um princípio da bioética. Tal princípio busca garantir ao paciente o respeito de sua decisão, resguardando sua dignidade e seu direito de autodeterminação⁷⁷. Ou seja, o paciente deixa de ser um objeto da medicina e passa a ser um sujeito de direitos fundamentais, cabendo a ele próprio consentir ou não com a realização de tratamento médico, devendo o médico se abster de impor o procedimento.

Segundo afirma Luís Roberto do Barroso,

ao profissional não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importe recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências.⁷⁸

Na legislação brasileira atual, merece destaque o artigo 15 do Código Civil, o qual possui redação, *a contrario sensu*, equivocada. Afirma o referido dispositivo que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”⁷⁹.

Alega-se estar equivocada a redação do citado artigo tendo em vista que o mesmo sugere o não constrangimento a submeter-se a tratamento médico somente nas situações em que haveria risco de vida. Dessa forma, em não havendo risco de vida no tratamento ou intervenção médica, poderia o paciente ser constrangido a submeter-se.

Isso contraria toda a conquista alcançada no plano dos direitos fundamentais relacionados à autonomia do paciente e ao consentimento informado em todo e qualquer experimento ou tratamento médico. Diante de tal problemática, certo é que o artigo 15 do Código Civil deve ser interpretado de forma ampliativa, a fim de se

procedeu a uma cirurgia de retirada de um tumor abdominal. Nos termos da decisão: “Todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito de determinar o que será feito com seu próprio corpo; e o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do seu paciente comete uma lesão [*assault*], por cujos danos pode ser responsabilizado” (*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914); tradução livre).

⁷⁷ CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido**: o Corpo Objeto das Relações Jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 99.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

⁷⁹ BRASIL. Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

assegurar a autonomia do paciente em todo e qualquer tratamento médico, principalmente se houver risco de vida.

No mesmo sentido afirma Anderson Schreiber:

A despeito, portanto, do que sugere o art. 15 do Código Civil, compelir pessoa consciente a se submeter, contra sua vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo que sem risco de vida, é conduta vedada no ordenamento brasileiro. (...) o consentimento do paciente deve sempre ser buscado, fornecendo-se a ele, de modo claro e palatável, toda a informação relevante sobre o tratamento e seus potenciais efeitos, positivos ou negativos, além de alternativas eventualmente disponíveis.⁸⁰

Como já afirmado anteriormente, a vida não é um dever, mas sim um direito. E ressalta-se que não se trata de direito absoluto, não possuindo qualquer hierarquia sobre os demais direitos fundamentais, como já analisado anteriormente. Dessa forma, a pessoa pode dispor de sua integridade física, sua saúde e até sua vida, ainda que indiretamente, ao se opor a tratamento médico que pode eventualmente curá-la ou prorrogar-lhe o tempo de vida.

Entretanto, é importante destacar observação feita por Adriana Espíndola Corrêa⁸¹ quanto à intervenção médica na vida, saúde e autonomia corporal da pessoa. Afirma a autora de que a análise deve ser feita em duas hipóteses, sendo uma delas a proteção da saúde pública e de terceiros, e a outra pela proteção da saúde e integridade psicofísica do paciente.

Na primeira hipótese, onde se incluem os tratamentos de doenças infectocontagiosas, epidemias, entre outros que podem atingir toda comunidade, prepondera o entendimento de que a intervenção médica imposta contra a vontade do paciente justifica-se na medida em que há interesses e direitos fundamentais alheios ao daquele. Ou seja, há um embate de direitos fundamentais não só do paciente, mas sim de uma coletividade, devendo-se pautar a realização dos tratamentos na medida da indisponibilidade à tutela dos interesses coletivos.

Na segunda hipótese, tendo em vista que as limitações seriam impostas ao próprio paciente, sem riscos a terceiros ou a uma coletividade, não se justifica uma intervenção médica contra a vontade do paciente, devendo ser respeitada a sua autonomia pessoal.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2a. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 54.

⁸¹ CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido: o Corpo Objeto das Relações Jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 85-86.

Inclusive, como bem aponta Roxana Cardoso Brasileiro Borges, caso o paciente se oponha ao tratamento por convicções religiosas e mesmo assim o médico realize nele a intervenção, além de se estar violando o direito à autonomia e integridade corporal do paciente, estar-se-á também violando o direito fundamental da liberdade de consciência e de crença, assegurado constitucionalmente⁸².

Além dessa violação, é importante destacar que na consciência pessoal daqueles que seguem a corrente religiosa das Testemunhas de Jeová, a realização de uma transfusão de sangue é algo humilhante perante si e sua comunidade. A título ilustrativo é interessante destacar caso apontado por Miguel Kfourri Neto⁸³. E de acordo com o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, ninguém será submetido a tratamento degradante.

Portanto, vislumbra-se que a autonomia pessoal deve ser respeitada pelo médico quando não importar riscos ou danos a terceiros ou a coletividade, estando superado o princípio da beneficência nestes casos.

2.5.1 Do Consentimento Informado e da Manifestação de Vontade

Reforçando a autonomia do paciente, nos últimos anos cada vez mais tem ganhado importância o estudo sobre o consentimento informado no contexto da responsabilidade civil do médico.

O consentimento, como substantivo, seria um comportamento mediante o qual se permite, autoriza ou concorda com alguma coisa. Dentro do área de saúde, o consentimento seria a autorização dada pelo paciente para que o profissional intervisse em sua esfera físico-psíquica, ou de terceiro, buscando uma melhoria em seu quadro de saúde.

Mas antes de poder consentir, o paciente tem o direito de ser informado e esclarecido sobre todos os procedimentos, tratamentos, custos e consequências da intervenção médica. Miguel Kfourri Neto, citando João Vaz Rodrigues, afirma que

⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 205.

⁸³ Trata-se de caso onde uma parturiente e seu marido recusavam que a mesma recebesse transfusão sanguínea, por motivos religiosos. A fim de salvar a vida da paciente, o médico praticou a transfusão contra a vontade dos declarantes. Após receber alta hospitalar, a mulher veio a ser repudiada por sua comunidade em razão da transfusão sanguínea, sequer sendo aceita em seu lar pelo próprio marido, nem mesmo podendo frequentar mais a Igreja em que costumava ir. (*In*: KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. cit. p. 176.)

ao lado dos deveres de tratar, de agir segundo *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.⁸⁴

Assim, conjugando o poder de consentir do paciente com o dever de informar que cabe ao médico, Joaquim Clotet define o consentimento informado como

uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis conseqüências.⁸⁵

Em razão disso, pode-se dizer que o consentimento informado é um ato jurídico unilateral, decorrente unicamente da manifestação do paciente, não gerando qualquer direito ao médico. Em relação a este, a obtenção do consentimento informado somente legitima a sua atuação na esfera física ou psíquica do paciente.

Segundo Clayton Reis e Wanderson Lago Vaz⁸⁶, existem três pressupostos para que o consentimento seja válido, sendo eles a capacidade, a informação e o consentimento livre.

A capacidade está relacionada à pessoa que dará o consentimento. Ou seja, para que seja válido, o consentimento deve ser dado por pessoa capaz. Sendo a pessoa incapaz, caberá ao seu representante legal, tutor ou curador. O critério para se comprovar a capacidade “é a possibilidade de discernimento do paciente de entender os riscos, conseqüências e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico a que será submetido”⁸⁷.

A informação, como já dito anteriormente, deve ser transparente e esclarecedora, de forma que o paciente compreenda todos os riscos e benefícios de um tratamento, bem como os meios alternativos em relação a ele. O médico deve atentar-se a informações relevantes e evitar informações equivocadas. Para Clayton Reis,

⁸⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁸⁵ CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 11.

⁸⁶ REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/580/497>> Acesso em 18/07/2014.

⁸⁷ **Idem**.

A informação visa a proporcionar ao paciente o direito de optar entre autorizar ou não o tratamento de saúde, de acordo com sua condição financeira (despesas com tratamento), motivação religiosa (questão das Testemunhas de Jeová sobre transfusão de sangue), questão profissional (tempo em que precisará ficar afastado de suas atividades profissionais), urgência do tratamento (quando houver gravidade da doença), as possíveis alternativas de tratamento (cirúrgico, ambulatorial, fisioterápico), riscos e benefícios e outras situações que envolvem o caso concreto⁸⁸.

Por sua vez, o consentimento livre está relacionado à manifestação de vontade do agente capaz após as informações prestada pelo médico. Esse consentimento não pode ser pressionado, nem obtido através de erro, dolo, coação ou estado de perigo. Ele é livre quanto à sua forma, podendo ser escrito ou verbal; mas recomenda-se ao médico que o obtenha por escrito, em razão de uma maior segurança em momento futuro.

Essa manifestação de vontade pode, muitas vezes, ser exercida antecipadamente por meio de um documento. Esse documento de antecipação da vontade é um documento escrito onde a pessoa deixa consignado, antes mesmo de precisar de algum tratamento, quais são os cuidados médicos que aceita receber caso venha a perder sua capacidade ou esteja em estado de inconsciência.

As Testemunhas de Jeová dispõem de um documento chamado “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”⁸⁹, que indica quais tratamentos de saúde o paciente não aceita receber, especificando a recusa pela transfusão sanguínea, e nomeia dois procuradores para tomarem decisões em seu nome caso esteja inconsciente. Entretanto, os procuradores não podem contrariar as decisões expressas no documento.

Tal documento deve preencher os requisitos de validade do negócio jurídico, previstos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei. A capacidade, como já vimos, reside na possibilidade de o paciente compreender os riscos e benefícios do tratamento. O objeto é lícito e possível, vez que não se trata de uma recusa ao direito à vida, mas sim de receber tratamento médico compatível com sua vontade e dignidade. É também determinado quanto à recusa de recebimento de transfusão sanguínea e determinável quanto a eventos futuros. E

⁸⁸ REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/580/497>> Acesso em 18/07/2014.

⁸⁹ Modelo em Anexo I.

por fim, não existe forma prescrita ou defesa em lei, sendo preferível a forma expressa, seja verbal (perante o médico) ou escrita.

Portanto, referido documento de antecipação da vontade é plenamente válido e, segundo Álvaro Villaça Azevedo, tem sido reconhecido por tribunais e autoridades de todo o mundo⁹⁰.

Ademais, o consentimento ainda poderá ser revogado a qualquer tempo, ainda que a revogação seja parcial. Assim como a revogação pode ser parcial, o consentimento dado inicialmente também pode ser parcial, de forma que o médico não poderá fazer algo a que o paciente não tenha consentido. Por exemplo, se o paciente Testemunha de Jeová consente em se submeter a uma cirurgia que utilize meios alternativos à transfusão sanguínea, não poderá o médico se utilizar da transfusão caso ocorra algum imprevisto durante a realização da cirurgia.

Ausente o consentimento informado, poderá o médico ser responsabilizado civilmente, em virtude de sua negligência, como será demonstrado quando for tratada da responsabilidade civil do médico posteriormente.

Entretanto, Clayton Reis ainda ressalta que há hipóteses onde o médico não necessita obter o consentimento informado do paciente⁹¹. Trata-se das hipóteses de privilégio terapêutico, de tratamento compulsório e renúncia ao direito de informação.

O privilégio terapêutico consiste na realização de tratamento ou cirurgia quando o paciente estiver em iminente risco de vida e impossibilitado de manifestar seu consentimento, não havendo tempo hábil para conseguir o consentimento do representante legal. Tal hipótese será melhor vista quando for tratada da responsabilidade ética do médico, analisando os artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica.

O tratamento compulsório, por sua vez, consiste quando o problema de saúde da pessoa pode ser prejudicial a toda coletividade. Nesse caso haveria lesão a direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente tutelados de outras

⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** Parecer. p. 33.

⁹¹ REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente.** Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/580/497>> Acesso em 18/07/2014.

pessoas, devendo o médico intervir mesmo que em ausência ou contrário à manifestação de vontade do paciente.

Por fim, como terceira exceção à obtenção do consentimento informado tem-se a renúncia à informação, que acontece quando o paciente não deseja saber sobre o tratamento ou suas consequências, acreditando que o conhecimento delas poderia piorar o seu estado físico ou psicológico.

Dessa forma, temos que o consentimento informado é um direito do paciente e um limite à atuação do médico, vez que está diretamente ligado ao princípio bioético da autonomia. Excetuadas algumas hipóteses, o consentimento informado é obrigatório, e sua ausência poderá ser causa responsabilidade civil do médico.

E em relação às Testemunhas de Jeová, a manifestação de vontade inserida no consentimento informado poderá ser antecipada por meio de documento válido, firmado por agente capaz, denominado de Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde, atualmente reconhecido em todo o mundo, não sendo possível o médico agir contrariamente às escolhas do paciente quando estas não violarem direitos ou bens alheios.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

A responsabilidade civil resulta de uma conduta humana, praticada contra um dever, que pode ser o descumprimento de obrigação decorrente de um contrato ou pela não observância de um preceito normativo que regula a vida, e que ocasiona um dano a outrem.

Se for uma conduta humana que infringe um dever previsto em contrato e causa dano a outrem, haverá a chamada responsabilidade contratual. Se for uma conduta humana que infringe um dever imposto pela lei, haverá a chamada responsabilidade extracontratual.

No atual Código Civil tais responsabilidades possuem previsões distintas, estando disciplinada a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 e 187, complementando a regulamentação nos arts. 927 e seguintes. Por sua vez, a responsabilidade contratual foi prevista nos arts. 389 e seguintes.

Em que pesem tais diferenciações de tratamento, vale dizer que a consequência de ambas as infrações, contratual e extracontratual, é a mesma, qual seja, a obrigação de ressarcir o lesado pelo prejuízo causado.

E, em ambos os casos, os pressupostos da responsabilidade serão basicamente os mesmos, sendo eles a conduta humana, a culpa, o nexo causal e o dano, que serão vistos a seguir.

3.1 DA CONDUTA HUMANA

Alguns autores preferem tratar da conduta humana juntamente com a culpa, como se fosse um único pressuposto da responsabilidade civil. Para deixar clara a ideia da conduta humana, mostra-se mais conveniente analisá-la separadamente.

A conduta humana pode ser positiva ou negativa, ou seja, ela pode ser causada por uma ação ou omissão. A responsabilidade civil surge, mais comumente, em razão de uma ação praticada, uma conduta positiva do agente. Na omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato e provar que tal ato não foi praticado. Além disso, deve-se provar também que caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

Na responsabilidade contratual, a conduta está relacionada ao não cumprimento de uma obrigação no tempo, lugar e forma previstos no instrumento contratual.

Na responsabilidade extracontratual, a conduta está relacionada a uma ação ou omissão que configure ato ilícito, nos termos dos artigos 927⁹², 186⁹³ e 187⁹⁴, todos do Código Civil.

O atual Código Civil prevê, como regra, a responsabilidade pela conduta ou ato próprio. Entretanto, é possível também que a pessoa responda por atos de terceiro, nos casos do artigo 932 do Código Civil, bem como por fato de animal ou coisa inanimada, conforme dispõem os artigos 936, 937 e 938 do mesmo diploma legal.

3.2 DA CULPA

Alguns autores não reconhecem a culpa como um pressuposto da responsabilidade civil, tendo em vista que há hipóteses onde tal elemento não é analisado, configurando uma responsabilidade civil objetiva, uma responsabilidade independente de prova da culpa⁹⁵.

Quando se fala em culpa na responsabilidade civil, se está falando na culpa em sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito.

O dolo está presente na primeira parte do artigo 186 do Código Civil, e constitui uma violação intencional de um dever jurídico, com a intenção de prejudicar outrem. Ou seja, o agente que age com dolo quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência.

Por sua vez, na culpa em sentido estrito não há intenção de violar um dever jurídico. O agente quer a conduta, mas não o resultado. Sérgio Cavalieri Filho apresenta três elementos na culpa em sentido estrito: a) conduta voluntária com

⁹² BRASIL. Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹³ BRASIL. Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹⁴ BRASIL. Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74-76

resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção⁹⁶.

A falta de cuidado de um dever objetivo é representada pela tríplice imprudência, negligência e imperícia. A imprudência é a falta de cuidado em uma ação, ou seja, o agente não deveria agir de determinada forma, e assim mesmo o fez. A negligência é a falta de cuidado em uma omissão, onde o agente deveria ter praticado um ato mas não o fez. E a imperícia é a falta de qualificação técnica para desempenhar determinada função.

3.3 DO NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade é o elemento que constitui uma relação de causa e efeito entre a conduta culposa praticada e o dano ou prejuízo causado. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, o nexo de causalidade é “uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”⁹⁷.

Ou seja, trata-se de um elo que liga a conduta culposa ao dano causado. Somente se pode responsabilizar alguém cujo comportamento deu causa a um prejuízo. Visando explicar a abrangência do nexo de causalidade, três principais teorias surgiram, sendo elas: a) teoria da equivalência de condições; b) teoria da causalidade adequada; e c) teoria da causalidade direta ou imediata.⁹⁸

Pela teoria da equivalência de condições, causa é todo antecedente que contribua para o resultado danoso. Segundo Gustavo Tepedino,

a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade⁹⁹.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 348-349

⁹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151-160

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o Nexo de Causalidade**. Revista Jurídica, ano 50, junho de 2002. nº 296. Disponível em <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acessado em 09/09/2014.

Para a teoria da causalidade adequada nem todo antecedente é causa. Somente é causa ao resultado aquele antecedente necessário e adequado para a sua produção. Ou seja, “nem todas as condições são causa, mas apenas aquela que for mais apropriada a produzir o evento”¹⁰⁰.

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata prevê que causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”¹⁰¹. Ou seja, o resultado deve ser consequência direta de um fato antecedente, sendo este a sua causa.

Dentre as teorias acima expostas, a única não utilizada pelo Direito Civil é a teoria da equivalência de condições. As outras duas teorias possuem aplicação jurisprudencial e defesas doutrinárias, não havendo unanimidade.

3.4 DO DANO

Para que haja responsabilidade civil, é imprescindível a existência de um dano. Não havendo esse elemento, não haveria o que indenizar e, conseqüentemente, não haveria responsabilidade.

O dano, conceitualmente, seria a “lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”¹⁰². Portanto, o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Conforme preleciona Luiz Edson Fachin,

a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial¹⁰³.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

¹⁰² **Ibidem**. p. 88.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **apud** GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

Dessa forma, cada vez mais se afasta de simples reparação de danos patrimoniais, passando a abranger as mais diversas formas de danos extrapatrimoniais, tais como o dano moral, o dano estético, o dano pela perda de uma chance, entre outros.

Para que o dano seja indenizável, deverá haver, como requisitos básicos, uma violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de pessoa física ou jurídica, bem como que o dano seja certo e subsista no momento de sua exigibilidade em juízo.

Em relação aos danos patrimoniais, o artigo 402 do Código Civil afirma que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Em razão disso, fala-se em danos emergentes e lucros cessantes, correspondendo os primeiros ao que a vítima efetivamente perdeu, e os segundos ao que ela deixou de lucrar.

Em relação aos danos extrapatrimoniais, por serem mais pertinentes ao presente trabalho, serão expostos a seguir, nas modalidades de dano moral e dano existencial.

3.5 DO DANO MORAL

O dano moral é uma das modalidades de danos extrapatrimoniais, largamente utilizado como um sinônimo destes. Entretanto, é bom ressaltar que, embora integre os danos extrapatrimoniais, com eles não pode ser confundido, vez que a abrangência dos danos extrapatrimoniais é muito maior que o dano moral.

Comparado ao Código Civil de 1916, o atual Código Civil introduziu importante dispositivo em seu texto, passando a prever legalmente o dano moral. O dispositivo em questão é o artigo 186, já visto anteriormente, o qual prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Referido dispositivo também se encontra em consonância com a Constituição Federal de 1988, a qual prevê o dano moral em seu artigo 5, incisos V¹⁰⁴ e X¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 5. (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 5. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em que pese a consagrada expressão “dano moral” em todos os dispositivos acima citados, é importante destacar que, tecnicamente, seria mais recomendado utilizar a expressão “dano extrapatrimonial”, tendo em vista as mais diversas lesões reconhecidas atualmente. Ao passo que os danos materiais consistem em lesão a interesses jurídicos patrimoniais, ou seja, com conteúdo pecuniário ou comercialmente redutível a dinheiro, os danos extrapatrimoniais assim não o são, e se desdobram em diversas espécies.

O dano moral propriamente dito é uma espécie de dano extrapatrimonial, ligado ao sentimento do sujeito, sentimento este de sofrimento e angústia pela violação de um direito de personalidade seu.

Os interesses lesados, no dano moral, não possuem conteúdo pecuniário. O dano moral é aquele que lesiona a esfera dos direitos da personalidade da pessoa. Havendo lesão a direito da personalidade, e estando presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil, haverá que se falar em reparação do dano moral.

Embora exista alguma controvérsia quanto à natureza jurídica da reparação pecuniária pelo dano moral, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência de que ela teria uma dupla função: compensar a vítima e punir o ofensor. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves

ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fato de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem¹⁰⁶.

A reparação serve para compensar o dano e atenuar o sofrimento, o sentimento e a angústia do ofendido, de forma que este poderá, com a soma em dinheiro recebida, procurar atender às suas satisfações materiais da maneira que achar mais conveniente.

Na hipótese de ser realizada a transfusão sanguínea contra a vontade do paciente, poderá ser falar em um dano moral decorrente da violação da integridade corporal e autonomia do paciente, direitos previstos no artigo 15 do Código Civil, aliada à sensação de que foi submetido a tratamento degradante, violando assim

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 328

também o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal.

3.6 DO DANO EXISTENCIAL

O dano existencial também é modalidade de dano extrapatrimonial, e foi desenvolvida pelo direito italiano a partir da década de 1950 sob a denominação de “dano à vida de relação”.

Com o passar dos anos, em 1990, Paolo Cendon e Patrizia Ziviz começaram a organizar vários encontros acadêmicos e a publicar diversos artigos em periódicos sobre o assunto, passando a denominá-lo de “dano existencial”.

Essa modalidade de dano extrapatrimonial é o reflexo da evolução da responsabilidade civil, que deixou de compreender somente os danos materiais e os danos morais e passou a prever outras modalidades decorrentes de interesses jurídicos diversos, tais como os danos estéticos, os danos pela perda de uma chance, entre outros.

Há o dano existencial quando a conduta praticada por alguém causa um prejuízo ao lesado de forma a lhe alterar o bem-estar psicofísico e o ritmo de sua vida, modificando assim suas normais atividades cotidianas. Segundo Flaviana Rampazzo Soares, o dano existencial

é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. (...)

O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um “ter que agir de outra forma” ou em “um não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa.¹⁰⁷

Vale ressaltar que o dano existencial não se confunde com o dano moral propriamente dito. Esse é relacionado com o dano sofrido pelo sentimento, ao passo que aquele está relacionado com a necessidade de se modificar ou suprimir uma atividade a que normalmente praticava no dia-a-dia, limitando assim a vida da

¹⁰⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 44.

pessoa. Ainda, segundo Cendon e Ziviz, o dano existencial pode resultar em uma “renúncia forçada às ocasiões felizes”¹⁰⁸. De acordo com Flaviana Rampazzo Soares,

o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (...), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa¹⁰⁹.

Embora existam críticas quanto ao reconhecimento dessa nova modalidade indenizatória e ao agravamento dos valores a serem pagos, é importante observar que nos danos existenciais, assim como nos danos morais, a fixação caberá ao magistrado, que deve agir com prudência e proporcionalidade, considerando todas as circunstâncias do caso concreto. A função da indenização não é enriquecer a vítima, mas sim ressarcir-la ou compensá-la pelo dano sofrido, bem como desestimular o ofensor a praticar nova conduta danosa.

O dano existencial compreende o “dano certo”, ou seja, aquele realmente sofrido pela vítima, retratado pelas atividades que foram, efetivamente, perdidas ou comprometidas. No entanto, também compreende o “dano potencial”, espelhado pelas atividades que a vítima, razoavelmente, poderia desenvolver no futuro, considerando os seus interesses e personalidades. Ou seja, o dano existencial também comporta a chamada “perda de uma chance”, modalidade na qual a vítima “se vê frustrada de uma justa expectativa de exercer certas atividades, que foram prostradas pela conduta do ofensor, o qual lhe retirou a oportunidade de exercê-las ou que perturbou o processo dinâmico de seu cotidiano”¹¹⁰.

De acordo com Patrícia Ziviz,

o julgador, na tarefa de quantificar a indenização por dano existencial, deve considerar as atividades que foram afetadas pela conduta lesiva do ofensor, a relevância de tais atividades para o ofendido e o grau de comprometimento da atividade afetada: quanto maior for o número de atividades ou de esferas de interesses imateriais ou existenciais do lesado, maior será a indenização; quanto maior a intensidade de afetação negativa desses interesses, maior será a indenização; quanto maior for o tempo em que haverá o prejuízo existencial, maior será a indenização; quanto maior

¹⁰⁸ CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrícia **apud** SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45.

¹⁰⁹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 99

¹¹⁰ **Ibidem**. p. 46.

for a relevância da atividade existencial, negativamente afetada na vida da vítima, maior será a indenização.¹¹¹

Ou seja, o valor da indenização sempre será analisado e adequado a um caso concreto, através das circunstâncias observadas pelo julgador. Quanto às demais regras, como juros de mora e correção monetária, serão aplicadas as mesmas concernentes aos danos extrapatrimoniais em geral.

Na esfera dos direitos da personalidade e direitos fundamentais, a serem protegidos pela justiça comum, tem o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecido os danos existenciais sofridos pela pessoa. A título de exemplo, vejam-se as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PRISÃO POLÍTICA ILEGAL, SEVÍCIAS E TORTURA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. IMPRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DOS DANOS A DIREITOS DA PERSONALIDADE OCORRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS. DANOS EXISTENCIAIS. DANOS AO PROJETO DE VIDA.** QUANTUM. NECESSIDADE DE SE COMPENSAR ADEQUADAMENTE OS GRAVES DANOS SOFRIDOS PELO AUTOR. PRECEDENTE. (...) 9. **Tenho que, além dos danos morais puros, o autor sofreu graves danos existenciais, pois sua vida mudou de curso, para pior,** desde o longínquo março de 1970. Desde então nunca mais conseguiu levar uma existência normal. Libertado do cárcere em 1972, continua ele preso ao seu passado. 10. **Além disso, teve arruinado seu projeto de vida. Talvez o destino não lhe reservasse destaques em áreas glamorosas. Mas ao menos poderia ele tentar levar a sério as promessas constantes da Declaração de Independência dos Estados Unidos,** de 4 de julho de 1776: "Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade". **Essa tentativa de busca da felicidade é que restou extremamente prejudicada ao longo da vida do autor. E é isso que se busca, aqui, remediar.** (...) 12. Danos extrapatrimoniais fixados em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), observado precedente específico desta Corte de Justiça. Afastada a prescrição. Dado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70058189457, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 26/03/2014, D.J. 10/04/2014) - *grifei*

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. MOTOTÁXI. DEVER DE INDENIZAR. - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS - LEI MUNICIPAL

¹¹¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 46.

INCONSTITUCIONAL – (...) Rescisão do contrato que repercutiu significativamente na vida cotidiana do autor. **Dano existencial configurado**. Nexo causal entre o dano e a lei municipal inconstitucional. - DANOS PATRIMONIAIS - Não é devida a quantia relativa aos juros do financiamento para a compra da motocicleta, porque não constitui dano ao autor, mas, sim, acréscimo ao seu patrimônio, em razão de ter adquirido um veículo zero quilômetro. Devida a despesa pela pintura do veículo para atender o requisito do decreto regulamentador, com a ressalva de que tal valor não diz respeito à depreciação do bem. Igualmente devida a importância concernente ao pagamento de todas as despesas relativas à regulamentação e legalização para a atividade de mototaxista. Pedido de dano patrimonial em parte procedente. - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - **Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana.** - QUANTUM DA REPARAÇÃO - O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as conseqüências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70040239352, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012, D.J. 11/07/2012) - *grifei*

O caso objeto do presente estudo também merece apreciação sob a ótica do dano existencial. Quando realizada a transfusão sanguínea em um paciente Testemunha de Jeová, contra a sua vontade, haverão diversas conseqüências. Primeiramente, a pessoa sentirá, em seu íntimo, que não mais possui dignidade e que não será mais aceita no “reino dos céus”. Além disso, essa pessoa poderá ser desprezada e excluída da comunidade que sempre fez parte. Até mesmo a família da pessoa não mais a aceitará. Logo, é certo que algumas atividades dessa pessoa serão modificadas, senão até suprimidas, ficando ela desamparada e psicologicamente instável, com um pensamento de que não haveria mais sentido em sua vida após todas as perdas que sofreu. Portanto, é incontestável que essa pessoa sofrerá um dano existencial, e merecerá ser indenizada, de forma a tentar compensá-la pelo sofrimento, e até mesmo amenizar este.

4 DA RESPONSABILIDADE MÉDICA PERANTE A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

4.1 DA RESPONSABILIDADE ÉTICA E CIVIL DO MÉDICO

Considerando os casos em que o paciente, por diversos motivos, inclusive religiosos, recusa a transfusão de sangue, resolveu a comunidade médica, por meio do Conselho Federal de Medicina, editar a Resolução CFM 1.021/80, visando orientar os médicos em casos tais.

Referida resolução conclui que

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.¹¹²

Primeiramente, destaca-se que a referida resolução é anterior à atual Constituição Federal e ao Código Civil, possuindo uma postura divergente, eis que foca na recusa de tratamento médico e não no direito de escolha do tratamento. Mais além vai Nelson Nery Junior, ao afirmar que

a mencionada Resolução é flagrantemente inconstitucional, uma vez que submete o cidadão a tratamento médico contra sua própria vontade em frontal desrespeito à sua dignidade (CF, art. 1º, III) e à sua liberdade (CF, art. 5º, caput), e nos casos dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová, também à sua liberdade de crença (CF, art. 5º, VI)¹¹³.

Como exposto anteriormente, as Testemunhas de Jeová não recusam ou rejeitam um tratamento médico, mas defendem seu direito de optar, de escolher um tratamento médico que melhor lhes aprouver.

¹¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.021/80. Adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Relator: Telmo Reis Ferreira. **Diário Oficial da União, Seção I, parte II, de 22-10-80.**

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e Consentimento Informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 415.

Considerando os avanços científicos e tecnológicos na área da medicina, o novo Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM 1.931/2009, assumiu como premissa “a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”. Isso mostra um reconhecimento pela comunidade médica de que a autonomia do paciente deve ser respeitada.

Aliado a isso, o Código de Ética prevê, como princípio fundamental, o respeito à dignidade do paciente, vedando a utilização de conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral¹¹⁴. Também prevê como princípio fundamental o respeito pelas decisões e escolhas do paciente, conforme Capítulo I, item XXI:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões 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.

Essa consagração do direito de escolha do paciente é protegida pelo artigo 24 do Código de Ética Médica, o qual afirma 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”.

Contudo, em se tratando de hipóteses em que haja “imminente perigo de vida”, também chamado de “risco iminente de morte”, o artigo 22 do Código de Ética Médica estabelece um limite ao artigo 24 e afirma 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”.

Como bem afirma Álvaro Villaça Azevedo, por uma leitura sumária do dispositivo seria possível concluir-se que, na hipótese de “risco iminente de morte”, a decisão do paciente pode ser desconsiderada pelo médico. Entretanto, o artigo 22 deve ser interpretado corretamente¹¹⁵.

O dispositivo citado afirma que o médico deve esclarecer o paciente quanto aos procedimentos a serem realizados, bem como obter o seu consentimento.

¹¹⁴ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo I, item VI: “O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”

¹¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer. p. 30.

Entretanto, há hipóteses onde o cumprimento destes deveres não será possível, como ocorre nas situações emergenciais em que o paciente se encontra inconsciente e não possui um representante legal ou documento que expresse suas diretrizes quanto a tratamento médicos. Nessa hipótese exclusiva surge a figura do consentimento presumido, devendo o médico agir sem cumprir com os deveres anteriormente citado. Essa é a interpretação do artigo 22 do Código de Ética Médica.

Portanto, o artigo não se aplica nas hipóteses em que a pessoa se manifestou contrária ao procedimento informado, ainda que esteja em “risco iminente de morte”, mas tão somente naquelas hipóteses onde é impossível informar o paciente e obter o seu consentimento. Conforme ressaltado pelo autor, “deixar de obter o consentimento do paciente não pode ser interpretado como agir contra o consentimento do paciente”¹¹⁶. E isso se aplica também ao artigo 31 do Código¹¹⁷.

Cláudio da Silva Leiria¹¹⁸ informa um caso de absolvição pelo Conselho Federal de Medicina de uma médica que respeitou a decisão da paciente coreana Y.C.H (que era testemunha de Jeová) em não aceitar a transfusão de sangue. A profissional havia sido inicialmente condenada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo¹¹⁹.

Y.C.H. sofreu hemorragia no trabalho de parto, porém já havia manifestado seu desejo de não realização de nenhuma transfusão de sangue em caso de emergência. A paciente morreu, porém a criança foi salva.

Com base nos depoimentos dos familiares e dos profissionais de saúde que atuaram no caso, o Conselho Federal de Medicina, por 5 votos contra 4, absolveu a médica H.K., entendendo que ela não poderia desrespeitar a vontade da paciente.

Dessa forma, tratar um paciente Testemunha de Jeová sem a transfusão de hemocomponentes está plenamente de acordo com a ética médica, que reconhece

¹¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** Parecer. p. 31.

¹¹⁷ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo V, artigo 31: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

¹¹⁸ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

¹¹⁹ Tratou-se do processo ético-profissional CFM n. 0654-015/00, que teve origem no processo 2374-020/94 do Conselho Regional de Medicina de São Paulo. A decisão do CFM reformou a decisão de 1º grau, que impôs como penalidade à médica “Censura confidencial em aviso reservado”.

a autonomia e dignidade das escolhas do paciente, não se justificando os temores enfrentados pelos médicos quanto à eventuais processos administrativos.

Quanto à responsabilidade civil, é importante saber que as atividades profissionais ligadas à saúde podem ocasionar danos, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais, ao paciente ou cliente. Neste sentido, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf afirmam que a relação jurídica entre o profissional e o paciente vai além de uma relação patrimonial, objetivando principalmente um valor existencial, com comprometimento para a saúde, bem-estar e dignidade do paciente¹²⁰.

A responsabilidade civil do médico tem, via de regra, natureza contratual. Quando o paciente vai a um consultório ou hospital, ele está a procura da prestação dos serviços do médico, e com ele estabelece um contrato, ainda que não escrito. Como bem aponta Miguel Kfoury Neto, “a jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um paciente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual”¹²¹.

Também é importante diferenciar as atividades médicas, se obrigações de meio ou de resultado, vez que isso importa na necessidade, ou não, de se apurar a culpa do agente caso haja algum dano ao paciente. De acordo com Carlos Maluf e Adriana Maluf,

as obrigações de meio são aquelas em que o agente é obrigado a se utilizar de todos os meios necessários para tentar obter um resultado benéfico, já as obrigações de resultado são aquelas em que o agente é obrigado a obter o resultado pretendido.¹²²

Ou seja, nas obrigações de meio o médico não assume o compromisso de efetivamente curar o paciente, mas sim de empreender todos os seus esforços para obter um resultado positivo no quadro de saúde do paciente. Por outro lado, na

¹²⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519.

¹²¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

¹²² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 518.

obrigação de resultado o médico se compromete a efetivamente obter aquilo que prometeu ao paciente.

Em regra, os médicos assumem uma obrigação de meio com seus pacientes. Nesse caso, a responsabilidade civil do médico será subjetiva, consoante dispõe o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor¹²³, aliado ao artigo 951 do Código Civil¹²⁴.

Entretanto, há hipóteses onde os médicos assumem uma obrigação de resultado, como é o caso dos cirurgiões plásticos para fins estéticos. Nesse caso, tem prevalecido o entendimento de que a responsabilidade civil do médico será objetiva, independentemente da demonstração de culpa. Contudo, vale ressaltar que há entendimento minoritário adotando uma responsabilidade subjetiva do médico, mas presumindo a culpa do médico.

Eis que então surge a pergunta: terá direito à reparação civil a pessoa que sofreu tratamento de saúde sem, ou contra, o seu consentimento, mas com absoluto sucesso?

Segundo Carlos Maluf e Adriana Maluf, “viola o contrato o médico que deixa de orientar o paciente, ou o faz de forma inadequada, ante os riscos que vai enfrentar numa cirurgia desse porte”¹²⁵. Ou seja, a ausência do consentimento torna o tratamento de saúde ilegítimo e é causa de violação do contrato. Conforme Miguel Kfoury Neto, “para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente”¹²⁶. Porém, o mesmo autor, citando Ricardo Luis Lorenzetti, afirma que “a ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização”¹²⁷.

¹²³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 14. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa

¹²⁴ BRASIL. Código Civil. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

¹²⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 525.

¹²⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

¹²⁷ **Ibidem**. p. 39.

Como foi visto anteriormente, o paciente pode escolher pelo tratamento de saúde que lhe melhor aprover, tendo em vista seu direito à integridade física e moral, além de sua autodeterminação e dignidade. Nesse sentido, Guilherme de Oliveira afirma que

independentemente da alteração para melhor ou para pior do estado de saúde do doente, haverá lesão de um direito de personalidade, o “direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde”¹²⁸.

Dessa forma, poderá o médico ser responsável civilmente caso seja provado que ele podia informar o paciente e obter o seu consentimento para realizar o tratamento, mas assim não procedeu e tratou o paciente.

Da mesma forma, e ainda mais grave, poderá ser o médico responsável pela reparação dos danos caso se prove que ele realizou o tratamento contrariamente à vontade do paciente. Ou seja, o paciente recusou o tratamento por transfusão sanguínea e o médico assim mesmo procedeu à transfusão. Nesse caso, deverá o médico ser responsável civilmente.

Mas caso seja provado que não tinha como o médico proceder aos deveres citados, em razão do estado de inconsciência do paciente e ausência de seus representantes ou outro documento de diretrizes médicas, não recairá qualquer responsabilidade civil sobre o médico, tendo em vista que ele procedeu nos ditames de seu Código de Ética.

Caso fique provado e o médico seja responsabilizado civilmente, deverá se verificar qual é a abrangência dos danos causados. Se o tratamento obteve sucesso, com melhora do estado clínico do paciente, somente poderá o médico ser responsável por eventuais danos extrapatrimoniais, conforme abordado anteriormente. Agora, se o tratamento agravou o estado clínico do paciente, o médico será responsável também pelos danos patrimoniais causados.

Portanto, o médico pode ser responsável civilmente pela realização de tratamento de saúde sem, ou contra, o consentimento de seu paciente, considerando a atual proteção à dignidade da pessoa humana, sua autodeterminação e integridade física e moral.

¹²⁸ OLIVEIRA, Guilherme de **apud** ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38.

4.2 TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS EM MENORES E INCAPAZES FILHOS DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Até agora se procurou mostrar que as Testemunhas de Jeová possuem o direito de escolher o tratamento médico que melhor lhes aprouver, em razão de sua autonomia, sua liberdade de crença e sua dignidade, não podendo ser submetida a tratamentos contrários às suas ideologias e princípios morais, sob pena de o infrator ser responsável pelos danos causados.

Entretanto, grande polêmica gira em torno da recusa a tratamentos hematológicos, manifestada pelos pais, para tratamento de saúde dos filhos menores e incapazes.

De fato, a questão é delicada, principalmente quanto aos filhos mais jovens. Dessa forma, é de melhor compreensão iniciar a análise pelos filhos adolescentes, que possuem uma maior maturidade.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, promulgada pelo Brasil em 1990 através do Decreto nº 99.710, prevê em seu artigo 12 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 maturidade da criança.

Com isso, começou a ganhar força a teoria do menor amadurecido, muito utilizada pelo direito anglo-americano. Para a referida teoria, o paciente que, embora não tenha atingido a maioridade civil, seja dotado de capacidade para compreender a natureza e as consequências do tratamento e tomar decisões independentes, pode ser considerado maduro o suficiente para aceitar ou recusar o tratamento¹²⁹. O importante não é o limite etário da pessoa, mas sim sua capacidade psicológica e maturidade.

No Brasil, o jovem de 16 anos já pode exercer o seu direito de voto (art. 14, §1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal), que enseja grande responsabilidade em um Estado democrático. Além disso, o jovem de 16 anos deixa de ser absolutamente incapaz (art. 4º, inciso I, do Código Civil) e pode ser

¹²⁹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

emancipado (art. 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil), atingindo também a idade núbil (art. 1.517 do Código Civil).

Em relação à recusa da transfusão sanguínea por motivos religiosos, vale acrescentar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seus artigos 15¹³⁰ e 16, incisos II e III¹³¹, o direito de liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso às crianças e adolescentes. Além disso, o artigo 3º do ECA dispõe que

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

Ademais, os artigos 17¹³² e 18¹³³ do referido Estatuto põem a salvo o direito de autonomia e a dignidade da criança e do adolescente.

Todos esses dispositivos convergem a uma conclusão de que o adolescente com 16 anos é, indiscutivelmente, amadurecido o suficiente para tomar decisões em relação a tratamentos médicos, podendo recusar a transfusão sanguínea, por ser contrária às suas convicções religiosas, e devendo o médico respeitar a decisão do adolescente. Em relação aos adolescentes entre 12 e 16 anos, devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso, através de estudos psicológicos, para se averiguar se ele seria um menor amadurecido.

Inclusive, Nelson Nery Junior ressalta importantes precedentes internacionais¹³⁴ onde se reconheceu o direito de um menor amadurecido, adepto da religião Testemunhas de Jeová, de escolher o tratamento que deseja receber, preservando assim sua liberdade de crença. Primeiramente, um julgado pelo

¹³⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

¹³¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – (...); II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso;

¹³² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

¹³³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e Consentimento Informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 419-420.

Tribunal Superior de Menores no Panamá, em 1998, bem como um julgado pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em 2002.

Em relação aos mais jovens, a situação revela-se mais delicada. É difícil se admitir que uma criança tenha pleno discernimento para entender a natureza e as consequências de um tratamento médico, seja ele contrário a diretrizes religiosas ou não.

Os pais são detentores do poder familiar, conforme dispõe o artigo 1.634 do Código Civil, cabendo a eles atender às necessidades dos filhos e lhes dirigir a criação. E escolher o tipo de tratamento médico que seu filho receberá é um de seus direitos como pais. Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo afirma que “os pais, por sua vez, não apenas possuem o dever de garantir o acesso à saúde, como têm o direito de escolher os procedimentos médicos que serão administrados em seus filhos”¹³⁵.

Dessa forma, em havendo tratamentos alternativos a transfusão sanguínea, poderão os pais recusar esta e optar por procedimentos que dispensam a utilização de hemocomponentes. E, nesse caso, devem os médicos respeitar a escolha dos pais.

Entretanto, pode haver situações em que não há meios alternativos sem a transfusão de sangue, não havendo os equipamentos necessários ou falta de conhecimento técnico para a realização de tais procedimentos. Nesse caso surge a problemática.

Os pais, Testemunhas de Jeová, recusam a intervenção médica com hemocomponentes em seu filho. Tal escolha cabe a eles, em decorrência do poder familiar. Entretanto, se está violando o direito fundamental de outrem, qual seja a vida de outra pessoa. No caso, não há concorrência de direitos fundamentais, mas verdadeira colisão entre a liberdade de crença dos pais e a vida do filho.

Mesmo diante de tal situação, não há como impor ao médico a obrigação de intervir ou de se abster. Caso o médico se abstenha e respeite a decisão dos pais, a vida da criança estará ameaçada, podendo ser extinta. Por outro lado, caso o médico intervenha contra a vontade dos pais, visando resguardar a vida da criança, é certo que ela passará a ser discriminada e desprezada pelos próprios pais e pela

¹³⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** Parecer. p. 42-43.

comunidade a que estava acostumada a manter relações sociais. Ou seja, sua vida deixaria de ser digna.

Relembra-se o exemplo já citado anteriormente, dado por Miguel Kfoury Neto, onde uma parturiente e seu marido recusavam que a mesma recebesse transfusão sanguínea, por motivos religiosos. A fim de salvar a vida da paciente, o médico praticou a transfusão contra a vontade dos declarantes. Após receber alta hospitalar, a mulher veio a ser repudiada por sua comunidade em razão da transfusão sanguínea, sequer sendo aceita em seu lar por seu próprio marido, nem mesmo podendo frequentar mais a Igreja em que costumava ir¹³⁶.

Imaginando-se fato semelhante com uma criança, não é difícil concluir que a criança seria desprezada, podendo inclusive ser abandonada pelos pais.

Portanto, tanto na intervenção quanto na abstenção, acredita-se que não se pode atribuir uma responsabilidade civil por danos ao médico, caso não exista outro método alternativo à transfusão sanguínea.

4.3 DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA

É importante trazer à baila, inicialmente, alguns precedentes jurisprudenciais no exterior onde foi reconhecido o direito de o paciente Testemunha de Jeová recusar tratamentos médicos à base de transfusões de sangue. Ademais, é interessante notar que os precedentes são fortes principalmente no direito anglo-americano, em razão da tradição liberal e respeito aos direitos individuais.

Nos Estados Unidos, merece destaque a decisão proferida pela Suprema Corte de Illinois, em 1965, no chamado “Caso Brooks”¹³⁷. Em referida situação, a paciente, que era Testemunha de Jeová, sofria de úlcera e foi procurar atendimento médico. Por repetidas vezes, num período de 02 (dois) anos de tratamento, a paciente informou ao seu médico de que não aceitava a transfusão sanguínea por motivos religiosos. Inclusive, ela e seu marido firmaram um documento exonerando a responsabilidade do médico. Contudo, o médico transfundiu sangue contra a vontade da paciente, e o caso foi levado ao Tribunal de Apelação do Estado de Illinois. Em sua decisão, o Tribunal afirmou que a Primeira Emenda da Constituição

¹³⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. cit. p. 176

¹³⁷ Suprema Corte de Illinois, Estados Unidos. Margaret I. Aste x Bernice Brooks, Ap 38914, j. 18-3-1965. Disponível em <<http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1965/38914-5.html>>. Acesso em 29.09.2014.

dos Estados Unidos protege o direito que cada indivíduo tem em liberdade de crença religiosa e seu exercício, só podendo haver uma intervenção nessa esfera particular quando estivesse em perigo, clara e atualmente, a saúde, o bem-estar ou a moral pública¹³⁸. Essa foi a primeira decisão de uma Corte de Apelação nos Estados Unidos a reconhecer o direito de recusa das Testemunhas de Jeová.

No Canadá, a Corte de Apelação de Ontario julgou, em 1990, o chamado “Caso Malette vs Schulman”¹³⁹. Em referido caso, uma Testemunha de Jeová sofreu um acidente automobilístico e foi levada a um hospital. Na sala de emergência, foi encontrado um cartão, firmado pela paciente, onde constava a recusa em receber a transfusão sanguínea em qualquer situação, por motivos de crença religiosa. Ignorando referida manifestação de vontade, o médico transfundiu o sangue. Após receber alta hospitalar, a paciente demandou o médico em razão da transfusão realizada sem o seu consentimento. Foi decidido que o paciente, adulto e capaz, tem o direito de decidir a respeito de seu próprio corpo e a recusar tratamentos, ainda que isso implique em riscos tão sérios quanto à morte. O médico foi, ao final, condenado ao pagamento de uma indenização¹⁴⁰. Destaca-se tal decisão uma vez que, além de reconhecer o direito das Testemunhas de Jeová em recusar a transfusão de sangue, o Tribunal de Apelação também destacou a validade dos documentos que antecipam a vontade do paciente, caso haja uma emergência e este não esteja consciente.

Outro exemplo a ser citado é de um acontecimento no Chile¹⁴¹. Um paciente, que não era Testemunha de Jeová, sofria de hemorragia digestiva e expressou sua vontade de não receber transfusão sanguínea. O médico e a esposa do paciente, quem eram Testemunha de Jeová, respeitaram a vontade do paciente e este, em razão de complexas condições, faleceu. Os familiares do falecido ajuizaram ação em face do médico e da esposa, sendo julgada em 2001 pela Corte de Apelações de Valparaíso. A Corte absolveu completamente o médico e a esposa com fundamento

¹³⁸ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326.

¹³⁹ Corte de Apelação de Ontario, Canada. Malette vs Sculman et al. 72 O.R. (2d) 417. j. 30-03-1990. Disponível em <<http://eol.law.dal.ca/wp-content/uploads/2013/05/malette-v-shulman-et-al.-72-OR-2d-417.pdf>>. Acesso em 29.09.2014.

¹⁴⁰ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326-327.

¹⁴¹ **Ibidem**. p. 327.

na vontade do paciente, no consentimento informado, na autonomia, na dignidade da pessoa humana e na liberdade.

Cita-se também caso ocorrido na Argentina, conhecido como “Caso Bahamondez”¹⁴², julgado pela Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina. Em referido caso,

Bahamondez era adepto da Religião Testemunhas de Jeová, civilmente capaz, que foi internado em um hospital em razão de hemorragia digestiva. Negando-se a receber transfusão de sangue, as autoridades do hospital pediram aos juízes autorização para fazer a transfusão de maneira compulsória, alegando que isso era fundamental para manter o paciente com vida. O Tribunal de 1ª Instância e a Câmara Federal de Comodoro Rivadavia concederam a autorização (CFed. Com. Riv. 15.106.89 ED 134-297), entendendo que o direito à vida não é disponível e que a atitude de Bahamondez equivalia a um suicídio lento.

Perante a Corte Suprema, o advogado de Bahamondez alegou que seu cliente queria viver, e não suicidar-se, mas, consciente dos riscos de vida que corria, preferia privilegiar sua fé e convicções religiosas em detrimento das indicações médicas.

A Corte, por maioria, declarou abstrata a questão, ou seja, não se pronunciou porque ao tempo que o expediente chegou à Corte, Bahamondez já havia obtido alta médica. Inobstante isso, quatro juízes desenvolveram meritórias dissidências em dois grupos, fixando a posição do tribunal para casos similares, levando em conta sua função de garante supremo dos direitos humanos.

O primeiro grupo, formado pelos juízes Mariano Cavagna Martínez e Antonio Boggiano, reconheceram que a liberdade religiosa traz consigo a possibilidade de exercer a ‘objeção de consciência’, que é o direito do indivíduo de não cumprir uma norma ou uma ordem da autoridade que violente suas convicções mais íntimas, sempre que o descumprimento não afete significativamente os direitos de terceiros e o bem comum. No caso, os juízes mencionados interpretaram que não haviam sido afetados direitos de pessoa distinta da de Bahamondez e, portanto, não se lhe podia obrigar a atuar contra a sua consciência religiosa. Em síntese, esses votos se fundamentaram no conceito de liberdade de crença religiosa e na necessidade de respeitar a dignidade da pessoa humana.

O segundo grupo, formado pelos magistrados Augusto Belluscio e Enrique Petracchi, sublinhou no seu arrazoado o direito à intimidade, e, invocando julgados norte-americanos (*balancing test*), mencionou o direito de ‘ser deixado a sós’, afirmando que tal direito não pode ser restringido pela só circunstância de que a decisão do paciente possa parecer irracional ou absurda perante a opinião dominante da sociedade. Tratando-se, no caso concreto, de homem adulto, consciente e livre, não cabia impor-lhe tratamento que violentasse suas convicções íntimas.¹⁴³

¹⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina. Caso Bahamondez. Medida Cautelar ED 153-249. j. 06-04-1993. Disponível em <http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/casuistica/bahamondez_transfusion.pdf>. Acesso em 02.10.2014.

¹⁴³ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 327-328.

No Brasil, esse entendimento pelo respeito à vontade do paciente tem evoluído e ganhado seguidores em diversos tribunais, tais como os Tribunais de Justiça do Mato Grosso, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais.

No Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, pode ser citada a seguinte ementa:

TESTEMUNHA DE JEOVÁ - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE - EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA - TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMINAR CONCEDIDA - RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. **A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação.** Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. **Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.** (TJMT – Agravo de Instrumento 22395/2006. Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Quinta Câmara Cível. Julgamento em 31/05/2006. Publicação em 10/07/2006) - *grifei*

Por sua vez, em julgamento de Agravo de Instrumento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi afirmado que “viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra a sua vontade”.¹⁴⁴

No mesmo sentido tem se posicionado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se depreende da ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM

¹⁴⁴ TJRJ, 18ª Câmara Cível, Ag. 13229/2004, voto de lavra do Des. Marco Antonio Ibrahim, julgamento em 05/10/2004 (*In*: NERY JUNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e Consentimento Informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 419.

TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - **No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico.** - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/08/2007, publicação da súmula em 04/09/2007) - *grifei*

Ainda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão proferida no ano de 2010, ressaltou que o paciente não pode ser submetido a tratamento contra a sua vontade, ainda que vise proteger sua vida, pois o tratamento lhe retira a dignidade e pode tornar a sua existência restante sem sentido. É o que se extrai da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. **A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas.** AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010) - *grifei*

Dessa forma, não restam dúvidas de que o direito de recusa do paciente a tratamento médico que viole suas crenças religiosas está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, não importando em uma renúncia do direito à vida, mas sim em uma liberdade de escolha pelos tratamentos que lhe garantam uma vida digna.

Embora alguns tribunais tenham se posicionado neste sentido, é importante ressaltar que a matéria não está pacificada e há entendimento pela prevalência do direito à vida, por ser esse um pressuposto para o exercício dos demais direitos.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo foi visto, em um primeiro momento, que a religião esteve presente nas sociedades desde os tempos antigos, servindo como fundamento para explicar alguns fenômenos sobrenaturais e questões existenciais, constituindo importante fator na vida das pessoas.

Dentro da ordem jurídico-constitucional, a proteção à liberdade de crença religiosa surgiu na Constituição Norte-Americana, com a Primeira Emenda de 1791. No Brasil, essa liberdade surgiu, ainda que de forma relativa, com a Constituição Imperial de 1824. Atualmente, essa liberdade deixou de ser relativa e passou a ser direito fundamental garantido na Constituição de 1988, principalmente pelo artigo 5º, incisos VI e VIII.

Uma das diversas religiões existentes é a denominada Testemunhas de Jeová, a qual surgiu no final do século XIX e vem crescendo nos últimos anos. Dentre as várias crenças dessa religião, a que mais se destaca no mundo jurídico é a recusa a tratamento médico com transfusão de sangue, total e de seus quatro componentes primários, em decorrência de interpretações de diretrizes bíblicas previstas tanto no Velho Testamento como no Novo Testamento (Gênesis 9:4; Levítico 17:10, 14; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29).

Além disso, foi visto também que a transfusão de sangue não é um tratamento médico isento de riscos, comportando várias formas de contaminação reconhecidos pela ciência atual, bem como pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Considerando os perigos transfusionais, pesquisas e avanços na ciência médica foram feitos de tal modo que foi possível contornar o problema e desenvolver técnicas e tratamentos sem a utilização de sangue homologado.

Entretanto, muitas vezes se discute a legitimidade ou não da recusa dos tratamentos hematológicos, quando fundamentada pela incompatibilidade do tratamento com as crenças religiosas de uma pessoa, tendo em vista também a garantia do direito à vida, formando assim uma colisão entre os direitos fundamentais.

No segundo capítulo, abordando sobre os direitos fundamentais, foi visto que a vida sempre foi considerada importante para o ser humano, constituindo um dos principais direitos fundamentais. Na Constituição Norte-Americana, é assim consagrado desde 1791, com a Quinta Emenda. No Brasil, a vida só foi tratada

como direito fundamental após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição Federal de 1946. Muitos a tratam como o maior e principal direito fundamental, capaz de se sobrepor ao demais, tendo em vista que o exercício deles fica condicionado a uma existência.

Quando as Testemunhas de Jeová se recusam a fazer um tratamento com transfusão sanguínea, muito se fala em uma colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de crença e da vida, devendo o julgador se valer de uma ponderação entre esses direitos e fazer um deles prevalecer. Contudo, como foi visto, não se trata propriamente de uma colisão entre direitos fundamentais, vez que a liberdade de crença do paciente Testemunha de Jeová não está repercutindo negativamente sobre direitos fundamentais de outra pessoa, assim como não recai sobre bens coletivos. Dessa forma, não poderia ser aplicada a teoria da ponderação de interesses de Robert Alexy.

Em verdade, trata-se de uma concorrência de direitos fundamentais, que existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental do titular acabar por atingir outro direito fundamental seu. Em se tratando de concorrência, parece ser mais justo deixar ao próprio titular dos direitos decidir qual deles deve prevalecer no caso.

Além disso, a vida possui duas acepções, sendo a primeira o direito de continuar vivo e a segunda o direito de ter uma vida com dignidade. E não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental maior quando se trata de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais devem ser vistos sob a perspectiva da dignidade, procurando sempre garanti-la aos cidadãos.

No plano dos direitos individuais, a dignidade se expressa como uma autonomia privada, decorrente da liberdade e igualdade entre as pessoas. A expressão “dignidade da pessoa humana” pode abranger diversos bens jurídicos, além da própria dignidade pessoal, sendo consequências desta, como o direito a uma vida digna, um tratamento de saúde digno, um respeito da liberdade de religião e autodeterminação das pessoas, bem como integridade física e moral de um paciente.

Por fim, foram vistos os princípios bioéticos da beneficência e da autonomia. A beneficência surgiu anteriormente a autonomia, e está ligado à ideia de que o médico seria um protetor do paciente a qualquer custo, restaurando sua saúde ou

prolongando sua vida. E isso é o que se chama de paternalismo médico. A autonomia, por sua vez, busca garantir ao paciente o respeito de sua decisão, resguardando sua dignidade e seu direito de autodeterminação. Ela está mais intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e à integridade corporal do paciente prevista no artigo 15 do Código Civil.

Ao abordar o consentimento informado, foi visto que é um dever do médico e um direito do paciente de ser informado de todos os procedimentos possíveis, bem como os custos e as consequências do tratamento. Para que o paciente possa consentir, três pressupostos devem estar presentes, sendo eles a capacidade, a informação e o consentimento livre. Ademais, foi visto também que o consentimento pode ser exercido antecipadamente por meio de documentos, que, por sua vez, devem preencher os requisitos de validade do negócio jurídico.

No terceiro capítulo foi analisada a responsabilidade civil e os seus pressupostos, diferenciando a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual. Embora sejam tratadas distintamente pela legislação, vale dizer que a consequência de ambas as infrações é a mesma, qual seja, a obrigação de ressarcir o lesado pelo prejuízo causado. Além disso, os pressupostos formais também são essencialmente os mesmos, sendo eles a conduta humana, a culpa, o nexo causal e o dano.

Em relação ao dano sofrido, foram vistas as espécies do dano moral e do dano existencial, diferenciando elas e as relacionando com a hipótese de um possível dano a ser sofrido por um paciente Testemunha de Jeová que teve sua dignidade humana prejudicada pelo desrespeito a sua autonomia de escolha pelo tratamento médico sem transfusão sanguínea.

No quarto, e último, capítulo foi visto que o médico possui um dever de agir conforme o seu Código de Ética. Referido Código, atualmente, tem buscado o respeito pela autonomia e dignidade do paciente, não podendo o médico agir sem o consentimento daquele, salvo em risco de morte. Entretanto, agir sem o consentimento não significa a mesma coisa que agir contra o consentimento. Portanto, a vontade deve ser respeitada, só podendo o médico agir se o paciente assim consentir.

A relação entre o médico e seu paciente é uma relação contratual. Caso o médico deixe de informar o paciente adequadamente sobre as possibilidades de tratamento e seus riscos, ou o faça de forma inadequada, ou, ainda, proceda de

maneira contrária ao que foi consentido, estará ele violando o contrato, podendo ser responsabilizado civilmente pelos danos causados.

Em relação aos menores e incapazes, filhos, tutelados ou curatelados, de seguidores das Testemunhas de Jeová, foi abordada a teoria do menor amadurecido, que possibilita ao menor tomar suas próprias decisões, considerando sua capacidade psicológica de compreensão. Quanto aos que não possuem capacidade suficiente, não havendo tratamento alternativo sem transfusão de sangue, fica o médico em uma posição mais delicada ainda. Caso o médico se abstenha e respeite a decisão dos pais, a vida da criança estará ameaçada, podendo ser extinta. Por outro lado, caso o médico intervenha contra a vontade dos pais, visando resguardar a vida da criança, é certo que ela passará a ser discriminada e desprezada pelos próprios pais e pela comunidade a que estava acostumada a manter relações sociais. Ou seja, sua vida deixaria de ser digna. Em qualquer caso, acredita-se que o médico não poderá ser responsabilizado, civilmente, pelos danos que vierem a ocorrer.

Por fim, foram expostas algumas decisões que reconheceram a autonomia da vontade do paciente e afirmaram ser legítima a recusa das transfusões sanguíneas pelas Testemunhas de Jeová.

Dessa forma, considerando a importância que a dignidade da pessoa humana tem conquistado, ao lado do ordenamento jurídico atual, mostra-se ser legítima a recusa das transfusões de sangue pelas Testemunhas de Jeová, não podendo o médico agir contrariamente à vontade do paciente, sob pena de ser responsável civilmente pelos danos causados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Bahamondez. Medida Cautelar ED 153-249. Julgamento em: 06-04-1993. Disponível em <http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/casuistica/bahamondez_transfusion.pdf>. Acesso em 02/10/2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BÍBLIA. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Português. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/livros/>>.

BIZIAK, Daniel Dovigo. **A recusa de transfusão de sangue por motivos religiosos**. Disponível em <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/74/46>>. Acesso em 06/06/2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue, ano de 2004**. p. 28. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/912de50047457fc18b7adf3fbc4c6735/manual_doenca.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 17/07/2014.

BRASIL. ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual Técnico de Hemovigilância - Investigações das Reações Transfusionais Imediatas e Tardias Não Infeciosas, ano de 2007**. p. 09. Disponível em

<http://www.hemocentro.unicamp.br/dbarquivos/manual_hemovigilancia_reacoes_tra_nsfusionais_anvisa.pdf>. Acesso em 17/07/2014.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Decreto 119-A/1890. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>.

BRASIL. Lei 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>.

BRASIL. Lei 8.078/1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>.

BRASIL. Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria 1.353/2011**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.htm>. Acesso em 17/07/2014.

CANADÁ. Corte de Apelação de Ontario. Malette vs Sculman et al. 72 O.R. (2d) 417. Julgamento em: 30/03/1990. Disponível em <<http://eol.law.dal.ca/wp-content/uploads/2013/05/malette-v-shulman-et-al.-72-OR-2d-417.pdf>>. Acesso em 29/09/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6a. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.021/80. Adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Relator: Telmo Reis Ferreira. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm>.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>.

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento Livre e Esclarecido: o Corpo Objeto das Relações Jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1981Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Intoler%C3%A2ncia%20e%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Baseadas%20em%20Religi%C3%A3o%20ou%20Cren%C3%A7a.pdf>>.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des.(a)

Alberto Vilas Boas. Julgado em 14/08/2007. Publicação em 04/09/2007. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BA1C0034FB9684A44D8A53E88CD657AE.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.07.191519-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 02/10/2014.

ESTADO DO MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento 22395/2006. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Julgado em 31/05/2006. Publicação em 10/07/2006. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/Home/RetornaURL?numeProtocolo=22395&anoProtocolo=2006>>. Acesso em 02/10/2014.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70058189457, Nona Câmara Cível, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 26/03/2014, Publicação em 10/04/2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058189457&num_processo=70058189457&codEmenta=5715105&templntTeor=true>. Acesso em 10/10/2014.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70040239352, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012, Publicação em 11/07/2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040239352&num_processo=70040239352&codEmenta=4795193&templntTeor=true>. Acesso em 10/10/2014.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010. Publicação em 02/08/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70032799041&num_processo=70032799041&codEmenta=3657411&templntTeor=true>. Acesso em 02/10/2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Illinois. Margaret I. Astex Bernice Brooks, Ap 38914, Julgamento em: 18/03/1965. Disponível em <<http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1965/38914-5.html>>. Acesso em 29/09/2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 3: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade do paciente: uma gravíssima violação de direitos humanos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Tutelas de urgência na recusa de transfusão de sangue. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão ePub.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e Consentimento Informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ODEBRECHT, Luciano. **Liberdade Religiosa**. Londrina: Redacional Editora, 2008.

BRASIL. Decreto 592/1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>.

POLARINI, Giovana Meire. O Direito Fundamental à Vida e a Xenotransplantação: o uso de animais transgênicos. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça e LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). **Direitos do Paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Clayton; VAZ, Wanderson Lago. **Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2a. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o Nexo de Causalidade**. Revista Jurídica, ano 50, junho de 2002. nº 296. Disponível em <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acessado em 09/09/2014.

ANEXO I
INSTRUÇÕES E PROCURAÇÃO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE

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:** [Apus 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: [Apus 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 judicium 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.

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.º do RG

Assinatura da testemunha

Nome e n.º do RG

PROCURADOR

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

PROCURADOR ALTERNATIVO

Nome e qualificação: _____

Endereço: _____

Telefone(s): _____

dpa-T 11/04

Página 2 de 2

Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde

(O documento está assinado na parte interna.)

NÃO APLIQUE SANGUE

