

NELSON NERY JUNIOR

**Escolha Esclarecida de
Tratamento Médico por
Pacientes Testemunhas de Jeová**

**como exercício harmônico de
direitos fundamentais**

ESTADO CONSTITUCIONAL. LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO DO INDIVÍDUO

COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: A liberdade religiosa enquanto direito fundamental é intransferível, irrenunciável, indisponível e imprescritível. Impossibilidade de o Estado obrigar seus cidadãos a realizarem tratamento médico atentatório à sua convicção religiosa.

DIREITO DE LIBERDADE E O CONSENTIMENTO INFORMADO: O consentimento informado é direito constitucional do cidadão que deve orientar e embasar toda a relação entre médico e paciente. Impossibilidade constitucional/legal de o médico efetuar qualquer procedimento médico em contrariedade à manifestação de vontade livre e consciente de seu paciente.

DIREITO DE LIBERDADE E DE RECUSA DE CERTOS TRATAMENTOS POR MOTIVO RELIGIOSO: Não pode o Estado ignorar a liberdade de escolha do paciente, ainda que se dê por motivo religioso, sob pena de violação do artigo 5.º, VI da Constituição Federal (CF). Garantia constitucional dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová de não se submeterem a procedimentos médicos que envolvam transfusão de sangue.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: Inconstitucionalidade das decisões judiciais que obriguem alguém a se submeter a tratamento médico contra sua vontade. *Habeas corpus* como *writ* constitucional adequado contra essas decisões.

Sumário: **1.** Consulta. – **2.** Estado Democrático de Direito: prevalência dos direitos fundamentais. Liberdade e autodeterminação do indivíduo como direitos fundamentais. Liberdade religiosa: sua manifestação no Estado Democrático. O direito de liberdade inclui a manifestação prática da fé. Direito à vida no contexto constitucional deve ser entendido como direito à vida digna. Manifestação de vontade que possui respaldo no direito constitucional à liberdade religiosa (ideológica), à dignidade humana e à privacidade. Como o conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa constitui um falso problema. Princípio da legalidade (CF, 5.º, II). Recusa de tratamento que envolva transfusão sanguínea por convicções religiosas. Possibilidade. Dever fundamental do Estado em respeitar a vontade de escolha do paciente em relação ao tratamento médico. Respeito à manifestação de vontade do paciente. – **3.** Objeção de consciência e consentimento informado. Autonomia do paciente prevista no art. 15 do Código Civil (CC). Autonomia do paciente no Estatuto do Idoso e art. 17 da Lei de Transplantes (L 9434/97, art. 10). Interpretação do art. 15 do CC diante dos PL 2945/08 e 3208/08. O paciente como sujeito de direitos independentemente de seu estado

clínico. A inconstitucionalidade de se suprimir direitos em razão das convicções religiosas (CF, art. 5.º, VIII). Recusa à transfusão de sangue por motivos religiosos. Presença de “imminente risco de vida”. Não caracterização de tentativa de suicídio. A recusa diz respeito estritamente aos tratamentos que envolvam transfusão de sangue. Ausência de caracterização do delito de omissão de socorro (Código Penal [CP], art. 135) e da excludente do art. 146, § 3.º, I do CP. Atipicidade da conduta dos pais em procurar outro tratamento que não a transfusão. A negativa em realizar a transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová não caracteriza em nenhuma hipótese a convicção de cura pela fé. A transfusão de sangue não é totalmente isenta de riscos: logo sua recusa é mais que legítima. A existência de tratamentos alternativos à transfusão. A recusa das Testemunhas de Jeová tem possibilitado avanços na medicina. O art. 24 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1.931/2009) e a leitura constitucionalmente adequada da exceção prevista no art. 22. A locução “sem consentimento” não pode abranger as hipóteses em que a atuação do médico se dá *contra* o consentimento. Inconstitucionalidade da Res. n.º 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina. Impossibilidade de se desconsiderar a manifesta vontade do paciente. Violação do art. 1.º, III e 5.º, VI da CF. Violação da Portaria n.º 1.820/09 do Ministério da Saúde. – **4.** Julgamentos que privilegiam o consentimento informado. A liberdade do paciente de recusar tratamento atentatório à sua dignidade. Julgamentos nacionais. Julgamentos internacionais. Tendência supranacional em privilegiar a manifestação de vontade do paciente. Declaração universal sobre bioética e direitos humanos (art. 6.º). – **5.** Consentimento informado. Formas de manifestação da vontade. Requisitos do consentimento informado. Validade de documentos de antecipação de vontade. Desnecessidade de nova manifestação de vontade na ocasião da intervenção cirúrgica. Nomeação de procuradores para agirem em seu nome caso venha a se encontrar em estado de inconsciência. Existência de documento com expressa manifestação do consentimento informado. Impossibilidade da administração hospitalar recusar-se a encaminhar o paciente ao atendimento médico tão somente porque não assinou o termo de internação hospitalar ou o alterou parcialmente. Proibição do hospital recusar o tratamento a um paciente porque se declarou praticante da religião Testemunhas de Jeová. Caracterização de discriminação. Questão do menor amadurecido. Possibilidade de ser ouvido e de sua manifestação ser levada em consideração. Convenção Europeia art. 6.º. A importância da opinião do menor. – **6.** Aspectos processuais da questão. Inconstitucionalidade das liminares satisfativas que obrigam determinada pessoa a sujeitar-se à transfusão de sangue. Impossibilidade de concessão de cautelar cujo caráter é satisfativo. Conteúdo irreversível do provimento. Limites ao poder geral de cautela (Código de Processo Civil [CPC], art. 798) do juiz. A utilização do *habeas corpus* preventivo como medida judicial adequada para o paciente que se recusa a receber a transfusão de sangue se precaver contra futura ingerência médica. Responsabilidade do Estado por decisões judiciais que atingem direitos fundamentais do cidadão de não se submeter a tratamentos violadores de suas convicções ideológicas e religiosas. – **7.** Conclusão: resposta aos quesitos.

1. Consulta

Honra-nos com a presente consulta a Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, na qual nos indaga sobre o direito de liberdade e de autodeterminação do indivíduo, enquanto garantias constitucionais fundamentais, com especial atenção para o exercício do direito de liberdade de escolha ou recusa de tratamento médico por motivo religioso mediante consentimento informado.

A consulta veio acompanhada de substancioso material jurídico [doutrinário e jurisprudencial] e de farta literatura médica, nacionais e estrangeiras, juntamente com a reprodução de diversos diplomas normativos relacionados ao tema [incluindo normas de regência da conduta médica, expedidas por seus órgãos de classe, e atos normativos federais editados pela Administração Pública].

Todo esse cabedal de documentos, diligentemente carreado pela Consulente, foi-nos oferecido para subsidiar o presente estudo, cujos quesitos a que se propõe enfrentar são os seguintes:

- 1) À luz dos preceitos constitucionais, tem o paciente adulto o direito de recusar um determinado tratamento médico, incluindo transfusão de sangue?
- 2) Há conflito de direitos fundamentais (vida x liberdade religiosa) quando um paciente adulto Testemunha de Jeová opta por um tratamento médico que evite a terapia transfusional?
- 3) Por ser um tratamento de graves riscos, a transfusão de sangue pode ser recusada pelo paciente nos termos do art. 15 do Código Civil?
- 4) Havendo alternativas de tratamento médico, pode o paciente escolher qualquer delas, mesmo que não seja a preferida do ponto de vista do médico assistente?
- 5) O médico tem autoridade para impor uma determinada terapêutica ou a escolha do tratamento é um direito personalíssimo do paciente?
- 6) Como conciliar o entendimento do dever médico de prover tratamento com o direito do paciente ao consentimento informado?
- 7) Diante da alegação médica de que o paciente está em “iminente risco de vida”, fica afetado seu direito constitucional de escolha de tratamento médico? A conduta do paciente nessas circunstâncias poderia ser entendida como uma tentativa de suicídio?
- 8) Na hipótese de “iminente risco de vida”, o paciente perde o seu direito à autodeterminação quando de forma antecipada manifestou sua vontade quanto a receber tratamentos e procedimentos médicos isentos de sangue?

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

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

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

12) O paciente em documento de manifestação de vontade antecipada pode nomear procuradores para agir em seu nome caso venha a se encontrar em estado de inconsciência? Na hipótese do paciente ter nomeado procuradores que não integram sua família imediata (cônjuge, genitores, filhos e irmãos), estes familiares têm legitimidade para decidir pelo paciente e impedir que os procuradores ajam conforme os poderes que lhes foram conferidos?

13) Tem o paciente o direito de inserir observações quanto a tratamento de saúde nos termos de internação apresentados pelos hospitais?

14) O hospital poderá recusar a internação de um paciente que, após acordar com a equipe médica sobre a não utilização de terapia transfusional, insere no “termo de internação” ou no “termo de consentimento” sua recusa de receber tal terapia? Pode recepção ou administração hospitalar recusar-se a encaminhar paciente ao atendimento médico tão somente porque este não assinou o “termo de internação hospitalar” ou o alterou parcialmente?

15) Alguns profissionais voltados ao Direito Médico têm afirmado que um documento de diretrizes antecipadas em questões de saúde deva ser atualizado por ocasião da intervenção cirúrgica, com vistas a confirmar ou não a vontade do paciente ao vivenciar a situação emergencial. Procede esta necessidade, ou o documento já firmado, independentemente de seu tempo, valerá até manifestação em contrário? Se necessária dita atualização, podem os procuradores fazê-lo, na inconsciência clínica do paciente?

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

17) A quem cabe colocar diante do paciente o “termo de consentimento informado” para que o paciente o exerça? À recepção hospitalar ou sua administração ou ao médico que examina

o paciente? Queira explicar a natureza jurídica do “termo de internação hospitalar”, do “termo de consentimento informado” e da “escolha esclarecida do paciente”, diferenciando-os.

18) Qual a conduta a ser seguida pelos pacientes que rejeitam um determinado tratamento médico, a exemplo das transfusões de sangue, para que os médicos não sejam responsabilizados por acatarem essa decisão, mesmo diante de eventual caso de morte?

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

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

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

22) Autoridades, como Promotores de Justiça e Delegados de Polícia, têm legitimidade para autorizar a realização de um determinado tratamento médico, tal como transfusão de sangue, contra a vontade do paciente?

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

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

25) O médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa a respeito da realização desse procedimento, comete alguma infração?

26) Podem médico ou hospital dificultar ou mesmo impedir a transferência de um paciente para outro hospital e/ou equipe médica que tenha domínio no uso da medicina não transfusional?

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

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

29) O exercício pelos pais da escolha de tratamento médico para a criança sob sua guarda e responsabilidade, diferentemente de um padrão médico, caracteriza *abandono*, *maus-tratos* ou *extravio*, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e demais disposições normativas?

30) Quando um paciente for menor de idade, porém demonstrar que tem condições de entender suas decisões e as consequências desta, sua determinação de receber tratamento médico isento de sangue deverá ser respeitada pelos médicos? Há amparo em nossa legislação para que o menor seja ouvido e sua posição seja levada em consideração?

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

32) Comete alguma infração um hospital que, de posse de uma liminar, amarra, constrange e assim, aplica uma transfusão de sangue embora o paciente seja capaz, esteja consciente e, ao mesmo tempo, resiste ao referido tratamento após ter sido informado dos riscos, caso não o aceite?

33) Caso a redação do artigo 15 do Código Civil venha a ser alterada pelos Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 2945/2008 e PL n.º 3208/2008), a nova redação sugerida alteraria o entendimento sobre a matéria?

Assim, de posse da documentação fornecida pela Consulente, passamos à análise do caso, conforme o escopo da consulta.

2. Estado Democrático de Direito: prevalência dos direitos fundamentais. Liberdade e autodeterminação do indivíduo como direitos fundamentais. Liberdade religiosa: sua manifestação no Estado Democrático. O direito de liberdade inclui a manifestação prática da fé. Direito à vida no contexto constitucional deve ser entendido como direito à vida digna. Manifestação de vontade que possui respaldo no direito constitucional à liberdade religiosa (ideológica), à dignidade humana e à privacidade. Como o conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa constitui um falso problema. Princípio da legalidade (CF, 5.º, II). Recusa de tratamento que envolva transfusão sanguínea por convicções religiosas. Possibilidade. Dever fundamental do Estado em respeitar a vontade de escolha do paciente em relação ao tratamento médico. Respeito à manifestação de vontade do paciente.

O Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*) para adquirir as qualidades apontadas pelo moderno constitucionalismo deve ser um Estado Democrático e de Direito. São dois os aspectos que o identificam: Estado de Direito e Estado Democrático, de modo que a conexão entre esses dois é feita pelo Estado *Constitucional*, no qual o poder deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos.¹

Assim, esse Estado Constitucional se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais.²

Em assim sendo, o Estado Democrático de Direito é largamente caracterizado pela primazia dos direitos fundamentais, pois nele existe um forte sentido substancial, o que implica afirmar que os Poderes (Legislativo/Judiciário/Executivo) estão *limitados* e *vinculados* à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos.³

Ou seja, no Estado Constitucional (Democrático de Direito), a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa. O Estado Democrático de Direito possui uma importante perspectiva garantista, estando caracterizado não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais.⁴

A primazia dos direitos fundamentais deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito, seja para resguardar ou implementar os referidos direitos. Em paralelo aos direitos fundamentais, temos a dignidade humana, que consiste em elemento fundante do Estado Democrático de Direito (CF, 1.º, III).

Dessa forma, temos que o direito à vida deve ser interpretado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o que a Constituição Federal garante é o direito à vida digna, com todos os seus desdobramentos.

De acordo com o ensinamento de PETER HÄBERLE, a proteção da dignidade humana constitui dever fundamental do Estado Constitucional, mais precisamente, um dever

¹ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, Parte I, Cap. 3, pp. 93 e 98; Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE. *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. I, 2.ª ed., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995, § 22, pp. 887 *et seq.*; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, coment. 5 CF I, pp. 144/145.

² Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, § 2.º, p. 83; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CF Comentada*, cit., coment. 9 CF I, pp. 145/146.

³ Luigi FERRAJOLI. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, in Miguel Carbonell (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2.ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp.13 e 18.

⁴ Miguel Ángel GARCIA HERRERA. *Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, in Perfecto Andrés Ibáñez (organizador). *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*, Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 71.

jurídico-fundamental. A soberania popular possui na dignidade humana seu primeiro e último fundamento. O povo não constitui uma grandeza mística, mas é uma coordenação de diversos homens dotados, cada qual com dignidade própria.⁵

O Estado Constitucional realiza a dignidade humana fazendo dos cidadãos sujeitos de sua atuação. Neste sentido, a dignidade humana é a biografia desenvolvida e em desenvolvimento da relação entre cidadãos e o Estado (com o desaparecimento da separação entre Estado e sociedade).⁶

A dignidade humana possui dupla direção protetiva. Isso significa que ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e contra a sociedade); e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade. Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto, jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um *status activus processualis*) bem como por meios ideais e materiais.⁷

No Estado Constitucional, os direitos fundamentais (*Grundrechte*) constituem, atualmente, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos. Ambas as classes de direitos são, ainda que com intensidade diferente, parte integrante necessária da cultura jurídica de todo Estado Constitucional.⁸

Os direitos sociais encontram seu fundamento na igualdade substancial, na liberdade, na autonomia; na própria dignidade, inclusive.⁹

No Estado Constitucional, os direitos sociais integram os direitos fundamentais, de sorte que sua implementação pode ocorrer mesmo na ausência de *interpositio legislatoris*. No que diz respeito à eficácia desses direitos, estão em jogo duas ideias importantes para o constitucionalismo moderno: (a) a força normativa da Constituição; e (b) a concepção dos direitos fundamentais (sociais) como limites ao poder.¹⁰

A doutrina exposta evidencia a importância dos direitos fundamentais na concepção de um Estado Democrático de Direito, haja vista serem institutos indispensáveis para a democra-

⁵ Peter HÄBERLE. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, in: Ingo Wolfgang SARLET (organizador). *Dimensões da dignidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 133; Peter HÄBERLE. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. II, 3.^a ed., Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004, § 22, n. 65, pp. 351/352.

⁶ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, cit., § 63, p. 291.

⁷ Peter HÄBERLE. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, cit., p. 137; Peter HÄBERLE. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, cit., § 22, n. 74, p. 355.

⁸ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, cit., § 65, p. 304.

⁹ Santiago Sastre ARIZA. *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 112, abril/junho, 2001, p. 257.

¹⁰ Santiago Sastre ARIZA. *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*, cit., p. 267.

cia, vale dizer, normas fundantes do Estado Democrático de Direito. Sua violação descaracteriza o próprio regime democrático. Nas palavras de ROBERT ALEXY:

*“Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos. Este argumento no so es solo de gran interés porque añade uno más a las dos fundamentaciones expuestas para los derechos fundamentales y los derechos humanos. Su verdadero significado está en que dirige la mirada, de los derechos fundamentales y los derechos humanos, hacia los procedimientos e instituciones de la democracia y hace patente que la idea del discurso sólo puede realizarse en un Estado constitucional democrático, en el que derechos fundamentales y democracia, a pesar de todas las tensiones, entren en una inseparable asociación”.*¹¹

Consoante já mencionamos, a primazia dos direitos fundamentais deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito, seja para resguardar ou implementar os referidos direitos. O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela vinculação jurídica dos poderes públicos à lei e ao Direito. Primazia do direito, em um Estado Constitucional, implica a vinculação do Executivo à lei e à Constituição, o que impede a arbitrariedade em decisões administrativas. Apenas o Legislador, e não a Administração, é convocado a decidir quando e em que condições podem ocorrer intervenções gravosas que limitem direitos fundamentais, principalmente o da liberdade individual.¹²

A proteção dos direitos fundamentais configura a vertente material do Estado Democrático de Direito. A atuação do Estado deve ser sempre no sentido de resguardar ou implementar os direitos fundamentais, devendo ainda essa atuação ser previsível e calculável.¹³

Os direitos fundamentais, enquanto normas fundantes do Estado Democrático de Direito, vinculam as entidades públicas de duas maneiras, conforme ensinam CANOTILHO e VITAL MOREIRA: *“de forma negativa, impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental, mas também de forma positiva – exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de facto e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental”.*¹⁴

¹¹ Robert ALEXY. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 130/131. Sobre conceito de direito fundamental, v. Robert ALEXY. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Cap. 4 III, p. 241 *et seq.* Tradução livre: *“Quem esteja interessado em regularidade e legitimidade, deve estar interessado em democracia e também nos direitos fundamentais e humanos. Este argumento não só é importante porque adiciona mais um elemento às duas razões apresentadas como fundamento dos direitos fundamentais e humanos. Seu verdadeiro significado está em dirigir o olhar dos direitos fundamentais e direitos humanos para os procedimentos e as instituições da democracia e demonstra que a ideia do discurso só pode ter lugar num Estado de direito democrático em que os direitos fundamentais e a democracia, apesar de todas as tensões, entram numa parceria inseparável.”*

¹² Ernst BENDA. *El Estado social de Derecho*, in Konrad Hesse *et. al.* (org.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 501/502.

¹³ Ernst BENDA. *El Estado social de Derecho*, *cit.*, pp. 505/506.

¹⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 139.

Uma das maneiras de se vincular as entidades públicas aos direitos fundamentais consiste no chamado *dever de proteção do Estado* relativamente às agressões ou perturbações ocasionadas nos direitos fundamentais por parte de terceiros.¹⁵ A proteção do Estado aos direitos fundamentais deve ocorrer tanto para evitar a proibição de excesso (*Übermassverbot*), quanto a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).¹⁶

Nessa perspectiva, merece destaque o direito à liberdade, mais precisamente o direito à liberdade religiosa.

A liberdade é um direito fundamental do ser humano e possui caráter universal e determinante do agir humano, sendo conceituada por DAVID HUME como: “*um poder de agir ou não agir segundo as determinações da vontade, isto é, se escolhermos permanecer em repouso, podemos; mas se, escolhermos mover-nos, também podemos. Ora, reconhece-se universalmente que esta liberdade incondicional encontra-se em todo homem que não esteja prisioneiro ou acorrentado*”.¹⁷ A liberdade é ressaltada por KANT como o elemento que *a priori* é apreendido pelo homem e fundamenta sua moral. Nas palavras do filósofo, a liberdade: “*é por sua vez a única entre todas as ideias da razão especulativa cuja possibilidade a priori conhecemos (wissen) sem penetrá-la (einzusehen) contudo, porque ela constitui a condição (I) da lei moral, lei que conhecemos*”.¹⁸ STUART MILL em memorável obra sobre o tema asseverava que:

“Nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se não se respeitam, em geral, essas liberdades. E nenhuma sociedade é completamente livre se nela essas liberdades não forem absolutas e sem reservas. A única liberdade que merece o nome, é a de procurar o próprio bem pelo método próprio, enquanto não tentamos desapossar os outros do que é seu, ou impedir seus esforços para obtê-lo. Cada qual é o guardião conveniente da própria saúde, quer corporal, quer mental e espiritual. Os ho-

¹⁵ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*, cit., p. 140.

¹⁶ Sobre a *proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)*: Bernhard SCHLINK. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in Peter BADURA e Horst DREIER (editores). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, v. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, n. V, pp. 462/464; Klaus STERN e Michael SACHS. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III, t. 2 (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München: C.H.Beck, 1994, § 84, III, 10, p. 813 *et seq.*; Josef ISENSEE. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V (*Allgemeine Grundrechtslehren*), 2.^a ed., Heidelberg: C.F.Müller, 2000, § 111, ns. 90, 160 e 165 *et seq.*, pp. 190/191, 229/230 e 232/238; Volkmar GÖTZ. Einzelne Bereiche der Staatstätigkeit: innere Sicherheit (Gewaltmonopol), in Josef ISENSEE e Paul KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. III (*Das Handeln des Staates*), 2.^a ed., Heidelberg: C.F.Müller, 1996, § 79, ns. 30 e 31, pp. 1025/1027; Peter LERCHE. *Übermaß und Verfassungsrecht: Bemerkungen zur Wiederauflage*, in *Ausgewählte Abhandlungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp. 244/268; Gilmar Ferreira MENDES, Inocência MÁRTIRES COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, n. 3.3.4, p. 367.

¹⁷ David HUME. *Investigação acerca do entendimento humano*, in *Pensadores*, São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 100.

¹⁸ Immanuel KANT. *Crítica da razão prática*, São Paulo: Brasil Editora, 1959, pp. 15/16.

mens têm mais a ganhar suportando que os outros vivam como bem lhes parece do que os obrigando a viver como bem parece ao resto".¹⁹ (grifado)

No Estado Democrático de Direito, a liberdade agrega uma dimensão positiva, não cabendo ao Estado apenas a figura do organismo interventor e limitador das liberdades civis, mas, ao contrário, passa a materializar a figura do Estado realizador, prestador, garantidor e criador de liberdades.²⁰

Desse modo, o Estado Democrático de Direito não restringe sua atuação apenas a garantir e a regulamentar a liberdade religiosa, devendo também criar as condições que possibilitem ao cidadão praticar sua fé.

PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Constituição de 1946, já pontificava que a liberdade religiosa *"é direito individual fundamental, que independe de qualquer escalonamento, em virtude de maior ou menor número de adeptos, ou de outro fator diferente"*.²¹ É essencial ao Estado Democrático de Direito que respeite e assegure a liberdade de religião como um direito fundamental. Deve o Estado, nas palavras de SAMPAIO DÓRIA:

"respeitar como lhe cumpre, a liberdade de consciência, sem restrições, a todos, não privar a ninguém, mesmo àqueles que lhe exercem as funções, ou estão sob suas ordens, de aprender, cultuar e praticar sua fé. Considerar por igual a todas as religiões, e, embora não perfilhe nenhuma, não privar a seus funcionários, a seus servidores, a seus subordinados a prática de seus cultos".²²

Nossa CF (5.º, VI) assegura a liberdade religiosa estabelecendo 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 suas liturgias"*. De maneira semelhante, contudo mais pormenorizadamente, a liberdade religiosa também é elencada pela Constituição Portuguesa em seu art. 41:

"1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável; 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa; 3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder; 4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto; 5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem

¹⁹ John STUART MILL. *Sobre a liberdade*, 2.ed., Petrópolis: Vozes, 1991, p. 56.

²⁰ Robert ALEXANDER. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 377.

²¹ Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., t. IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 448.

²² A. de SAMPAIO DÓRIA. *Direito Constitucional*, 4.ª ed., v. I, t. II, São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 729.

como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades; 6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei.”

Como corolários do direito à liberdade de religião, quatro direitos podem ser reconhecidos e distinguidos, embora conexos: a) liberdade de consciência; b) liberdade de religião; c) liberdade de culto e d) liberdade de objecção de consciência. A doutrina constitucional contemporânea tende a considerar todos esses direitos como elementos indissociáveis da proteção da personalidade.²³

Nas exatas palavras de CANOTILHO: *“as liberdades de consciência, de religião e de culto protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida”*.²⁴

A liberdade religiosa tem diversos desdobramentos no Estado Democrático de Direito, constituindo-se: a) direito subjetivo, próprio de cada indivíduo; b) direito fundamental, no sentido de ser fundamento de qualquer ordenança jurídica e base do exercício de todos os outros direitos humanos; c) direito negativo, vez que se constitui em um direito oponível contra intervenções agressivas e restritivas dos poderes públicos e privados; d) direito positivo, porque pressupõe e exige condições sociais de desenvolvimento da pessoa, quer de forma individual subjetiva quer de forma coletiva; e) direito preceptivo, porque é de imediata aplicação não necessitando de regulamentação; f) direito público e coletivo, porque implica o direito de auto-organização e de associação; g) direito universal, porque é uma manifestação subjetiva que se observa em qualquer sociedade livre.²⁵

Essa é a interpretação que deve ser conferida à liberdade religiosa a fim de prestigiar a dignidade humana que deve constituir a premissa antropológico-cultural do Estado Democrático de Direito²⁶, isto porque, em razão da estrutura jurídica de direito fundamental (personalidade) que possui a liberdade religiosa, ela deve ser considerada irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível.²⁷

FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO também ressalta a importância da liberdade religiosa enquanto direito subjetivo de caráter fundamental que se concretiza no reconhecimento de um âmbito de liberdade e de uma esfera de *agere licere*.²⁸

²³ J. J. Gomes CANOTILHO. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*, in *Código das Sociedades Comerciais, homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. v. II, Coimbra: Coimbra Ed., 2007, pp. 780/781.

²⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*, cit., p. 781.

²⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*, cit., pp. 781/782.

²⁶ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, cit., § 2.º, p.83.

²⁷ J. J. Gomes CANOTILHO. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*, cit., p. 782.

²⁸ Francisco FERNANDEZ SEGADO. *El Sistema Constitucional Español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 297.

A atuação estatal no Estado Democrático de Direito precisa posicionar-se de maneira neutra em relação à religião, devendo agir com imparcialidade, a fim de conferir aos cidadãos, religiosos ou não, a maior liberdade possível na condução de suas vidas.²⁹

Nesse sentido JOÃO BARBALHO já lecionava que:

*“o Estado nada tem que ver com o fiel, com o crente, mas só com o cidadão, - é fora de dúvida, que na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder público é dever assegurar aos membros da comunhão política que ele preside, a livre prática do culto de cada um a impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas”.*³⁰

Dentre as várias manifestações práticas da fé, merece destaque a liberdade de culto, que, de acordo com MIGUEL NOGUEIRA BRITO, somente é garantida:

*“onde houver liberdade de crer e orar, de ensinar e de imprensa: onde exercício de todos, ou de qualquer destes direitos não implicar a diminuição nos direitos individuais civis e políticos do cidadão, onde os diversos cultos e seus ministros forem iguais perante a lei, porque a liberdade sem a igualdade dos cultos e não passa de mera tolerância, em que as preferências e os privilégios estão minando de contínuo a verdadeira e legítima liberdade religiosa”.*³¹

A posição do Estado diante do fenômeno religioso deve orientar-se por dois princípios básicos: o primeiro é o da liberdade religiosa, que reconhece ao cidadão o direito e a faculdade de exercer sua fé com plena imunidade de coação pelo Estado e de qualquer grupo social [principalmente maioria]; o segundo princípio é o da igualdade [CF, 5.º, caput], que significa que as condutas religiosas dos sujeitos de direito não podem justificar nunca diferenças de tratamento jurídico.³²

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade de o Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa. Nessa perspectiva apresenta-se legítima a possibilidade de os praticantes da religião Testemunhas de Jeová recusarem a realização de qualquer tratamento que envolva transfusão sanguínea.

Ou seja, é vedado ao Estado, até por decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta que seja atentatória à sua convicção religiosa (v.g., transfusão de sangue no caso das Testemunhas de Jeová). Essa limitação à atuação do Estado decorre da

²⁹ Miguel NOGUEIRA DE BRITO. *Liberdade religiosa, liberdade da igreja e relações entre o Estado e a Igreja*, in: *Estudos em memória do Conselheiro Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 225.

³⁰ João BARBALHO. *Constituição Federal Brasileira. Commentarios*, Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typhographia em Sapopemba, 1902, p. 305.

³¹ Miguel NOGUEIRA DE BRITO. *Liberdade religiosa, liberdade da igreja e relações entre o Estado e a Igreja*, cit., p. 195.

³² Francisco FERNANDES SEGADO. *El Sistema Constitucional Español*, cit., p. 298.

dimensão da liberdade de religião enquanto direito subjetivo público, que garante a todos os cidadãos um acesso equitativo aos entornos culturais, às tradições e relações interpessoais à medida que estas são essenciais para a formação e a garantia de sua identidade pessoal.³³

Nessa perspectiva, o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode impor ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa e à sua dignidade. Essa assertiva encontra justificativa em JÜRGEN HABERMAS para quem: “*independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídos, um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa*”.³⁴

No caso da presente consulta deve-se ressaltar a indispensabilidade do consentimento informado bem como a possibilidade de os praticantes da religião *Testemunhas de Jeová* oporem-se, conscientemente, à realização de qualquer procedimento médico que envolva transfusão de sangue uma vez que essa prática é violadora de sua dignidade e convicção religiosa. Desse modo, não pode o Estado de forma alguma, impor a esses cidadãos, aos quais deve necessariamente garantir os direitos fundamentais, a obrigação de praticar condutas (transfusão de sangue) que são atentatórias à dignidade e à convicção religiosa dos mesmos.

Não obstante, não raro, encontram-se decisões judiciais em que os praticantes da religião *Testemunhas de Jeová* são condenados a se submeter compulsoriamente ao tratamento médico que envolva transfusão de sangue. De ordinário, verifica-se na fundamentação dessas decisões a manifestação de um pensamento que se pretende fundado em uma ponderação de interesses entre dois direitos fundamentais: **liberdade religiosa versus direito à vida**, optando-se em dar prevalência a este último em detrimento da liberdade de religião. Todavia, conforme passaremos a demonstrar, esse suposto conflito entre dois direitos fundamentais (liberdade religiosa vs direito à vida) apresenta-se como um *falso problema*, não havendo na hipótese um autêntico conflito entre o bem jurídico vida e a liberdade religiosa.

Nessa linha, parte-se para observar que a ponderação de interesses em decorrência de uma colisão entre direitos fundamentais constitui uma teoria desenvolvida pelo jurista ROBERT ALEXY.

A ponderação, proposta por ALEXY, parte de uma construção dos direitos fundamentais como princípios, e não mais como regras, simplesmente. Assim, os direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização, logo, são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Havendo colisão entre dois desses princípios, a solução ocorre mediante a aplicação de um princípio mais

³³ Jürgen HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião. Estudos Filosóficos*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 299.

³⁴ Jürgen HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião. Estudos Filosóficos*, p. 142. No mesmo sentido cf. Miguel NOGUEIRA DE BRITO. *Liberdade religiosa, liberdade da igreja e relações entre o Estado e a Igreja*, cit., p. 223.

amplo, o da proporcionalidade que, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais, quais sejam, o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.³⁵

De acordo com o mesmo autor, os direitos fundamentais podem colidir amplamente e restritivamente. As “*colisões de direitos fundamentais em sentido restrito nascem, sempre então, 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. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de distintos direitos fundamentais*”.³⁶

No caso *sub examine*, o Judiciário, quando obriga o praticante da religião Testemunhas de Jeová a se submeter à transfusão de sangue, tem entendido que os direitos fundamentais colidentes são: a **liberdade religiosa** e o **direito à vida**, dando prevalência ao segundo em detrimento do primeiro.

Ocorre, entretanto, que essa propalada colisão é um falso problema, na exata medida em que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito [consoante evidenciado na citação acima transcrita do maior expoente da teoria da colisão dos direitos fundamentais, ROBERT ALEXY] somente ocorre quando a realização de um direito fundamental, no caso a liberdade religiosa, causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental *de outrem*.

Ora, quando um praticante da religião Testemunhas de Jeová manifesta recusa a se submeter a tratamentos que envolvam transfusão de sangue, está ele exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, porquanto está se negando a realizar uma prática atentatória à sua liberdade religiosa e à sua dignidade. Nesse passo, quando esse cidadão exerce esta recusa ele invoca seus direitos fundamentais, *conduta esta que em nenhuma hipótese atenta contra direito fundamental de outrem*. Afinal, qual direito fundamental de outrem essa recusa pelo paciente Testemunha de Jeová violaria? Ou seja, quando o praticante dessa religião exerce seu consentimento informado e se recusa a realizar qualquer procedimento médico ou cirúrgico que envolva transfusão de sangue, em hipótese alguma está atentando ou pondo em risco direito fundamental de outrem.

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual, é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular.³⁷

³⁵ Robert ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 110.

³⁶ Robert ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*, cit., p. 57.

³⁷ Ressaltando a hipótese de interferência da liberdade do particular quando sua conduta acarreta danos a terceiros v. Sergio Gallego RIESTRA. *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 14/15.

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

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

*5.º V: o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos **que acarretem risco à saúde pública**, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais.”*

A polêmica que envolve a recusa à transfusão de sangue pelos praticantes da religião Testemunhas de Jeová também não caracteriza uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, que seria a colisão de direitos fundamentais com bens coletivos.

Poder-se-ia objetar que ao se exercer o direito à religião e negar a submissão à hemotransfusão, estar-se-ia violando o bem coletivo da sociedade, que seria o interesse na preservação do bem jurídico: vida (saúde).

Todavia, na realidade isso não se verifica *in casu* pelo simples motivo de que o indivíduo pertencente a essa religião, quando recusa tratamento que envolva a transfusão sanguínea, em nenhum momento recusa-se a se submeter a outras opções terapêuticas médicas, ou seja, o paciente Testemunha de Jeová não deseja a morte, bem como não acredita na cura pela fé.

O paciente Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue; mas aceita, por conseguinte, outras opções terapêuticas. Portanto, em nenhum momento a recusa por parte do paciente Testemunha de Jeová pode ser equiparada ao suicídio, afinal ele deseja a cura e aceita se submeter a tratamentos médicos alternativos.

Assim, fica evidente a inexistência de colisão entre direitos fundamentais (liberdade de religião vs direito à vida), seja na colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito ou amplo.

Em sentido estrito não existe colisão porque quando o praticante da religião Testemunhas de Jeová exerce seu direito fundamental de liberdade religiosa e se opõe a tratamentos que envolvam transfusão sanguínea em nenhuma hipótese o exercício do seu direito fundamental de liberdade religiosa acarreta o detrimento ou atinge negativamente o direito fundamental de outrem.

Em sentido amplo, não há colisão de direitos fundamentais porque, da mesma maneira do exemplo anterior, quando o paciente Testemunha de Jeová se recusa a fazer tratamentos que envolvam transfusão sanguínea, em nenhum momento a prática desse seu direito acarreta dano a um bem coletivo. Afinal, não se pode arguir que tal recusa confrontaria um interesse coletivo na preservação da vida, porque o paciente Testemunha de Jeová em nenhuma hipótese deseja

a própria morte, tanto é que ele admite submissão a outros tratamentos médicos, desde que não envolvam transfusão de sangue.

Destarte, não temos receio em afirmar ser ilegítima e inaplicável a invocação da teoria da ponderação de interesses para pretender respaldar decisões judiciais que obrigam praticantes de determinada religião a realizarem a transfusão de sangue. Nesse quadro, a suposta ponderação de interesses entre a vida e a liberdade religiosa **apresenta-se como um falso problema.**

Desse modo, fica evidente a impossibilidade de o Estado coagir o cidadão à transfusão de sangue, na exata razão de que não pode impor a obrigação de praticar condutas (transfusão de sangue) que são atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa.

Decisões judiciais que imponham essas condutas carecem de fundamentação jurídica consistente, bem como de adequação social. Em geral, tais decisões se baseiam em uma suposta existência de colisão entre direitos fundamentais, a qual, todavia, conforme demonstramos, não existe, seja em sentido amplo ou estrito.

Importante destacar que a obrigatoriedade à realização de determinada conduta deve consentir com o princípio da legalidade, ou seja, deve estar definida por lei, consoante estabelece a CF, 5.º, II, ao dispor *que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Evidencia-se, pois, por mais uma vez, a inconsistência jurídica, logo a inconstitucionalidade, das decisões que submetem os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a realizarem transfusão de sangue. A bem da verdade, como demonstraremos em seguida, nem mesmo por via legislativa seria possível obrigar o cidadão a realizar a transfusão sanguínea, nos mesmos termos que algumas decisões judiciais obrigam os fiéis das Testemunhas de Jeová.

Com efeito, os direitos fundamentais, dentre os quais merece destaque a liberdade religiosa, em sua essência são invioláveis, de modo que toda ingerência estatal que implique, em qualquer medida, restrição a esses direitos deve possuir base legal, fundamentar-se em interesse público, ser proporcional e não atingir a essência dos direitos fundamentais.³⁸

O exposto acima já é suficiente para desnudar o quão teratológica é a Portaria expedida pelo Secretário de Saúde do DF, em 20.5.2009, que pretende autorizar *a priori* a transfusão de sangue em pacientes com iminente perigo de vida, mesmo contra a vontade destes. *In verbis*:

“Art. 1.º - Não havendo autorização expressa do paciente ou seus representantes legais para a realização do procedimento de transfusão de sangue e derivados, o médico, obedecendo ao disposto no artigo 46 e no artigo 56 do Código de Ética Médica, observará a seguinte conduta:

(...)

³⁸ Thomas FLEINER, Alexandre MISIC e Nicole TÖPPERWIEN. *Swiss Constitutional Law*, Berne: Kluwer Law, 2005, pp. 179/182.

II – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue ou derivados, independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.”

A aludida Portaria estabeleceu restrição ao direito fundamental de liberdade e de consciência que nem mesmo lei em sentido estrito poderia realizar. Não se pode deixar de afirmar que a referida Portaria é flagrantemente inconstitucional: a) primeiro porque não atendeu a forma legal, afinal, limitação a direitos deve ser veiculada mediante lei; b) segundo, porque afronta diretamente garantia fundamental do cidadão, uma vez que não se pode constranger alguém a se submeter a tratamento médico que atente contra sua própria dignidade, sem violar as garantias constitucionais fundamentais inscritas no artigo 5.º da nossa carta constitucional.

Em sentido contrário, a recente e superveniente Portaria n.º 1820/09, editada pelo Ministério da Saúde, é consentânea com a Constituição Federal, prevendo e permitindo a recusa ao tratamento, de modo a garantir ao enfermo a possibilidade de praticar seu consentimento informado. *In verbis*:

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

(...)

XI: o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto.

5.º V: o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais”. (grifado)

A liberdade de consciência e religião do cidadão constitui direito fundamental inviolável. Desse modo, o praticante da religião Testemunhas de Jeová, por meio do consentimento informado, pode recusar se submeter a tratamento que envolva transfusão de sangue porque atentatório à sua convicção religiosa e dignidade.

Não pode o Estado obrigar esse cidadão a se submeter a tratamento que degrade sua dignidade, liberdade e sua fé, até porque essa conduta seria, no mínimo, contraditória, afinal de nada valeria assegurar o direito à liberdade religiosa no texto constitucional e o negá-lo na prática.³⁹

Tal situação revelaria uma insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional.⁴⁰ Assegurar a liberdade religiosa no texto constitucional, mas ver, no mundo fático, ser

³⁹ Realizando essa crítica v. Maria Cebriá GARCÍA. *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 72.

⁴⁰ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 256.

tal garantia suprimida pelo Estado, obrigando seus cidadãos a se submeter a tratamentos que violem sua convicção, força à conclusão de que essa liberdade ficaria apenas enunciada no plano normativo-constitucional (simbólico), porquanto, na realidade, sofreria uma *concretização jurídica desconstitucionalizante*.⁴¹

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

A violação ao Estado Democrático de Direito ocorre porque a religião Testemunhas de Jeová, enquanto minoria, não é respeitada. O ministro MARCO AURÉLIO em lapidar voto asseverou que desprezar o direito das minorias constitui ação inconcebível em um Estado Democrático de Direito. De acordo com o ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO:

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

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

*Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais”.*⁴²

O desprezo às minorias ocorre no caso em exame sempre quando não se permite ao praticante da religião Testemunhas de Jeová exercer sua fé; negando-se a realizar tratamento médico que envolva transfusão de sangue, inclusive.

⁴¹ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 256

⁴² STF, Pleno, ADIn 1351-3, rel. Min. Marco Aurélio, voto do relator, j. 7.12.2006.

Os praticantes da religião Testemunhas de Jeová, enquanto minoria, devem ter seus direitos constitucionais preservados, sendo lhes assegurada sua dignidade e liberdade religiosa sob pena de se descaracterizar o próprio Estado Democrático de Direito e sua respectiva neutralidade religiosa. Afinal, conforme ensina JÜRGEN HABERMAS, *“a liberdade de religião constitui uma prova para a neutralidade do Estado. Frequentemente ela é ameaçada pelo predomínio de uma cultura da maioria que abusa de seu poder de definição, adquirido na história, para determinar, de acordo com suas próprias medidas, o que pode valer, na sociedade pluralista, como política obrigatória em geral”*.⁴³

O Estado, seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário quando obriga um cidadão a realizar transfusão de sangue contra sua vontade, está tolhendo a dignidade, liberdade religiosa e a intimidade do mesmo, caracterizando o fenômeno denominado por HABERMAS como *colonização do mundo da vida*.

A *colonização do mundo da vida* ocorre sempre que o Estado Social e Democrático de Direito, quando realiza sua ação interventiva, ao invés de apenas garantir a liberdade, conduz na realidade à privação da liberdade. MARCELO NEVES explica a questão da seguinte maneira:

“O direito teria duas dimensões, apresentando-se ao mesmo tempo, como instituição reguladora da esfera do agir comunicativo e como instrumentos dos meios “poder” e “dinheiro”. As fases juridificantes referentes ao desenvolvimento no sentido da construção do Estado Democrático de Direito corresponderiam sobretudo ao direito como instituição. O debate sobre juridificação como forma de colonização do mundo da vida referia-se especialmente ao Estado Social. Este, apesar de desempenhar um papel garantidor da liberdade, serviria também à privação de liberdade quando invadissem destrutivamente o mundo da vida. Só nesse caso a juridificação põe-se como um problema na teoria do agir comunicativo: o direito-meio, expressão sistêmica do agir racional-com-respeito-a-fins (instrumental e estratégico), a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento e, dessa forma, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva”.⁴⁴

A colonização do mundo da vida opera-se quando o Estado invade a esfera de liberdade individual do cidadão, destruindo-a.

O Estado está impedido de substituir destrutivamente a esfera de atuação do cidadão. Ou seja, não pode o Estado obrigar o cidadão a se submeter a tratamento médico atentatório à sua dignidade e à sua convicção religiosa.

De outro giro, a recusa em realizar transfusão de sangue está amparada na Constituição Federal não apenas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e na liberdade religiosa,

⁴³ Jürgen HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião. Estudos Filosóficos*, cit., 295.

⁴⁴ Marcelo NEVES. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, cit., p. 230. V. Jürgen HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 109 et seq.

mas também no direito à privacidade ou intimidade (CF, 5.º, X), sendo vedada uma ingerência coercitiva de qualquer ação estatal sobre esse direito.

Nessa linha, a Suprema Corte do Estado do Mississippi (EUA) já decidiu que praticante da religião Testemunhas de Jeová não está obrigado a realizar transfusão de sangue não apenas em razão da liberdade religiosa, mas também no direito à intimidade. Entendeu a Suprema Corte do referido Estado norte-americano que todo indivíduo desfruta do direito à privacidade. Cada pessoa tem o direito à sua integridade e à inviolabilidade, direito à liberdade de escolha; ou seja, direito à autodeterminação do próprio corpo.⁴⁵

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

A aceitação da desigualdade é elemento essencial para a existência do Estado Democrático de Direito, que *“constitui-se, em si mesmo e, sob certo ponto de vista, principalmente, instrumento de defesa das minorias”*. A *“Democracia não é ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente”*.⁴⁶

Destarte, os praticantes da religião Testemunhas de Jeová precisam ter seu direito constitucional de constituir minoria resguardado, não podendo ser submetidos a qualquer tratamento médico contra sua vontade, sob risco de descaracterizar-se o próprio Estado Democrático de Direito enquanto instrumento de defesa das minorias.

A recusa de transfusão de sangue pelo praticante da religião Testemunhas de Jeová constitui direito constitucional inerente à sua autonomia pessoal; trata-se de direito personalíssimo que permite ao enfermo o sopesamento dos riscos e sofrimentos que lhe trará o tratamento médico. Toda pessoa tem o direito de escolher se aceita ou não determinada intervenção médica; a objeção a determinado tratamento médico constitui expressão do direito de autodeterminação de toda pessoa no que diz respeito à gestão de sua integridade pessoal bem como de sua própria vida.⁴⁷

O médico, no afã de proteger a saúde do enfermo, não pode chegar ao ponto de violar sua vontade; isso porque o melhor interesse do paciente não pode ser buscado tão somente na ciência médica (objetiva), mas deve ser encontrado também na crença e ideologia do mesmo.⁴⁸

⁴⁵ *Supreme Court of Mississippi, 478 So 2d 1033 In Re Brown, (Miss. 1985).*

⁴⁶ STF, Pleno, ADIn 1351-3, rel. Min. Marco Aurélio, voto do relator, j. 7.12.2006.

⁴⁷ Sergio Gallego Riestra. *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, cit., p. 93.

⁴⁸ Sergio Gallego Riestra. *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, cit., p. 52.

As convicções ideológicas da maioria não podem ser, inclusive judicialmente, impostas às minorias em razão dos riscos que essa atitude traz para a democracia. Sobre o tema, DWORKIN é enfático em afirmar que: *“apesar de acreditarmos frequentemente que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, nós é que erramos ao pensar assim. A longo prazo, portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro”*.⁴⁹ (grifado)

Daí a importância que DWORKIN confere à liberdade e ao direito à escolha individual de tratamento. Desrespeitar essa liberdade de escolha atinge a dignidade do cidadão, descaracteriza o Estado Democrático e o funcionamento da própria democracia. As palavras do autor são emblemáticas:

“insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora (...). Para nós, o fato de viver de acordo com nossa liberdade é tão importante quanto o fato de possuí-la. A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal de reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada”.⁵⁰ (grifado)

A submissão obrigatória de um praticante da religião Testemunhas de Jeová a realizar determinado tratamento contra sua vontade, não encontra respaldo constitucional, nem democrático.

Ou seja, a liberdade de um cidadão não pode ser ignorada/vilipendiada sob a frágil alegação de que sua vida será salva; esse fundamento além de não ter consistência jurídica, camufla um preconceito em relação a uma minoria. Exemplos que ilustrem nosso ponto de vista são facilmente demonstráveis, e.g., não se cogita de submeter contra sua vontade um cidadão que se recuse a praticar uma quimioterapia para tratar câncer, ou que obrigue determinada pessoa a compulsoriamente se submeter a um transplante de órgão.

Entretanto, quando se trata de respeitar a recusa de um praticante da religião Testemunhas de Jeová em realizar uma transfusão de sangue, de maneira estarrecedora, a maioria, incluindo parcela do Judiciário, não admite essa recusa como legítima, privando assim os praticantes dessa religião de seu direito fundamental de liberdade.

Não é admissível que por questões ideológicas e até mesmo preconceituosas, o praticante da religião Testemunhas de Jeová tenha seu direito fundamental de liberdade tolhido em ra-

⁴⁹ Ronald DWORKIN. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 317.

⁵⁰ Ronald DWORKIN. *Domínio da vida*, cit., p. 343.

ção da fé que professa, afinal, existe vedação constitucional expressa nesse sentido, na CF, 5.º, VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se da obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei”.

Diante de todo o exposto, para o encerramento da primeira parte do parecer, é mister explicitar que qualquer ato estatal que obrigue um praticante da religião Testemunhas de Jeová a se submeter a tratamento médico que envolva transfusão de sangue será inconstitucional por violação aos seguintes dispositivos da Constituição: 1.º, *caput* e III, 5.º, II, VI, VIII e X.

3. Objeção de consciência e consentimento informado. Autonomia do paciente prevista no art. 15 do CC . Autonomia do paciente no Estatuto do Idoso, e art. 17 da Lei de Transplantes (L 9434/97, art. 10). Interpretação do art. 15 do CC diante dos PL 2945/08 e 3208/08. O paciente como sujeito de direitos independentemente de seu estado clínico. A inconstitucionalidade de se suprimir direitos em razão das convicções religiosas (CF, art. 5.º, VIII). Recusa à transfusão de sangue por motivos religiosos. Presença de “iminente risco de vida”. Não caracterização de tentativa de suicídio. A recusa diz respeito estritamente aos tratamentos que envolvam transfusão de sangue. Ausência de caracterização do delito de omissão de socorro (CP, art. 135) e da excludente do art. 146, § 3.º, I do CP. Atipicidade da conduta dos pais em procurar outro tratamento que não a transfusão. A negativa em realizar a transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová não caracteriza em nenhuma hipótese a convicção de cura pela fé. A transfusão de sangue não é totalmente isenta de riscos: logo sua recusa é mais que legítima. A existência de tratamentos alternativos à transfusão. A recusa das Testemunhas de Jeová tem possibilitado avanços na medicina. O art. 24 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1.931/2009) e leitura constitucionalmente adequada da exceção prevista no art. 22. A locução “sem consentimento” não pode abranger as hipóteses em que a atuação do médico se dá *contra* o consentimento. Inconstitucionalidade da Res. n. 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina. Impossibilidade de se desconsiderar a manifesta vontade do paciente. Violação do art. 1.º, III e 5.º, VI da CF. Violação da Portaria n.º 1.820/09 do Ministério da Saúde.

Já dissemos neste estudo que o paciente tem o direito de escolher o tratamento que receberá. Expressamos que é através do *consentimento informado* que o praticante da religião Testemunhas de Jeová se recusa a realizar qualquer procedimento cirúrgico que envolva transfusão de sangue.

Cabe, portanto, acrescentar que, na linguagem técnica do direito, o consentimento informado é capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento que receberá, decisão esta que só poderá ser tomada após detalhado esclarecimento médico e fornecimento de todas as informações relativas ao mesmo. Nas palavras de ELENA HIGHTON e SAMDRA WIERZBA:

*“O consentimento informado implica numa declaração de vontade efetuada por um paciente, pela qual, após receber uma suficiente informação referente ao processo de intervenção cirúrgica que se propõe como, medicamento aconselhável, este decide prestar sua aceitação e submeter-se a tal procedimento ou intervenção”.*⁵¹

O consentimento informado engloba a obrigação do médico de dar, antes de qualquer intervenção e por uma linguagem compreensível ao paciente, informação adequada sobre sua condição de saúde, bem como dos métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua doença. O médico deve indicar-lhe os resultados esperados, os riscos da intervenção pretendida, o custo desta intervenção e as alternativas que possam existir. O médico deve, também, dar ao paciente oportunidade para refletir e tomar sua decisão sem que sobre esta exerça qualquer tipo de pressão.⁵²

Dizer que o médico necessita fornecer *informação adequada* ao paciente para que esse possa exteriorizar sua vontade consciente é necessariamente analisar que tipo de informação, e em que quantidade, deve o médico prover.

Na Itália, em 1992, o Comitê Nacional de Bioética orientou o país sobre como deve ser a informação para o exercício do consentimento informado:

*“L’informazione non deve essere soltanto una trasmissione di dati e notizie, ma deve indicare al paziente le alternative, terapeutiche e non, che siano possibili. Infatti l’informazione è finalizzata non a colmare l’inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre un soggetto (il paziente) nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale, in altri termini in condizioni di scegliere. Un’informazione corretta è perciò soprattutto chiara nell’indicare i passaggi decisionali fondamentali in una direzione o in un’altra e cioè le alternative che si presentano: spetterà al curante presentare le ragioni per le quali viene consigliato un determinato provvedimento piuttosto che un altro”.*⁵³

⁵¹ Elena I. HIGHTON e Sandra M. WIERZBA. *La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, § 1.º, p. 1

⁵² Emmanuel ROUCOUNAS. Emmanuel ROUCOUNAS. *Le droit au consentement et ses restrictions dans la convention sur les droits de l’homme et la biomedicine*. in *Mélanges en L’Honneur de Nicolas Valticos. Droit et Justice*. Paris: Éditions A. Pedone, 1999, p. 556. Nas palavras do autor: “O consentimento livre e esclarecido, tanto em termo de arte (e ainda mais em conceito jurídico) não está isento de ambiguidades. Engloba com certeza a obrigação do médico de dar ao paciente, antes de toda intervenção e numa linguagem compreensível, uma informação ‘adequada’ sobre a condição de sua saúde, bem como os métodos possíveis e disponíveis de tratamento da doença. Deve informá-lo do resultado esperado, dos riscos da intervenção considerada, do custo da intervenção e das alternativas que podem existir. O médico deve também dar ao paciente a possibilidade de refletir para formar sua opinião, e não deve exercer pressão sobre ele quanto à sua decisão.” (tradução livre)

⁵³ Retirado de Amedeo SANTOSUOSSO. *Il Consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*. Milano: Raffaello Cortina, 1996, p. 29. Tradução livre: “A informação não deve ser somente uma transmissão de dados e notícias, mas deve indicar ao paciente as alternativas, terapêuticas ou não, que sejam possíveis. De fato, a informação tem a finalidade, não apenas de preencher a inevitável diferença de conhecimento técnico entre o médico e o paciente, mas sim de colocar o sujeito (paciente) na condição de exercitar corretamente seus direitos

Porque fundado no princípio da autonomia⁵⁴, requer o consentimento informado clara assunção de responsabilidade por parte dos sujeitos das relações, e é justamente nesta medida que a informação se coloca como pressuposto para a assunção dessa responsabilidade.

O consentimento informado é, portanto, procedimento necessário para o exercício da liberdade, sendo, por conseguinte, expoente fundamental do princípio da autodeterminação frente aos tratamentos médicos possíveis.

Por seu turno, *autonomia pessoal* é a possibilidade e a necessidade de exercer a liberdade com suas correspondentes consequências, sejam elas boas ou más, num universo de possibilidades.⁵⁵ Para a compreensão do instituto, imprescindível as ponderações de ANTONIO ROVIRA:

*“Por tanto la libertad, incluso su renuncia, parte irreversiblemente de la autonomia, de la capacidad y la posibilidad singular de la persona para actuar y elegir en un determinado ámbito, y elegir consiste en conjugar adecuadamente información, conocimiento, imaginación y decisión en el campo de lo posible, de lo probable, ya que en el terreno de lo imposible no hay decisión ni deliberación”.*⁵⁶

Destarte, há que se concluir que o paciente tem o direito de escolher o tratamento ou intervenção cirúrgica a que se submeterá independentemente de seu estado clínico. Se o paciente Testemunha de Jeová estiver em condições que façam com que o médico sugira a transfusão de sangue, ele tem o direito de não aceitar. O exercício desta liberdade de se autodeterminar é fruto da elaboração de um juízo formado a partir dos termos acima elencados pelo autor espanhol: informação, conhecimento, imaginação e decisão, na esfera daquilo que é possível.

Estabelecemos, portanto, que o consentimento informado é expressão da liberdade de autodeterminação, liberdade essa garantida como direito constitucional fundamental, expresso

e, desse modo, formar uma vontade efetiva, de maneira que esteja em condições de escolher. A informação correta é, portanto, sobretudo clara ao indicar os motivos fundamentais que levam à decisão em uma ou em outra direção, ou seja, as alternativas que se apresentam: espera-se o médico apresentar as razões pelas quais aconselha determinado procedimento em detrimento de outros”.

⁵⁴ Sobre o tema, interessante é a seguinte passagem: “*il consenso, per essere valido, dove accompagnarsi a una piena informazione, tale che il paziente sia in grado di decidere con conoscenza di fatti e in assoluta autonomia*” in Pasquale ANTIGNANI, Catia DURANTE, Tommaso FEOLA e Massimo SPALLETTA. *Consenso Informato – Facoltà di curare e pazienti con incerte capacità a consentire*, Torino: Minerva Medica, 2001, p. 7.

⁵⁵ Antonio ROVIRA. *Autonomía personal y tratamiento médico – una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 49. O autor complementa: “*La autonomía es la condición humana, el alma que nos diferencia y nos hace humanos*”.

⁵⁶ Antonio ROVIRA. *Autonomía personal y tratamiento médico*, cit., p. 49. Tradução livre: “*Portanto a liberdade, e até mesmo a renúncia a ela, procede inexoravelmente da autonomia, da capacidade e da habilidade única do indivíduo ser capaz de agir e fazer escolhas em determinados campos. Por sua vez, escolher consiste em combinar devidamente informação, conhecimento, imaginação e decisão no campo do possível, do provável, já que no campo do impossível não existe decisão nem deliberação.*”

na CF 1º, III, 5.º, caput, II e III⁵⁷. O consentimento informado, mais que um direito fundamental autônomo, é instituto cuja finalidade é conferir a estes direitos a força que lhes é própria. É um mecanismo jurídico de segurança que faz com que sejam plenamente efetivos os preceitos do texto constitucional, a fim de concretizar, salvaguardar e defender a integridade do valor normativo, neste caso, dos direitos do paciente:⁵⁸

*“El instituto del consentimiento informado al que nos estamos refiriendo se deduce por tanto del contenido del derecho fundamental a la libertad, integridad e intimidad, e incluso puede generar, derechos subjetivos concretos a su titular, cuya lesión lo será también al propio derecho fundamental al que protegen, porque la finalidad de este tipo de garantías es la de ser un mandato al legislador para que asegure el objeto mismo del derecho fundamental mediante la creación de procedimientos cuya función es hacer posible su realización”.*⁵⁹

Além do que se depreende do texto constitucional, a liberdade para se autodeterminar é uma das maiores expressões do direito privado.⁶⁰ No que respeita a autodeterminação em matéria de tratamentos médicos, a legislação infraconstitucional é composta pelo próprio Código Civil, pelo Estatuto do Idoso (L 10741/03) e pela Lei de Transplantes (L 9434/97). Há ainda dois projetos de lei, que tramitam na Câmara dos Deputados sob números 2945/08 e 3208/08, que pretendem alterar a redação do CC, 15.

Com efeito, o Código Civil, em seu artigo 15, dispõe que *“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”*. Ademais, o Estatuto do Idoso, 17 estabelece que:

“Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

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

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

⁵⁷ **Art. 5.º** 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:

(...)

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

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

⁵⁸ Antonio ROVIRA. *Autonomía personal y tratamiento médico*, cit., p. 109.

⁵⁹ Antonio ROVIRA. *Autonomía personal y tratamiento médico*, cit., p. 112. Tradução livre: “O instituto do consentimento informado de que estamos falando, portanto, se deduz do conteúdo do direito fundamental à liberdade, à integridade e à privacidade, e pode até gerar direitos subjetivos concretos para seu titular, cuja lesão também se causa no mesmo direito fundamental que os protegem, porque a finalidade de tais garantias deve ser uma ordem para o legislador, de garantir o próprio objeto do direito fundamental mediante a criação de procedimentos com a função de permitir sua execução.”

⁶⁰ Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral de direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

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

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

A L 9434/97 10 estabelece, ainda:

“Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.” (grifado)

O PL 2945/08 pretende, por sua vez, a modificação do CC, 15, para que esse passe a vigorar com a seguinte redação: **“Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, ainda que com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.**

Por fim, o PL 3208/08 apenas acrescenta que o consentimento informado só poderá ser exarado, se por pessoa capaz de fazê-lo. Assim, por este último projeto de lei, a redação do CC, 15 seria a seguinte: **“Art. 15. Ninguém, desde que apto a exprimir plenamente sua vontade, pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.**

Pelo exposto, percebe-se que o consentimento informado está claramente disposto em nosso ordenamento jurídico. No Estatuto do Idoso e na Lei de Transplantes, o instituto já está expressamente positivado. O CC, 15, apesar de não mencionar expressamente o direito do paciente de optar pelos tratamentos possíveis, prescreve, de modo inequívoco, a impossibilidade de se constranger o paciente a tratamento ou intervenção cirúrgica que não tenha consentido.

Ademais, importante ressaltar que, mesmo que os projetos de leis que pretendem modificar a redação do artigo 15 do Código Civil não venham a ser aprovados, ainda assim é forçosa a conclusão pela observância do exercício do consentimento informado.

Isto porque, por interpretação do CC, 15 conforme a Constituição Federal, não se pode admitir que o paciente possa ser forçado a realizar tratamento em desconformidade com sua própria vontade. Os projetos de lei que tramitam perante a Câmara dos Deputados têm o condão de aclarar a redação do referido artigo, desnudando preceito que já está incorporado em nosso ordenamento jurídico. E, com efeito, o dever de respeito ao exercício do consentimento informado já está previsto pela redação vigente do artigo, redação essa inspirada no princípio da salvaguarda da liberdade e da dignidade humana, expressos na CF, 5.º, caput e 1.º, III.

Sugerimos, nesta ocasião, o seguinte confronto: se o ordenamento jurídico (1) proibiu que o paciente seja constrangido a submeter-se a tratamento ou intervenção cirúrgica com risco de vida; (2) se permitiu que o idoso opte pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais

favorável; (3) se exigiu que o potencial receptor de um órgão transplantado consinta com o transplante e que este só ocorra quando o paciente tiver sido esclarecido quanto à excepcionalidade e aos riscos do procedimento; por que o paciente Testemunha de Jeová não poderia recusar submeter-se à transfusão de sangue?

A única resposta que se cogita para essa pergunta seria a intolerância ao motivo religioso pelo qual a Testemunha da Jeová se recusa a receber transfusão de sangue. E se esta for a razão, estamos, então, diante de clara discriminação religiosa. Não se pode suprimir o direito de liberdade de escolha de tratamento por motivo religioso. Esta prática é inconstitucional por ser violadora da CF, 5.º, VIII.

O praticante da religião Testemunhas de Jeová tem o direito de recusa à transfusão de sangue, mesmo que o médico que realiza o atendimento esteja entendendo como situação de iminente risco de vida. Aqui, importante é ressaltar que o paciente Testemunha de Jeová não recusa todo e qualquer tratamento, ele apenas não aceita receber transfusão de sangue, dispondo-se a se submeter a tratamentos médicos alternativos. Sobre essas opções terapêuticas médicas discutiremos mais adiante.

Por esse motivo, não há que se falar que o paciente praticante da religião Testemunhas de Jeová, quando recusa a transfusão de sangue, independente de seu estado clínico, estaria tentando o suicídio. A afirmação não tem razão de ser. As Testemunhas de Jeová pretendem a cura pelo tratamento médico. Apenas não admitem chegar a ela pelo caminho da transfusão de sangue.

Nessa seara, importa a examinar questões penais atinentes ao parecer *sub examine*. Assim, a sujeição do médico à vontade do paciente não pode caracterizar omissão de socorro, tipificada no CP, 135. Se é certo que o paciente tem o direito de escolher não se submeter a determinado tratamento, o médico tem o dever de respeitar a decisão do paciente. É a redação do artigo:

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

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

Como se observa da leitura do tipo penal, o elemento subjetivo do tipo está “na intenção de omitir-se com a consciência do perigo com isso mantido”.⁶¹ Desse modo, o médico que recomenda a transfusão de sangue, ao contrário do que exige o tipo, tem a intenção de tratar o pa-

⁶¹ José FREDERICO MARQUES. *Tratado de Direito Penal*, v. IV, Campinas: Millennium, 1999, § 188, p. 360.

ciente. Se este a recusa, não há que se falar em omissão de socorro por parte do médico, sendo atípica a conduta, porque falta a ela o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo de submeter o sujeito passivo a situação de perigo iminente ou eventual. São as palavras de DELMANTO: “na hipótese da vítima recusar o socorro oferecido, o delito não se configurará”.⁶²

Também não se pode falar em omissão de socorro, na hipótese de pais que recusam a transfusão de sangue para filho menor de idade. Neste caso, falta à conduta o próprio tipo objetivo, caracterizado pela ausência de prestação de socorro à criança **abandonada** ou **extraviada**. Na hipótese sugerida, a criança se encontra sob o poder familiar dos pais, de modo que não se trata de abandono ou extravio do menor, mas apenas de direito de escolher um tratamento específico. É, portanto, outra hipótese de atipicidade da conduta.

Sobre a excludente de ilicitude prevista no CP, 146, § 3.º, I⁶³, importa ressaltar que inexistente o constrangimento ilegal quando o médico, por motivo de iminente perigo de vida, realiza intervenção cirúrgica **sem** o consentimento do paciente. Isto não quer significar, todavia, que o médico possa realizar a intervenção **contra** o consentimento do paciente. É dizer, se o praticante da religião Testemunhas de Jeová tiver emitido declaração de vontade válida e prévia à situação de iminente perigo, expressando sua recusa em receber transfusão de sangue, não poderá o médico, sob a alegação de que o paciente corria risco de vida, constrangê-lo a receber a transfusão contra a sua vontade.

Sobre o tema, merece destaque a passagem do livro de ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, citando PAULO SANCHO, em artigo tirado da *Revista da Ordem dos Médicos* de Junho de 1997:⁶⁴

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

⁶² Celso DELMANTO, Roberto DELMANTO, Roberto DELMANTO Jr., Fabio Machado de Almeida DELMANTO. *Código Penal Comentado*. 7.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, coment. art. 135, p. 135.

⁶³ **“Constrangimento ilegal**

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

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

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”

⁶⁴ André Gonçalo Dias PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente – estudos de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 505.

Citamos ainda o entendimento do médico TELMO REIS FERREIRA exarado na Sessão Ordinária do Conselho Federal de Medicina, ocorrida no dia 29 de agosto de 1980:⁶⁵

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

Ou seja, a excludente de ilicitude prevista no CP, 146, 3.º, I, por uma leitura constitucional não poderá nunca englobar a intervenção médica em desconformidade com a vontade do paciente. Ao contrário, é mister frisar que o médico, caso desrespeite a vontade do paciente e o submeter compulsoriamente à transfusão de sangue, **estará praticando o crime de constrangimento ilegal** (CP, 146) **ou, dependendo do dano causado ao paciente, de lesão corporal** (CP, 129).

Tal como exaustivamente expusemos no item anterior deste parecer, o paciente Testemunha de Jeová tem o direito subjetivo constitucional de recusar qualquer tratamento atentatório à sua convicção religiosa.

Os praticantes da religião Testemunhas de Jeová não acreditam na cura pela fé, assim, quando precisam, procuram a assistência da medicina científica e moderna, exceto para transfusão de sangue. Para eles, o seu próprio sangue ou de outra pessoa, que é estocado por um determinado período com o objetivo de ser utilizado numa transfusão de sangue em posterior procedimento médico, é inaceitável, não podendo ser reintroduzido.

Para os fiéis da religião Testemunhas de Jeová, a proibição contra as transfusões de sangue refere-se ao sangue íntegro, composto conjuntamente pelas hemácias, leucócitos, plasma e plaquetas, incluindo nesse campo as transfusões de sangue previamente estocado. No entanto, entendem que a Bíblia não proíbe de forma absoluta o uso de pequenas frações sanguíneas tais como as imunoglobulinas, a albumina, o fibrinogênio, e os fatores de coagulação para hemofilia.⁶⁶

Logo, aceitar pequenas frações do sangue é uma escolha individual que cada Testemunha de Jeová faz baseada na sua consciência.

Deve-se salientar, nesse propósito, que o tratamento médico sem a transfusão de sangue tem sido difundido no mundo e encontra-se em pleno e franco desenvolvimento. Há muitos relatos de pacientes tratados sem transfusão para uma variedade de problemas médicos e cirúrgicos, mostrando que evitar o uso do sangue alogênico é seguro e eficaz.⁶⁷

⁶⁵ Notas taquigráficas da Sessão Ordinária do Conselho Federal de Medicina de 29 de agosto de 1980, material fornecido pela Consultente.

⁶⁶ Martin L. SMITH. *Ethical perspectives on Jehovah's Witnesses' refusal of blood*, in *Cleveland Clinic Journal of Medicine*, n.º 9, v. 64, Cleveland, October, 1997, p. 475.

⁶⁷ Lawrence T. GOODNOUGH, Aryeh SHANDER e Richard SPENCE. *Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion*, in: *Transfusion*, n.º 19, v. 43, USA: Blackwell Publishing, May, 2004, p. 668.

Os princípios gerais do tratamento médico sem uso de transfusão de sangue podem ser assim elencados:

1. *Formular um plano de tratamento para evitar e controlar perdas sanguíneas, feitas sob medida para o tratamento clínico individualizado de pacientes, incluindo procedimentos antecipados.*
2. *Empregar um enfoque de tratamento multidisciplinar para conservação do sangue usando uma combinação de intervenções.*
3. *O chefe clínico precisará adotar uma conduta pró-ativa: antecipando e estando preparado para enfrentar possíveis complicações.*
4. *Investigar e tratar prontamente a anemia, preferivelmente no pré-operatório.*
5. *No caso de pacientes com sangramento ativo, que recusam transfusões de sangue alogênico, não se deve protelar uma intervenção decisiva, incluindo a cirurgia. Em geral, no caso de paciente com sangramento evite a ideia de observar e esperar.*
6. *Exercendo um bom senso clínico, estar preparado para mudar a prática rotineira quando apropriado.*
7. *Se houver uma deterioração fisiológica ou se surgirem complicações, consultar prontamente um especialista com experiência em conservação do sangue, de preferência, logo no estágio inicial.*
8. *Se necessário, transferir para um centro maior um paciente estável, antes que o estado dele piore.*
9. *Restringir a coleta de sangue para exames laboratoriais.*
10. *Diminuir ou evitar o uso Perioperatório de agentes anticoagulantes e antiplaquetários.*
11. *Nas emergências, estabelecer previamente um plano de conduta para a localização rápida e suspensão da hemorragia, bem como para a transferência para um centro adequado.*⁶⁸

Indiscutivelmente, os tratamentos sem transfusão de sangue se consolidaram e caminham cada vez mais para desenvolver novos pontos. Dentre esses pontos, podemos destacar:

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

É necessário reavaliarmos como opções razoáveis de conservação sanguínea: a segurança e a eficácia de rebaixar os níveis aos quais se realizam as transfusões e a aceitação da anemia.

⁶⁸ Lawrence T. GOODNOUGH, Aryeh SHANDER e Richard SPENCE. *Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion*, cit., p. 669.

Os substitutos dos GV's e das plaquetas, atualmente em vários estágios de testes clínicos, representam novas opções terapêuticas.

Um uso mais amplo dos agentes hematopoéticos, incluindo novos produtos, atualmente sob testes clínicos (por exemplo, novas formas de r-Hu-EPO, trombopoietina recombinante), reduzirão a dependência ao sangue alogênico.⁶⁹

Não se pretende fazer um estudo detalhado dos tratamentos médicos que dispensam a utilização de transfusão sanguínea. A exposição limita-se a elencar quais são seus princípios norteadores e os principais pontos que estão sendo desenvolvidos. A referência a tais tratamentos, contudo, serve para salientar que diversos procedimentos cirúrgicos de alta complexidade têm sido feitos sem a utilização de transfusão de sangue, tais como transplante de medula e de fígado.⁷⁰

Destarte, reforça-se que os fiéis da religião Testemunhas de Jeová em nenhum momento almejam a cura pela fé; eles aceitam a intervenção médica e científica, e buscam por ela, objetando, apenas, que não envolva em seu procedimento transfusão sanguínea.

Nesse diapasão, é mister ressaltar que a transfusão de sangue consiste em procedimento médico que contém riscos para o paciente; logo, sua recusa é mais do que legítima. Esse argumento apenas corrobora a ilegalidade/inconstitucionalidade de qualquer medida estatal que tenha a pretensão de obrigá-lo a se submeter a procedimentos com transfusão de sangue, haja vista que em nenhum instante pode o Estado garantir que o referido tratamento não trará nenhum risco ao paciente.

Em não sendo o tratamento isento de riscos, a redução de procedimentos médicos que envolvam transfusão de sangue pode melhorar a segurança para o paciente bem como produzir uma grande economia de gastos.⁷¹

Assim, tendo sido demonstrada a legitimidade/legalidade da recusa de qualquer cidadão em se submeter a tratamento médico que envolva transfusão de sangue, passaremos a examinar algumas normas específicas sobre o tema, com o intuito de evidenciar as inconstitucionalidades/ilegalidades nelas contidas. Dessa maneira, passaremos a examinar os artigos 22 e 24 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 1.931/2009), bem como a Resolução 1021/80 do Conselho Federal de Medicina à luz da Constituição Federal, da Lei 8080/90 e, por fim, da recente Portaria n.º 1820/09 do Ministério da Saúde.

⁶⁹ Lawrence T. GOODNOUGH, Aryeh SHANDER e Richard SPENCE. *Bloodless medicine: clinical care without allogeneic blood transfusion*, cit., p. 674.

⁷⁰ Cf. KK BALLEEN, Pa FORD, H. WAITKUS, RVB EMMONS, W. LEVY, P. DOYLE, FM STEWART, PJ QUESENBERRY and PS BECKER. *Successful autologous bone marrow transplant without the use of blood product support*, Worcester: Nature Publishing Group, 2000 *passim*. Cf. Hector C. RAMOS, Satoru TODO, Yoogoo KANG, Evangelos FELEKOURAS, Howard DOYLE and Thomas STARZL. *Liver Transplantation without the use of blood products*, in: *Archives of Surgery*, n.º 11, v. 129, Chicago: American Medical Association JAMA & Archives Journals, may, 1994, *passim*.

⁷¹ L. M. SARTESCHI, A. PIETRABISSA, U BOGGI, G. BIANCOFIORE, A. SAGRIPANTI, and F. MOSCA. *Minimal blood utilization in surgery*, in *Internal Medicine – Clinical and Laboratory*, n.º 8, Pisa: Pacini Editore, 2001, p. 23.

O artigo 24 do Código de Ética Médica veda expressamente 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*”. Entretanto, o próprio artigo 22 do Código de Ética Médica estabelece limitação para a vedação contida no art. 24 quando houver iminente perigo de vida. Assim, de acordo com o art. 22 é vedado ao médico: “*deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte*”.

O Código de Ética Médica tal como todos os diplomas normativos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal. Tal como expusemos, o consentimento informado é direito fundamental do cidadão embasado em sua dignidade, no seu direito de liberdade e mais precisamente a liberdade religiosa, no caso *sub examine*.

Nesse sentido, o médico está autorizado a proceder com tratamento que julgar mais adequado para tratar o enfermo, quando este não se opuser ou nada objetar ao que lhe for oferecido. Entretanto, se houver manifestação de vontade *contrária* do paciente, essa recusa não pode ser ignorada pelo médico, sob pena de ser violado o direito fundamental de liberdade do cidadão [além de incorrer no tipo penal do CP, 146].

Desse modo, o art. 22 do Código de Ética Médica deve ser interpretado conforme a CF, 5.º, *caput* e VI. Por consequência, diante da concordância do paciente ou se não houver objeção, poderá o médico escolher o tratamento que julgar mais adequado ao paciente. Entretanto, **se houver objeção do paciente, mesmo que fundada em premissas religiosas, o médico deverá respeitar a vontade dele, sob pena de configuração de ilícito penal e infringir o consentimento informado - direito constitucional do cidadão.**

Para os mencionados artigos do Código de Ética Médica, basta aplicar-se a técnica da interpretação conforme à Constituição, impedindo assim qualquer interpretação inconstitucional dos mesmos. Até porque a redação do art. 22 do Código de Ética Médica contém a expressão “*deixar de obter*” consentimento — o que por óbvio impede que se admita o procedimento médico *contra* o consentimento do paciente. Ou seja, o próprio texto do referido artigo impede sua aplicação de maneira contrária à vontade do paciente.

Mais problemática apresenta-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1021/80. A referida Resolução conclui do seguinte modo:

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

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

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

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, 1.º, III) e à sua liberdade (CF, 5.º, *caput*), e nos caso dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová, também à sua liberdade de crença (CF, 5.º, VI).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1021/80 também contraria o que está disposto na L 8080/90, 7.º, III e V. *In verbis*:

“Art. 7.º – As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

(...)

V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde”.

Recentemente, o Ministério da Saúde, no uso das suas atribuições constitucionais previstas na CF, 87, par. ún., II, editou a **Portaria n.º 1820**, de 13 de agosto de 2009, que expediu as instruções necessárias para o exercício do direito constitucional (consentimento informado) na relação médico e paciente. A referida Portaria foi enfática em garantir e estabelecer os parâmetros de exercício do consentimento informado, merecendo destaque os seguintes dispositivos legais:

“art. 2.º – Toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde.

(...)

II – Informações sobre seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa, compreensível quanto a:

a) possíveis diagnósticos;

b) diagnósticos confirmados;

c) tipos, justificativas e riscos dos exames solicitados;

d) resultados dos exames realizados;

e) objetivos, riscos e benefícios de procedimentos diagnósticos, cirúrgicos, preventivos ou de tratamento;

(...)

Art. 5.º – Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

(...)

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais”.

A Portaria 1820/09 regulamenta, pormenorizadamente, o direito ao consentimento informado, de modo que sua publicação, em razão do conteúdo dos artigos 2.º, II e 5.º, V, implica a revogação da Resolução do CFM n.º 1021/80.

Neste cenário, já não bastasse a Resolução do CFM n.º 1021/80 não poder surtir efeitos jurídicos em razão de sua insuperável inconstitucionalidade, e por contrariedade à L 8080/90, 7.º, III, atualmente, ela se encontra expurgada do nosso plano normativo por revogação operada pela superveniente Portaria Ministerial 1820/09 (arts. 2.º, II e 5.º, V).

Destarte, a Resolução do CFM n.º 1021/80 não pode repercutir nenhum efeito jurídico, porquanto se trata de Resolução inconstitucional e ilegal, até porque o exercício da medicina não pode ser praticado de maneira que possibilite a violação dos direitos constitucionais dos cidadãos nem contra regulamentação do Ministério da Saúde.

Diante do que estabeleceu a Portaria 1820/09, a Resolução do CFM n.º 1021/80 está plenamente revogada. Ademais, nem mesmo se poderia cogitar de poder a mencionada resolução do CFM criar restrição a direito constitucional. Nesse sentido, manifesta-se CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*“Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta”.*⁷² (grifado)

Assim, a citada Resolução do CFM encontra-se revogada, o que na prática impede que o Conselho aplique qualquer tipo de punição ao médico que se abstenha de praticar determinado procedimento em razão da manifestação de vontade do paciente. Por conseguinte, qualquer punição ou instauração de inquérito pelo Conselho contra ato do médico que se absteve de praticar algum procedimento clínico para atender o consentimento informado de seu paciente será flagrantemente ilegal.

⁷² Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 23.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 356.

4. Julgamentos que privilegiam o consentimento informado. A liberdade do paciente de recusar tratamento atentatório à sua dignidade. Julgamentos nacionais. Julgamentos internacionais. Tendência supranacional em privilegiar a manifestação de vontade do paciente. Declaração universal sobre bioética e direitos humanos (art. 6.º).

A matéria sobre a qual versa o presente estudo é frequentemente tratada em nossos tribunais, podendo-se afirmar que há forte tendência jurisprudencial com o fim de tutelar a dignidade e liberdade dos pacientes adeptos da religião Testemunhas de Jeová. A jurisprudência privilegia o consentimento informado, que é tese que vem sendo aplicada amiúde, tanto no Brasil como no exterior, conferindo o tratamento jurídico adequado a tais pacientes.

Sobre o direito do paciente Testemunha de Jeová em não se submeter ao tratamento com transfusão de sangue, podemos mencionar alguns julgados, proferidos sob diversos enfoques, que analisaram com clareza esta questão, garantindo a liberdade de tais.

O TJMG negou provimento à pretensão do MP, que buscava autorização judicial para transfundir sangue a paciente Testemunha de Jeová, entendendo que *“a recusa do paciente em se submeter à transfusão de sangue é providência legítima, desde que não seja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida”*.⁷³ (destacamos)

Ressaltou, ainda, o Desembargador relator do acórdão *supra* citado que *“não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador”*.

Em relação à possibilidade de ponderação entre os direitos da personalidade *versus* a liberdade de crença dos pacientes Testemunhas de Jeová, a decisão monocrática proferida por juiz de primeiro grau no estado do Rio de Janeiro é emblemática:

“Trata-se de exercício do direito de personalidade consistente na liberdade de crença. Tanto a vida como a liberdade são aspectos da personalidade. Não há no caso limitação voluntária de direito de personalidade, basta ver a questão pela ótica de que a pretensão do paciente é de plenitude de seu direito de liberdade”.⁷⁴

Sobre este ponto, e questionando em que consiste o direito à vida, aquele mesmo magistrado mencionou o voto de lavra do ministro CARLOS BRITTO, proferido em ADIn, cujo objeto versava sobre células tronco, em que afirmou que a pessoa humana deve ser vista ao mesmo tempo no sentido notarial, biográfico, moral e espiritual, destacando até mesmo que, embora o Estado seja laico, há referência expressa à figura de Deus no preâmbulo da Constituição.⁷⁵

⁷³ TJMG, 1.ª Câm. Cív., Ag 1.0701.07.191519-6/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 14.8.2007.

⁷⁴ 2.ª Vara Cível do Foro Regional de Campo Grande, RJ, pedido de expedição de alvará judicial, juiz André Luiz Nicolitt, j. 13.7.2009.

⁷⁵ STF, Pleno, ADIn 3510, rel. Min. Carlos Britto, voto do relator, j. 17.4.2008.

E finaliza aquele nobre magistrado, afirmando que “*obrigar o tratamento em tal caso, contra a sua expressa manifestação de vontade livre e consciente, seria condená-lo a uma sobrevida que, além de não saudável, seria sem esperança na sua vida espiritual*”.

A ausência de conflito real entre o direito à vida e à autodeterminação a tratamento médico foi também tratada no voto proferido no TJRJ, que afirmou que “*viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra a sua vontade*”.⁷⁶

Em situação semelhante, um magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido de alvará judicial formulado pelo MPMG, afirmando que “*a recusa de submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que haja manifestação consciente ou manifestação formal, como é o caso dos autos*”.⁷⁷ (destacamos)

Sobre este mesmo ponto, a Corte Suprema de Justicia de La Nación, na Argentina, entendeu que “*la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma o orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona*”.⁷⁸

Em caso julgado pela Suprema Corte do Estado do Mississippi, EUA, ficou evidenciado que o paciente Testemunha de Jeová que se recusa à transfusão de sangue “*deseja viver, ela deseja os benefícios de tudo o que a ciência médica pode fazer por ela, com somente uma única exceção, que ela rejeita qualquer tratamento proscrito pelos princípios de sua fé religiosa*”.⁷⁹

Portanto, não é correto dizer que a recusa ao tratamento transfusional violaria o direito à vida; é apenas, antes, uma ressalva fundada na garantia fundamental de liberdade de crença.

Emblemática a decisão proferida pelo Tribunal Superior de Menores, no Panamá, que reconheceu o direito de um menor amadurecido, adepto da religião Testemunhas de Jeová, de escolher o tratamento que deseja receber, para preservar sua liberdade de crença.⁸⁰

Com relação a pacientes menores, adeptos da religião Testemunhas de Jeová, que manifestam a recusa ao tratamento com transfusão de sangue, sobressai a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que reconheceu também aos menores a titularidade do direito constitucional à liberdade religiosa.⁸¹

⁷⁶ TJRJ, 18.^a Câ. Cív., Ag 13229/2004, voto de lavra do Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 5.10.2004.

⁷⁷ 4.^a Vara Cível da Comarca de Uberlândia, MG, pedido de expedição de alvará judicial, juiz Walner Barbosa Milward de Azevedo, j. 6.2.2009.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Ap B 605 XXII, rel. Ricardo Levene, j. 6.4.1993. Tradução livre: “*a liberdade religiosa inclui a possibilidade de exercer a chamada objeção de consciência, entendida como o direito a não cumprir determinada regra ou ordem de uma autoridade que viole as convicções íntimas da pessoa.*”

⁷⁹ Suprema Corte do Mississippi, Caso Mattie Brown, Ap 1954, j. 30.10.1985.

⁸⁰ Tribunal Superior de Menores, Panamá, rel. Mag. Esmeralda Arosemena de Troitiño, j. 14.7.1998.

⁸¹ Tribunal Constitucional Espanhol, Pleno, Ap 3468/97, j. 7.8.2002.

No tocante à necessidade de o Estado prover a assistência necessária ao paciente, sem lhe ofender a crença religiosa, veja-se o julgado proferido pelo TJMT:

*“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 (...). O que se põe em relevo é o direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa”.*⁸² (destacamos)

Também nesse sentido, posicionou-se magistrado de primeiro grau, afirmando que *“não cabe ao Estado, nem tampouco ao hospital sobrepor-se à vontade da requerida a quem cabe-rá pelos meios a ela disponíveis buscar outros recursos da medicina e da ciência para a preservação de seu direito à vida de forma que tampouco suas convicções filosóficas e religiosas sejam desrespeitadas”.*⁸³ (destacamos)

Acerca da interferência estatal na esfera individual dos pacientes no que tange ao tratamento de saúde, veja-se a decisão proferida pela Suprema Corte do Estado de Illinois, EUA, *In verbis*:

*“Muito embora se possa considerar pouco sábias, insensatas ou até ridículas as crenças dos apelantes, na ausência de um sobrepujante perigo à sociedade, não podemos permitir interferências nelas na forma de uma curatela estabelecida durante as últimas horas de sua vida, objetivando compeli-la a aceitar tratamento médico proibido por seus princípios religiosos e já recusado com pleno conhecimento das possíveis conseqüências. Em última análise, o que se deu aqui foi uma tentativa judicial de decidir que caminho é melhor para um indivíduo específico, não se importando com o ponto do vista dele baseado em convicções religiosas contrárias. Tais atos não podem ser tolerados do ponto de vista constitucional”.*⁸⁴ (grifado)

Em relação à inadequação de ajuizamento de ação civil pública pelo MP para a obtenção de autorização judicial para a instituição hospitalar promover a transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, em clara evidência de que a tutela judicial nestes casos é maléfica, já foi decidido que:

“É certo que a instituição precisa desenvolver postura comedida para eleger a situação limite em que a vida humana encontra-se sob risco de violação definitiva, a fim de não

⁸² TJMT, 5.^a Câm. Civ., Ag 22395/2006, rel. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. 31.5.2006.

⁸³ 1.^a Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, SP, pedido de expedição de alvará judicial, juiz Paulo Cesar Gentile, j. 7.12.2008.

⁸⁴ Suprema Corte de Illinois, Margaret I. Aste x Bernice Brooks, Ap 38914, j. 18.3.1965.

vulgarizar a tutela do interesse individual indisponível e transformar o Ministério Público em senhor do que é certo e errado no âmbito da autodeterminação de cada pessoa".⁸⁵

Discute-se, ainda, a possibilidade de lavratura de documento para declarar formalmente a recusa ao tratamento de transfusão de sangue pelos pacientes adeptos da religião Testemunhas de Jeová.

A Corte de Apelação de Ontário, no Canadá, proferiu decisão interessante, deixando consignado a inquestionável validade de documento que estabeleceu antecipadamente a vontade do paciente em não se submeter à transfusão de sangue.⁸⁶

Mais recentemente, a Corte de Apelação de Pensilvânia, EUA, também confirmou que o médico deve respeitar a recusa de transfusão de sangue de paciente Testemunha de Jeová, conforme expresso no documento intitulado "Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde".⁸⁷

No mesmo sentido, julgou a Câmara de Apelações de Minería, Argentina, entendendo que violaria direitos constitucionais o não acolhimento da vontade declarada pelo paciente, *In verbis*:

*"Ante la situación fatica denunciada y resultando la negativa una decisión personal y conciente del paciente, la misma no puede ser contrariada por determinación judicial alguna, so pena de vulnerar los derechos constitucionales fundamentales del derecho de disponer de su próprio cuerpo y la libertad de creencia"*⁸⁸.

Sobre a tomada de decisão em conjunto com o paciente acerca do tipo de tratamento a ser realizado, além de ser manifesta demonstração de respeito à crença e aos seus valores, não fere a ética médica, conforme já se manifestou o TJRS:⁸⁹

"A doutrina do consentimento esclarecido é, na verdade, uma doutrina jurídica que apóia muitos dos nossos ideais sobre direitos individuais. (...) Na tomada de decisão em conjunto quanto a que tipo de tratamento um paciente receberá, ou se é que receberá algum tratamento, o papel do médico será o de explicar as várias opções de diagnóstico ou tratamento que existem para aquele caso e os riscos e benefícios de cada uma delas. (...) Portanto, quando o processo de decisão é assim partilhado, o profissional de saúde age eticamente e demonstra respeito às crenças religiosas e demais valores de seu paciente". (destacamos)

⁸⁵ TJMG, 1.^a Câm. Cív., Ag 1.0701.07.191519-6/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 14.8.2007.

⁸⁶ Corte de Apelação de Ontário, Canadá, Malette x Shulman et al, j. 30.3.1990.

⁸⁷ Corte de Apelação da Pensilvânia, EUA, In re Duran, 769 A.2d 497 (Pa. Super 2001).

⁸⁸ Corte de Apelação de Minería, Argentina, Ap 13180/05, j. 22.9.2005. Tradução livre: "Diante da situação fática exposta e resultando a recusa de uma decisão pessoal e conciente do paciente, a mesma não pode ser contrariada por nenhuma determinação judicial, sob pena de violar os direitos constitucionais fundamentais de dispor de seu próprio corpo e liberdade de crença."

⁸⁹ TJRS, 5.^a Câm. Cív., Ap 70020868162, rel. Des. Umberto Sudbrack, j. 22.8.2007.

O que se verifica, portanto, a partir dos julgados ora colacionados, é que a jurisprudência tem se pautado e aplicado a teoria do consentimento informado, reconhecendo o direito à recusa de transfusão de sangue, tratamento não desejado pelos pacientes Testemunhas de Jeová, como manifestação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de crença.

Isso para preservar as convicções religiosas desses pacientes, evitando que sejam esgarçadas pela obrigatoriedade de submissão a tratamento considerado ultrajante para a consciência do enfermo, garantindo o direito à saúde e, ao mesmo tempo, o direito à liberdade de crença deste.

5. Consentimento informado. Formas de manifestação da vontade. Requisitos do consentimento informado. Validade de documentos de antecipação de vontade. Desnecessidade de nova manifestação de vontade na ocasião da intervenção cirúrgica. Nomeação de procuradores para agirem em seu nome caso venha a se encontrar em estado de inconsciência. Existência de documento com expressa manifestação do consentimento informado. Impossibilidade da administração hospitalar recusar-se a encaminhar o paciente ao atendimento médico tão somente porque não assinou o termo de internação hospitalar ou o alterou parcialmente. Proibição do hospital recusar o tratamento a um paciente porque se declarou praticante da religião Testemunhas de Jeová. Caracterização de discriminação. Questão do menor amadurecido. Possibilidade de ser ouvido e sua posição ser levada em consideração. Convenção Europeia art. 6.º. A importância da opinião do menor.

O consentimento informado se consubstancia em *ato jurídico stricto sensu*.⁹⁰ Trata-se de verdadeiro exercício de direito da personalidade, manifestando seu desejo de autodeterminar-se, traduzindo-se, assim, em manifestação de vontade [*Willenserklärung*], e produzindo os efeitos jurídicos decorrentes da lei [efeitos *ex lege*].

Não se traduz, porém, em *negócio jurídico*⁹¹ porquanto nele [consentimento informado] não há a alteridade *concreta* presente e caracterizadora dos negócios jurídicos [unilaterais ou

⁹⁰ André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente – estudo de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 2.3, p. 126; João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 5.2, p. 423.

⁹¹ Embora a relação médico-paciente envolva *duplo* consentimento; um de ordem negocial [conclusão do contrato médico]; e outro consentimento relativo à aceitação ou à recusa a um determinado tratamento [consentimento informado ou dissentimento]. Nesse sentido, cfr. André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., 3, p. 138: “*Efectivamente, o consentimento prestado pelo paciente no domínio médico é duplo. Num primeiro momento, há o consentimento-aceitação que permite a conclusão de um contrato médico, pois todo o contrato supõe um consentimento válido das partes. Em segundo lugar, há o consentimento para o tratamento praticado, que representa o corolário do direito do paciente a fazer respeitar a sua integridade física e a dispor de seu corpo*”.

bilaterais]; há, no consentimento informado, tão somente uma alteridade *abstrata* [erga omnes], dirigida contra todos da sociedade e não apenas com relação a outro ente específico [como sói acontecer em negócios jurídicos unilaterais; renúncia ou denúncia, v.g.].⁹²

E, em se tratando de *ato jurídico stricto sensu*, vige, para ele, a regra da liberdade de forma; é dizer, em não havendo forma prescrita em lei para a prática de um determinado ato, essa prática pode dar-se de forma livre, não se confundindo a exigência de *prova* do ato [ato probatório (*Bewiesform*)] com a *solenidade* do ato [ato *solene* (*Solemnitätsakt*)].⁹³

O ato jurídico é o modo (forma) por que a vontade se revela, sendo certo que o ato *solene* [*Solemnitätsakt*] exige, para que seja *válido*, a observância da forma prescrita em lei [CC, 104, III e 108].⁹⁴⁻⁹⁵

Contudo, em não havendo *prescrição legal* acerca da forma pela qual um determinado ato jurídico deva ser praticado, este gozará de liberdade de forma, a teor do que preceitua o CC, 107: “*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”. Ou seja, a regra é a liberdade de forma, somente não podendo ser livremente praticado quando a lei expressamente consignar-lhe forma ou quando, em negócio jurídico, as partes estipularem forma essencial [CC, 109].

Nesse contexto, para o consentimento informado, a lei não prescreve forma específica, de tal sorte que vigora a regra do CC, 107 da liberdade das formas.⁹⁶ É evidente que o médico pode acautelar-se quanto à *prova* do ato em si [*Bewiesform*], solicitando a assinatura de termo ou declaração, ou atestando o ato na presença de testemunhas (formalidade *ad probationem*) [nesse sentido, Portaria 1820/2009 do Ministério da Saúde - Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários em Saúde [CDDUS], 4.º, IX: “*a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo—benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha*”].

⁹² Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código civil comentado*, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, coment. preliminar. 6/7 CC 104, p. 300, e coment. 2/3 CC 185, p. 358.

⁹³ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁶, coment. 60 CC 104, p. 310, e coment. 2 CC 108, p. 312; André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., II, 2, p. 185.

⁹⁴ Cfr. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁶, coment. 60 CC 104, p. 310, e coment. 2 CC 108, p. 312.

⁹⁵ Podendo haver situações em que a forma se traduz em elemento de *existência* [e não validade], do ato jurídico *lato sensu* [negócio jurídico], como o determina o CC 109. V. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁶, coment. 2 CC 109, p. 312. Sobre *inexistência* do ato jurídico, v. também Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁶, coment. 3 CC 107, p. 312.

⁹⁶ O próprio contrato médico tem como regra a oralidade; André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, 2.1, p. 481. No mesmo sentido, pugnando pela liberdade de forma para prestar-se o consentimento informado, Guilherme de OLIVEIRA. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, in Guilherme de Oliveira. *Temas de direito da medicina*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 66.

Desse modo, em sendo *livre* a forma pela qual se pode manifestar o consentimento informado, no caso *sub examine*, a recusa das Testemunhas de Jeová em submeter-se à transfusão de sangue pode ser externada tanto de forma verbal quanto por escrito,⁹⁷ sendo a *prova* do ato questão distinta da *validade* do ato em si.

Tratando-se, pois, de *ato jurídico lícito*, para o qual não há forma prescrita em lei, exige-se, pois, tão somente que o agente tenha *capacidade* para consentir.

Entretanto, a *capacidade para consentir* não se confunde com *capacidade negocial*,⁹⁸ exigindo-se para poder consentir que o agente tenha condição de tomar uma decisão racional, compreendendo riscos e sacrifícios.⁹⁹

Nesse sentido, não só ao absolutamente capaz é dado consentir, como também ao *relativamente capaz* [CC, 4.º, I]. Assim, a capacidade negocial funciona como *parâmetro*, mas não representa limite vinculativo para o consentimento.¹⁰⁰

A convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, 1.º estipula que “*criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo*”; e 12, 1, “*Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade*”.

Já a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa) 6.º, 2 determina que “*Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade*”.

Em muitos lugares, como em Portugal, há quem admita que menores de 14 anos também tenham capacidade para consentir ou, ao menos, devam ter sua opinião levada em consideração antes da prática de determinado procedimento médico.¹⁰¹

⁹⁷ Há países, por exemplo, que exigem forma escrita para a recusa; nesse sentido, Espanha, Ley 41/02 artículo 2, item 4: “*Su negativa al tratamiento constará por escrito*”.

⁹⁸ André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., II, § 15, p. 148 *et seq.*

⁹⁹ João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 3.1, p. 198; e André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., II, § 16, p. 155.

¹⁰⁰ André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., II, § 16, p. 170.

¹⁰¹ v. João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 3.1, p. 203; André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., II, § 16, p. 171 *et seq.*; e Guilherme de OLIVEIRA. *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in Guilherme de Oliveira. *Temas*², cit., p. 242.

Desse modo, o consentimento informado do menor esclarecido, especialmente quando assistido por seus representantes, deve ser levado em consideração e respeitado pelos profissionais de saúde, não se lhe impondo, à força, um tratamento contrário à sua manifestação de vontade.

E, sendo assim, ainda em consonância com a liberdade de forma vigente para o consentimento informado, conquanto nosso ordenamento jurídico não o regulamente de modo específico, ao contrário do que o fazem outros ordenamentos jurídicos,¹⁰² nada obsta a que um praticante da religião Testemunhas de Jeová validamente antecipe sua manifestação de vontade, documentando-a expressamente.

Nestes termos, o paciente Testemunha de Jeová pode precaver-se contra uma situação em que possa vir a encontrar-se impossibilitado de manifestar sua vontade, externando, prévia e documentalmente,¹⁰³⁻¹⁰⁴ seus desejos, elaborando os denominados *testamentos vitais* [*living will*] ou nomeando *procurador de cuidados de saúde* [*durable power of attorney for health care*],¹⁰⁵ constituindo ambos expressão da proteção da liberdade e da autonomia privada.¹⁰⁶

Como pontua RONALD DWORKIN:

“Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiva antecipada: ou os ‘testamentos de vida’ (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas), ou as ‘procurações para tomada de decisões médicas’ (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões

¹⁰² Nesse sentido, cfr., por exemplo, California Health Care Decisions Law (2000); Federal Patient Self Determination Act 1990 [direito de formular diretivas antecipadas; 4.º § “o termo ‘diretiva antecipada’ significa uma instrução por escrito, tal como um testamento ativo ou procuração outorgada sobre tratamento médico, reconhecida por lei governamental (quer determinada por estatuto, quer reconhecida pelos tribunais governamentais) e relacionada com tal tratamento quando a pessoa está incapacitada”] – tradução livre; Espanha, Lei 41/02 artigo 11 [“Instrucciones previas”]; BGB § 1904.

¹⁰³ Ainda que a *manifestação de vontade* anterior não tenha se dado de forma documental, ela deve ser levada em consideração; nesse sentido, Ronald DWORKIN. *Domínio da vida*, cit., p. 269 [“quando expressou seus desejos de modo menos formal, mas ainda assim eloqüente – por exemplo, repetindo-os muitas vezes a seus parentes”]. Em igual sentir, cfr. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa) 9.º: “*Vontade anteriormente manifestada*. A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”.

¹⁰⁴ Também falando em outros meios possíveis (meios audiovisuais, v.g.), cfr. João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 4.4.2.1, p. 366/367.

¹⁰⁵ Ronald DWORKIN. *Domínio da vida*, cit., p. 252/253 e 268/269; André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 240 *et seq*; e João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 4.4.2.1, p. 366 *et seq*.

¹⁰⁶ João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 4.4.2.1, p. 366.

de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las)”.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Assim, os denominados *testamentos vitais* [*living will*], se caracterizariam como documentos nos quais o declarante simplesmente declara, sem constituir ou nomear procurador, preventivamente, quais atuações médicas lhe são desejadas ou indesejadas, caso ele não esteja, no momento da intervenção médica, em condições de manifestar sua vontade.¹⁰⁹

Já a *procuração de cuidados de saúde* [*durable power of attorney for health care*], além de consignar especificamente as instruções preventivas sobre as intercorrências médicas que deseja refutar, evitando *procuração em branco* [posto que inviável, para essa situação, a modalidade de *procuração in rem suam* (no interesse do próprio procurador), somente sendo possível *procuração in rem propria* (no interesse do representado)],¹¹⁰ o declarante também nomeia e constitui procurador [ou procuradores] para transmitir ao médico a sua vontade previamente externada, caso o declarante esteja, nesse momento, incapacitado de fazê-lo.¹¹¹

Em ambos os casos, é preciso que o declarante esteja, no momento em que celebra o testamento ou nomeia o procurador, em plenas condições de manifestar sua vontade, bem como que o faça de maneira clara, evitando-se ambiguidades que possam dificultar a compreensão de seu desejo.

A possibilidade de nomear procurador ou representante está contemplada em nosso ordenamento jurídico, por meio da “Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde” [CDDUS] 5.º, VII: “*a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia*”.

Evidentemente que o uso do testamento ou da procuração somente é cabível nas situações em que o próprio declarante esteja impossibilitado de manifestar sua vontade [seu consentimento informado]; caso ele esteja em plena condição de realizar tal manifestação, ainda que haja documento escrito, o médico deve consultá-lo e obter seu consentimento ou dissentimento informado acerca do tratamento médico proposto.

¹⁰⁷ Ronald DWORKIN. *Domínio da vida*, cit., p. 252.

¹⁰⁸ Reconhecendo expressamente o direito da Testemunha de Jeová em validamente antecipar sua recusa a determinados tratamentos médicos, v. André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 243: “*as directivas não podem ser ambíguas e têm que clarificar os específicos tratamentos rejeitados* (v.g., *uma declaração de rejeição de transfusões sanguíneas por parte de uma Testemunha de Jeová*)”.

¹⁰⁹ João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 4.4.2.1, p. 366; e André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 240.

¹¹⁰ André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 251. V, também, Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁶, coment. 8 CC 653, p. 625.

¹¹¹ André Gonçalves DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 241.

Demais disso, tanto um quanto outro, testamento ou procuração, podem ser feitos de forma livre, porquanto nosso ordenamento não disciplina forma específica para sua realização, sendo exigível tão somente que se consubstancie em forma hábil a transmitir com segurança o desejo do declarante.¹¹²

São, ainda, os testamentos ou as procurações, revogáveis a qualquer momento, igualmente sem exigência de forma; é dizer, o consentimento ou dissentimento informado antecipadamente manifestado é livremente revogável.¹¹³

Contudo, sobrevindo situação fática em que o paciente esteja incapacitado de manifestar seu consentimento ou dissentimento informado, existindo, entretanto, *testamento vital* [*living will*] ou nomeação de *procurador de cuidados de saúde* [*durable power of attorney for health care*], esse documento [testamento ou procuração] acaba tendo duplo efeito jurídico: (i) vinculante; e (ii) eximidor.

Em primeiro lugar, o documento [testamento ou procuração] tem eficácia vinculativa; é dizer, é juridicamente vinculante para os profissionais da saúde.¹¹⁴ Desse modo, os profissionais da saúde são obrigados a respeitá-lo, sob pena de responderem civil, ética e criminalmente por seu descumprimento.

Noutro prisma, esse documento [testamento ou procuração] também tem eficácia eximidora de responsabilidade do médico. Nesse contexto, o paciente que exerce sua liberdade individual e sua autonomia privada, recusando a submeter-se a determinados tipos de tratamento, assume as consequências decorrentes do seu ato. Nesse sentido também é a determinação da “Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde” [CDDUS] 6.º, V, que insere dentro dos deveres dos usuários o dever de “*assumir a responsabilidade pela recusa a procedimentos, exames ou tratamentos recomendados e pelo descumprimento das orientações do profissional ou da equipe de saúde*”.

Em igual sentir, pontua ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, em passagem já citada acima que vale repetir:

“Num caso concreto, que mereceu apreciação do Contencioso da Ordem dos Médicos, concluiu-se de igual modo, que: ‘age de forma deontologicamente correcta o médico que se abstém de efectuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma

¹¹² Em Portugal, país que também não disciplina exigência de forma, cfr., entre outros, André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 247.

¹¹³ João VAZ RODRIGUES. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*, cit., 4.4.1, p. 365; e André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 247. V., ainda, Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa) 5.º (parte final): “*A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento*”.

¹¹⁴ André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 26, p. 243.

*vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal’ ”.*¹¹⁵⁻¹¹⁶ (destacamos)

Esse precedente demonstra claramente a eficácia dúplice do consentimento informado [manifestado previamente ou no ato]: o de vincular o médico e o de eximi-lo da responsabilidade pela recusa.

A eficácia eximidadora da recusa à submissão a determinados tratamentos [consentimento ou dissentimento informado] estende-se até mesmo se sobrevier a morte do paciente.

Isso não significa, contudo, que o paciente que recuse determinado tratamento deva ser abandonado à própria sorte. Respeitar a vontade do paciente [sua liberdade e sua autonomia privada] não se confunde com abandoná-lo.

Deve ser esclarecido ao paciente todas as consequências de seu ato e, caso ele manifeste seu desejo de recusar submeter-se àquele tratamento indicado e tido como melhor opção pelos profissionais de saúde, deve ser-lhe, então, informado quais os tratamentos alternativos disponíveis¹¹⁷ [no caso das Testemunhas de Jeová, tratamentos alternativos que não envolvam a utilização de transfusão sanguínea] e os nosocômios que melhor atendam as suas exigências, inclusive.¹¹⁸

¹¹⁵ André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 51, 2, p. 505. No mesmo sentido, v. Guilherme de OLIVEIRA. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, in Guilherme de Oliveira. *Temas*², cit., p. 63: “*Ora, os direitos fundamentais do indivíduo nascem com ele, e opõem-se a todos os outros cidadãos que se encontrem em contacto potencial com a esfera jurídica protegida. Sendo assim, o dever do médico de não praticar actos clínicos sobre uma certa pessoa nasce e existe antes de qualquer contacto individual com o doente concreto, antes de ser esboçada qualquer relação contratual. Em suma: o dever de obter consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o acto médico*”.

¹¹⁶ Em igual sentir, cfr. o *leading case* sobre o tema nos Estados Unidos, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 NY 125, 105 NE 92 (1914): “*Todo ser humano, adulto e com sanidade mental, tem o direito de decidir o que será feito com o seu próprio corpo; e o cirurgião que faz uma operação sem o consentimento do paciente comete violência física, o que o torna passível de indenizar.*” [destacamos; tradução livre]. V. David J. OLIVERIA. *The law of informed consent ant the right to die in the United States of America*, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito Biomédico. *Responsabilidade civil dos médicos (integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 62/63.

¹¹⁷ Andrea PINNA. *La responsabilité médicale en France après la loi du 4 mars 2002*, in Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Centro de Direito Biomédico. *Responsabilidade civil dos médicos (integrado no projecto de investigação bianual responsabilidade civil dos médicos)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 125 [“*La doctrine médicale s’était depuis plusieurs décennies, en France, déjà éloignée du traditionnel paternalisme médical pour consacrer l’autonomie du patient*”].

¹¹⁸ André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 51, 2, p. 507.

Como pontua ANDRÉ GONÇALO, o médico deverá respeitar as decisões do paciente, mas não lhe é dado abandoná-lo.¹¹⁹

Desse modo, a conduta de certos estabelecimentos hospitalares, recusando-se a encaminhar o paciente ao atendimento médico, tão somente porque não assinou o termo de internação hospitalar ou o alterou parcialmente expressando sua discordância quanto a determinado tratamento, é abusiva e passível de responsabilização cível e até mesmo criminal.

Essa conduta abusiva do estabelecimento hospitalar, em verdade, consubstancia-se em ato *discriminatório*, recusando-lhe atendimento simplesmente por tratar-se de objeção de consciência fundada em preceito religioso. A recusa em disponibilizar tratamento médico alternativo às Testemunhas de Jeová caracteriza *discriminação* contra os adeptos dessa religião, violando os preceitos constitucionais que asseguram a dignidade e liberdade religiosa.

O estabelecimento hospitalar tem o dever de informar quais os tratamentos alternativos disponíveis e quais os hospitais que melhor atendam as suas exigências, tratando-o segundo seu consentimento informado, ou seja, respeitando-o, mas não o abandonando.

6. Aspectos processuais da questão. Inconstitucionalidade das liminares satisfativas que obrigam determinada pessoa a sujeitar-se à transfusão de sangue. Impossibilidade de concessão de cautelar cujo caráter é satisfativo. Conteúdo irreversível do provimento. Limites ao poder geral de cautela (CPC, 798) do juiz. A utilização do *habeas corpus* preventivo como medida judicial adequada para o paciente que se recusa a receber a transfusão de sangue se precaver contra futura ingerência médica. Responsabilidade do Estado por decisões judiciais que atingem direitos fundamentais do cidadão de não se submeter a tratamentos violadores de suas convicções ideológicas e religiosas.

Nesse item, serão abordados os principais aspectos processuais referentes às decisões liminares, que obrigam os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a se submeterem a tratamentos médicos que envolvem transfusão de sangue.

Em regra, as decisões judiciais, que obrigam os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a realizarem transfusão de sangue são oriundas de decisões liminares. Entretanto, essas liminares são inconstitucionais pelos diversos motivos acima já expostos e também pelas razões que a seguir passaremos a expor.

Em primeiro lugar, cumpre salientar a impossibilidade de se coagir um cidadão a determinado tratamento médico (transfusão de sangue) mediante uma medida cautelar.

O processo cautelar não busca realizar uma medida satisfativa; sua função principal é assegurar o resultado final de um processo principal. Consoante já manifestamos, a satisfatividade

¹¹⁹ André Gonçalo DIAS PEREIRA. *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., III, § 51, 2, p. 507.

é incompatível com a cautelaridade.¹²⁰ No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JUNIOR entende que, “*não é lícito ao juiz, no âmbito da tutela cautelar, deferir medidas satisfativas, sob condição de posterior reposição, caso ocorra sucumbência na ação principal*”.¹²¹

Se no bojo de uma ação cautelar, é deferida liminar obrigando alguém a se submeter a tratamento que envolva transfusão de sangue, essa decisão é claramente satisfativa; afinal, ela não busca resguardar nenhum processo principal e sua concessão faz com que todo o processo (cautelar) perca seu objeto, uma vez que, não haveria nenhum interesse no prosseguimento dele se a transfusão de sangue já tivesse ocorrido.

Providências liminares de conteúdo irreversível não devem ser concedidas em sede cautelar, tendo em vista que a cautelaridade deve ser usada para assegurar o resultado útil de um processo principal. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO entende que providimentos liminares que precisam ser efetivados *incontinenti* devem ser regulamentados legislativamente, nas palavras do autor: “*alguns destes casos lembram a conveniência, lege ferenda, de instituição de ação autônoma adequada aos casos de urgência urgentíssima, sumária no rito e sumária na cognição, mas com eficácia satisfativa plena (por certo, através de sentença não causadora de coisa julgada material). Na prática, estes casos já existem no dia-a-dia forense sob o rótulo de cautelares inominadas; deferidas a medida satisfativa*”.¹²²

Independentemente da técnica processual adotada para obrigar os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a se submeterem, compulsoriamente, à transfusão de sangue, o que realmente merece destaque é demonstrar a ilegalidade dessas decisões em razão da carência de fundamentação jurídica (CF 93 IX).

Obrigar alguém a se submeter a qualquer tratamento médico que atente contra sua dignidade/intimidade/religiosidade, ainda que com ele se deseje salvar-lhe a vida, carece de fundamento legal. Ou seja, antes de se averiguar se essas decisões são ilegais porque violam os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, é mister demonstrar que elas não possuem fundamento constitucional/legal, por consequência, são juridicamente impossíveis.

Como exposto ao longo deste parecer, essas decisões violam a dignidade e o direito fundamental de liberdade (mormente a religiosa) dos cidadãos, sem dizer que os obriga a realizar uma conduta que não é imposta nem por lei, nem pela Constituição. Ao contrário, quando o particular é informado das consequências de determinado tratamento e, ainda assim, por motivos de foro íntimo, recusa-se a realizá-lo, não pode ser compelido a fazê-lo, porque está exercendo seu direito fundamental de liberdade.

O direito fundamental de liberdade, em sua essência, é inviolável, de modo que toda

¹²⁰ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, coment. 2 CPC 796, p. 1110.

¹²¹ Humberto THEODORO JUNIOR. *Processo cautelar*, 14.^a ed., São Paulo: LEUD, 2008, p. 107.

¹²² Athos GUSMÃO CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, 6.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 86.

ingerência estatal que implique, em certa medida, restrição a esse direito deve possuir base legal e ser proporcional.¹²³

Obrigar alguém a realizar determinado tratamento médico quando este é atentatório à sua dignidade e liberdade não possui respaldo nem na Constituição Federal nem na Legislação, assim, decisão nesse sentido será inconstitucional por violação expressa ao princípio da legalidade (CF, 5.º, II).

A outra possibilidade, doutrinariamente admissível, de restrição aos direitos fundamentais, consiste na aplicação da ponderação (colisão). Essa questão foi abordada no item “2” do parecer, que agora se retoma tão somente para evidenciar sua inaplicabilidade na fundamentação de decisões que obrigam os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a fazer transfusão sanguínea.

No item anterior, ressaltamos a inaplicabilidade no caso *sub examine* da ponderação de interesses desenvolvida por ROBERT ALEXY (colisão em sentido estrito/amplio). Embora já suficientemente exposta a questão, não é excesso corroborar essa nossa crítica com o escólio de CANOTILHO, o que agora fazemos neste capítulo.

De acordo com CANOTILHO, “*considera-se existir uma autêntica 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*”.¹²⁴ Por sua vez, ocorre a colisão de direitos em sentido impróprio “*quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos*”.¹²⁵

No caso *sub examine*, o Judiciário, quando obriga o praticante da religião Testemunhas de Jeová a fazer a transfusão de sangue, tem entendido que os direitos fundamentais colidentes são: a liberdade religiosa e o direito à vida, dando prevalência ao segundo em detrimento do primeiro. Ocorre que, também diante da doutrina de CANOTILHO, chega-se à mesma conclusão acima já anunciada, qual seja, a de que essa suposta colisão é um falso problema. De fato, de acordo com CANOTILHO, a colisão de direitos fundamentais em sentido autêntico somente ocorre quando a realização de um direito fundamental, no caso a liberdade, causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem.

E tal como já manifestamos, quando uma Testemunha de Jeová manifesta sua recusa a se submeter a tratamentos que envolvam transfusão de sangue está exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, porquanto está se negando a realizar uma prática atentatória à sua liberdade religiosa e à sua dignidade, não havendo nessa conduta qualquer interferência a direito fundamental de outrem.

¹²³ Thomas FLEINER, Alexandre MISIC e Nicole TÖPPERWIEN. *Swiss Constitutional Law*, cit., pp. 179/182.

¹²⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1270.

¹²⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1270.

Também não ocorre a colisão em sentido impróprio, posto que a Testemunha de Jeová, quando recusa tratamento que envolva a transfusão sanguínea, em nenhum momento recusa submeter-se a tratamentos médicos alternativos, ou seja, não deseja a morte bem como não acredita na cura pela fé.

O paciente Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, mas aceita, por conseguinte, opções terapêuticas isentas de sangue, de maneira que em nenhum momento tal recusa deve ser equiparada ao suicídio. Afinal ele deseja a cura e aceita se submeter a outros tratamentos médicos. Não há, portanto, colisão de direitos fundamentais em sentido próprio ou impróprio, na nomenclatura de CANOTILHO.

Assim, fica evidente a inconstitucionalidade das liminares que obrigam as Testemunhas de Jeová a se submeterem a tratamentos médicos que envolvam transfusão sanguínea. Essas decisões não têm respaldo legal, primeiro porque violam o princípio da legalidade (CF, 5.º, II), ou seja, não pode o Judiciário obrigar o cidadão a praticar determinada conduta quando nem a lei o obriga a isso. A inconstitucionalidade também se caracteriza porque essas liminares afetam/limitam a dignidade e o direito fundamental de liberdade, em hipótese que não se caracteriza a incidência da ponderação de interesses. Na realidade, essas decisões privam a liberdade de consciência do particular por motivos religiosos (CF, 5.º, VIII), em flagrante desrespeito ao texto constitucional.

Compelir alguém a fazer determinado tratamento médico contra sua vontade expressa, constitui ilegalidade flagrante, tanto é que a L 9434/97, art. 10 estabelece: *“o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”*.

Por consequência, qual seria o sentido de se submeter ao consentimento expresso do paciente o transplante de órgãos e dispensar o mesmo consentimento no caso da transfusão de sangue? Obviamente que isso seria teratológico; em ambos os casos incide o direito de liberdade (religioso e de consciência), de maneira que não faz sentido algum solicitar-se o consentimento expresso do paciente para realizar o transplante e não para a transfusão de sangue.

A prática, acima descrita, é vedada constitucionalmente (CF, 5.º, VIII), porque não se pode privar alguém de seu direito fundamental de liberdade por motivo de crença religiosa, e é justamente isso que ocorre, quando decisões judiciais obrigam alguém a se submeter a tratamento que envolva transfusão de sangue mesmo quando existe recusa expressa do cidadão em fazer o mencionado tratamento. Do contrário, ter-se-ia que admitir a absurda situação de o Judiciário poder obrigar o cidadão a realizar tratamento de câncer quando este se recusar, ou a se submeter a transplante de órgão contra sua vontade, etc. Todas essas decisões seriam flagrantemente inconstitucionais porque violariam de imediato os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, 1.º, III), da legalidade (CF, 5.º, II) e o direito fundamental de liberdade e de autodeterminação (CF, 5.º, *caput* e VI).

Portanto, essas liminares dadas em caráter satisfativo são inconstitucionais, haja vista que não existe substrato constitucional que as fundamente. Obviamente que se forem concedidas *inaudita altera pars* terão reforço de inconstitucionalidade por violação do contraditório e da ampla defesa que, nesses casos, jamais poderá ser exercido de modo diferido, dada a irreversibilidade da medida.¹²⁶

Acresce-se que o CPC, 798 não serve de fundamento para concessão dessas liminares atípicas; porquanto sendo essas decisões inconstitucionais, resta evidente a vedação da invocação do Poder Geral de Cautela para concessão de liminares *contra-legem*.

Cumpra ainda mencionar que essas decisões, além de não possuírem nenhum fundamento legal/constitucional, são aptas a infligir dano irreparável e irreversível ao praticante da religião Testemunhas de Jeová. Tal aspecto impede, por consequência, sua concessão por meio de tutela antecipada. E não se trata aqui de tão somente ressaltar a irreversibilidade da medida, até porque, a doutrina¹²⁷ admite a flexibilização desse requisito, mas, sim, porque o pedido (pretensão) que se quer antecipar é juridicamente impossível, não possui respaldo constitucional/legal.

O integrante da religião Testemunhas de Jeová não deseja a morte, ele não busca o suicídio. Ao contrário, ele apenas não quer se submeter a tratamento atentatório à sua convicção religiosa. Se por um lado essa recusa é legítima, por outro, **o Estado tem o ônus constitucional de assegurar o tratamento alternativo ao particular**, porque conforme estabelece a CF, 196: “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Paradigmático, nesse sentido, o acórdão da 5.^a Câm. Civ., do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado:

*“Testemunha de Jeová. Procedimento cirúrgico com possibilidade de transfusão 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 a 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***

¹²⁶ Nesse sentido, assim já se manifestou o Ministério da Saúde: “*A transfusão é um evento irreversível que acarreta benefícios e riscos potenciais ao receptor.*” (Cf. “Guia Para Uso de Hemocomponentes”, Ministério da Saúde, 2008).

¹²⁷ Cf. Eduardo Arruda ALVIM. *Antecipação de tutela*, Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 142 *et seq.* Athos GUSMÃO CARNEIRO. *Da antecipação de tutela*, cit., p. 85.

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-a, 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 da 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” (TJ-MT, 5.^a Câm. Civ., Ag 22395/06, rel. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j, 31.5.2006). (grifado)

Nota-se a excelência desse acórdão que privilegia o texto constitucional, garantindo a dignidade e a liberdade religiosa, bem como prestigiando o direito à saúde.

Por fim, resta esclarecer qual seria o instrumento adequado para o cidadão praticante da religião Testemunhas de Jeová proteger-se contra decisões – judiciais ou administrativas – que o obrigam a realizar transfusão sanguínea.

Neste particular, cumpre observar que no procedimento forçado de transfusão de sangue, não raro se tolhe a liberdade de locomoção do indivíduo, impedindo-o de deixar o hospital no qual está internado, muitas vezes sedando-o ou, até mesmo, amarrando-o com abominável emprego de força.

Diante dessas atrocidades, que lamentavelmente ocorrem amiúde em nosso país, o writ adequado para o paciente Testemunha de Jeová se proteger dessas liminares, que forçadamente podem submetê-lo à transfusão de sangue, é o *habeas corpus*, nos termos da CF, 5.º, LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Assim, o *habeas corpus* é a ação constitucional a ser manejada pelos praticantes da religião Testemunhas de Jeová para não se verem submetidos, contra sua vontade, às decisões (principalmente liminares) que os obrigam a realizar transfusão de sangue. Conforme salientamos, essas decisões são totalmente ilegais, logo, qualquer coação à liberdade de locomoção que elas acarretem pode e deve ser combatida com o manejo do *habeas corpus*.

O *habeas corpus* apresenta-se, portanto, como a medida processual adequada a proteger o direito fundamental das Testemunhas de Jeová, podendo-se observar que, desde sua gênese, seu emprego sempre foi cabível não apenas contra prisões arbitrárias e ilegais, e sim contra todo constrangimento ilegal, ou opressão indevida à liberdade do cidadão ou do homem.¹²⁸

¹²⁸ Eduardo ESPINOLA FILHO. *Código de processo penal brasileiro*, v. VII, 6.^a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, n. 1354, p. 108.

É de salientar a viabilidade do *habeas corpus* na modalidade preventiva, caso o paciente tenha razões concretas e objetivas para crer que sua recusa em fazer transfusão de sangue esteja em situação de vir a ser desrespeitada.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO destacava a importância da utilização do *habeas corpus* preventivo, afinal essa medida não é apta somente para finalizar a coação ilegal, que está sofrendo o paciente, vítima, portanto, de uma violência atual; mas, ainda, para impedir que se consuma a ameaça de coação, quando esta se apresenta com as características de ilegalidade, que vicia a potencial violência temida.¹²⁹

Por fim, cabe apenas acrescentar que na situação do caso em estudo, o *habeas corpus* (HC), em especial o preventivo, poderá ser ajuizado em face do hospital, quando este realizar, ou estiver prestes a realizar, o constrangimento ilegal e impedir a locomoção do cidadão.¹³⁰

Sobre a impetração de HC contra particular, EDUARDO ESPÍNOLA afirmava: “*as hipóteses de arbitrariedades e violência, em que o particular, ofendendo a liberdade de ir e vir de outrem, chega a tornar-se passível de repressão criminal. Nenhuma dúvida que a reação deve dirigir-se no sentido de obter a intervenção da autoridade policial, mas nada obsta, para o caso de faltar, faltar ou tornar-se difícil, o habeas corpus socorra a vítima, a quem se devem facultar todos os meios para furtar-se à ação criminosa, atentadora da sua liberdade*”.¹³¹

Examinadas, assim, as questões versadas na presente consulta, passamos a responder os quesitos formulados, consoante segue.

¹²⁹ Eduardo ESPÍNOLA FILHO. *Código de processo penal brasileiro*, cit., n. 1360, pp. 190/191.

¹³⁰ Admitindo HC contra particulares ver Alexandre de MORAES. *Direito constitucional*, 23.^a ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 130. Nesse sentido: “Habeas corpus. *Impetração contra particular. Hospital. Retirada de internado impedida, embora com alta do médico, por não ter feito o pagamento das despesas. Ordem concedida. Decisão mantida. Inteligência do art. 647 do Código de Processo Penal. É pacífico que o habeas corpus é cabível nas hipóteses de coação oriunda de particular à liberdade de ir e vir*”, RT 509/336.

¹³¹ Eduardo ESPÍNOLA FILHO. *Código de processo penal brasileiro*, cit., n. 1352, p. 65.

7. Conclusão: resposta aos quesitos

Em vista de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados pela consulente:

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

Resposta: **SIM.** O cidadão tem o direito constitucional de recusar qualquer tratamento médico, incluindo os que envolvam a transfusão de sangue. É vedado ao Estado, mediante decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta que seja atentatória à sua liberdade e à sua convicção religiosa, sob pena de violação da CF, 5.º, *caput* e VI.

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

Resposta: **NÃO.** Conforme expusemos longamente no parecer, não há colisão de direitos fundamentais, porque quando o paciente Testemunha de Jeová se recusa a fazer tratamentos que envolvam transfusão sanguínea, em nenhum momento a prática desse seu direito acarreta dano a um bem coletivo ou a um direito fundamental de outrem, tampouco configura desejo de suicídio ou cura pela fé.

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

Resposta: **SIM.** O tratamento médico que envolve transfusão de sangue não é isento de riscos para o paciente, portanto, a negativa do cidadão de se submeter a este é mais que legítima. A recusa tem seu fundamento na CF, 1.º, III, 5.º *caput* e VI e CC, 15.

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

Resposta: **SIM.** Por meio do consentimento informado, o paciente tem o direito de escolher a qual tratamento se submeterá, após amplamente esclarecido pelo médico sobre quais são possíveis e estão disponíveis, seus resultados esperados, riscos e custos, mesmo que a opção do paciente não seja a recomendada pelo médico.

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

Resposta: O direito de optar entre os tratamentos possíveis é fundado no princípio da autonomia pessoal [autodeterminação], uma das maiores expressões da liberdade, garantida como direito fundamental constitucional expresso na CF, 5.º, *caput*, II e III. Assim, não pode o médico ignorar a vontade do paciente e constrangê-lo a se submeter a determinada terapêutica, em desconformidade com a determinação expressa do CC, 15.

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

Resposta: O médico tem o dever de tratar o paciente. Para tanto, deve ele indicar opções de tratamento disponíveis para aquele determinado caso. Entre essas opções, poderá o paciente,

após amplamente informado sobre quais os riscos e resultados esperados para cada uma das alternativas, exercer seu direito de eleição entre as terapias disponibilizadas pelo médico. Portanto, o dever de tratamento médico e o direito ao consentimento informado estão intrinsecamente ligados e harmonicamente acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico.

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

Resposta: **NÃO.** O praticante da religião Testemunhas de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, aceitando, por conseguinte outros tratamentos. Em nenhum momento a negativa deve ser equiparada ao suicídio, afinal ele deseja ser tratado e aceita se submeter a cuidados médicos.

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

Resposta: **NÃO.** Se o paciente estiver em condições de manifestar seu consentimento informado quando do momento do tratamento, deve ser instado a fazê-lo e deve-se respeitar sua manifestação. Contudo, caso não esteja em condições de fazê-lo, mas já o tendo manifestado anteriormente de forma inequívoca [por meio de documento escrito ou audiovisual, v.g.], essa manifestação prévia vincula juridicamente os profissionais de saúde, que não a podem desrespeitar, sob pena de violar o direito fundamental à autodeterminação.

O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente seu direito fundamental à liberdade, incluindo-se aqui o direito de autodeterminar-se, devendo ser obtido seu consentimento informado, se possível, ou respeitado seu consentimento [ou dissentimento] informado previamente manifestado, conforme expressamente assegurado em nosso ordenamento jurídico por meio da “Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde” [CDDUS], 5.º, VII.

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

Resposta: **NÃO.** Conforme foi dito ao longo do parecer, em nenhuma hipótese a expressão “sem consentimento” pode ser equiparada à expressão “contra consentimento”; logo, sempre que houver expressa manifestação de vontade do paciente em determinado sentido, ela deverá ser respeitada sob pena de violação do direito constitucional de liberdade (CF 5.º *caput*). Assim, qualquer interpretação dada ao CP, 135 e 143, CEM 22 e 31, em sentido contrário, será inconstitucional por violação da CF, 5.º, *caput*.

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

Resposta: **NÃO**. A mencionada Resolução é flagrantemente inconstitucional, uma vez que submete o cidadão a tratamento médico *contra* sua própria vontade em flagrante desrespeito à sua dignidade (CF, 1.º, III) e à sua liberdade (CF, 5.º, *caput*), e no caso dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová, à sua liberdade de crença (CF, 5.º, VI). Atualmente, diante do que estabeleceu a Portaria 1820/09 do Ministério da Saúde, a Resolução do CFM n.º 1021/80 está plenamente revogada. Até porque não pode a Resolução criar restrição a direito constitucional (consentimento informado).

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

Resposta: **SIM**. Os denominados *testamentos vitais* [*living will*] ou nomeação de *procurador de cuidados de saúde* [*durable power of attorney for health care*] têm validade jurídica, de modo que o consentimento ou dissentimento informado pode ser previamente manifestado.

Assim, o cidadão, em respeito à sua liberdade e à sua autonomia privada, pode precaver-se de uma situação em que possa vir a encontrar-se impossibilitado de manifestar sua vontade, externando, previamente, seus desejos e suas recusas quanto a tratamentos médicos, manifestação essa que deve ser respeitada pelos profissionais da saúde.

- 12)** *O paciente em documento de manifestação de vontade antecipada pode nomear procuradores para agirem em seu nome caso venha a se encontrar em estado de inconsciência? Na hipótese do paciente ter nomeado procuradores que não integram sua família imediata (cônjuge, genitores, filhos e irmãos), estes familiares têm legitimidade para decidir pelo paciente e impedir que os procuradores ajam conforme os poderes que lhes foram conferidos?*

Resposta: **SIM**. É possível juridicamente a nomeação de *procurador de cuidados de saúde* [*durable power of attorney for health care*] que gozam de validade jurídica.

Nessa hipótese, a Testemunha de Jeová nomeia um *procurador de cuidados de saúde*, consignando-lhe especificamente as instruções preventivas sobre as intercorrências médicas que deseja refutar.

Deve-se evitar tão somente a denominada *procuração em branco*, posto que inviável, para essa situação, a modalidade de *procuração in rem suam* (no interesse do próprio procurador), somente sendo possível *procuração in rem propria* (no interesse do representado – paciente). Nesse contexto, o declarante deve nomear e constituir procurador [ou procuradores] para externar sua vontade ao médico, caso o declarante esteja, nesse momento, incapacitado de fazê-lo, fazendo-o de modo específico, declarando quais são os seus consentimentos ou dissentimentos.

Com relação à segunda parte da pergunta, a resposta é **NÃO**. Nada obsta a que os procuradores não sejam familiares do paciente. Exige-se tão somente que o declarante, no momento em que nomeie procurador, esteja em plenas condições de manifestar sua vontade, bem como que o faça de maneira clara, evitando-se ambiguidades que possam dificultar a compreensão de seu desejo.

Contudo, não se lhe exige que os procuradores sejam familiares (próximos ou não). A exigência cinge-se apenas a que o declarante, quando o faça, esteja em condições [capacidade] de fazê-lo.

E, quando do consentimento informado ao profissional de saúde, caso o declarante esteja impossibilitado de manifestá-lo, é o procurador nomeado que deverá comunicá-lo ao médico, fazendo-o exatamente como especificado na declaração, agindo no interesse do declarante [*procuração in rem propria*], não sendo dado a ninguém, incluindo parentes próximos, impedir o procurador de agir em nome do declarante, salvo se houver vício quando da manifestação de vontade [é dizer, se no momento de externar sua vontade na procuração, o declarante estiver impossibilitado de fazê-lo].

- 13)** *Tem o paciente o direito de inserir observações quanto a tratamento de saúde nos termos de internação apresentados pelos hospitais?*

Resposta: **SIM.** Como expusemos nesta consulta, o paciente pode inserir observações referentes ao tratamento de saúde a que irá se submeter no hospital em que preenche o formulário de internação, consignando, v.g., sua ressalva ao tratamento transfusional, ou outro, por convicção religiosa ou outros motivos.

- 14)** *O hospital poderá recusar a internação de um paciente que, após acordar com a equipe médica sobre a não utilização de terapia transfusional, insere no “termo de internação” ou no “termo de consentimento” sua recusa de receber tal terapia? Pode recepção ou administração hospitalar recusar-se a encaminhar paciente ao atendimento médico tão somente porque este não assinou o “termo de internação hospitalar” ou o alterou parcialmente?*

Resposta: **NÃO.** Ao hospital não é dado recusar as observações efetuadas pelo paciente Testemunha de Jeová relativas à sua ressalva ao tratamento com transfusão de sangue, sob pena de discriminação à sua convicção religiosa. A recusa do hospital em aceitar as aludidas observações viola frontalmente a garantia fundamental inscrita na CF, 5.º, VIII, que dispõe que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.

- 15)** *Alguns profissionais voltados ao Direito Médico têm afirmado que um documento de diretrizes antecipadas em questões de saúde deva ser atualizado por ocasião da intervenção cirúrgica, com vistas a confirmar ou não a vontade do paciente ao vivenciar a situação emergencial. Procede esta necessidade, ou o documento já firmado, independentemente de seu tempo, valerá até manifestação em contrário? Se necessária dita atualização, podem os procuradores fazê-lo, na inconsciência clínica do paciente?*

Resposta: **NÃO à primeira pergunta.** É certo que, se o paciente estiver consciente na ocasião da intervenção cirúrgica emergencial, é dever do médico certificar-se de que a vontade expressa anteriormente ainda permanece. Se, de outro modo, o paciente estiver inconsciente, documento prévio válido que contenha a vontade do paciente deve prevalecer. Em caso de recusa a transfusão de sangue validamente expressa anteriormente, caso o paciente se encontre em situação emergencial, é válida a nomeação de procurador para que este último decida, entre as terapias alternativas à transfusão de sangue, o tratamento a que o paciente será submetido.

- 16)** *Como pode ser tipificado juridicamente o fato de um Hospital incluir em seu formulário, ou “termo de internação” pergunta sobre a religião do paciente, escusando-se de atendê-lo quando for*

uma Testemunha de Jeová? Sendo uma discriminação, quais os procedimentos a serem adotados pelo paciente a fim de garantir o atendimento de saúde?

Resposta: Deve ser tipificado como uma atitude discriminatória vedada pela Constituição Federal, 3.º, IV. É o típico caso em que se retira um direito fundamental do cidadão (saúde) em razão de sua crença religiosa, prática vedada expressamente pela CF, 5.º, VIII. O cidadão que tiver seu direito violado por essa discriminação poderá socorrer-se ao Judiciário para ver assegurado seu direito constitucional à saúde. A via processual, em regra, será o Mandado de Segurança, contudo, também poderá ser usada ação ordinária com pedido de tutela antecipada [ou medida cautelar atípica], sempre que for necessária uma cognição mais ampla ou quando estiver cumulado pedido indenizatório (e.g., dano moral).

- 17)** *A quem cabe colocar diante do paciente o “termo de consentimento informado” para que o paciente o exerça? À recepção hospitalar ou sua administração ou ao médico que examina o paciente? Queira explicar a natureza jurídica do “termo de internação hospitalar”, do “termo de consentimento informado” e da “escolha esclarecida do paciente”, diferenciando-os.*

Resposta: O consentimento informado deve ser obtido pelo próprio médico, haja vista ser apto a esclarecer e informar o paciente acerca das opções de tratamento, riscos e chances de êxito. Assim, sendo o médico o profissional de saúde que informa e esclarece o paciente, deve também obter o consentimento informado.

O termo de internação hospitalar tem natureza de negócio jurídico, por meio do qual as partes celebram contrato para prestação de serviços de natureza médico-hospitalar; já o consentimento informado ou a escolha esclarecida do paciente se consubstanciam em ato jurídico stricto sensu, por meio do qual o paciente exerce seu direito fundamental à liberdade e à autodeterminação, informando ao profissional da saúde quais os tratamentos que aceita e quais os que rejeita. O consentimento ou dissentimento informado vincula juridicamente o profissional da saúde, que deverá respeitar a opção do paciente.

- 18)** *Qual a conduta a ser seguida pelos pacientes que rejeitam um determinado tratamento médico, a exemplo das transfusões de sangue, para que os médicos não sejam responsabilizados por acatarem essa decisão, mesmo diante de eventual caso de morte?*

Resposta: Como exposto no presente parecer, os pacientes que se recusarem a se submeter ao tratamento médico prescrito, deverão manifestar a aludida recusa de forma clara – por exemplo, por escrito ou com a presença de testemunhas, para ficar inequívoco o dissentimento.

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

Resposta: **SIM.** Essas liminares são inconstitucionais haja vista que não existe substrato constitucional/legal que as fundamente. Obviamente que, se forem concedidas *inaudita altera pars*, terão reforço de inconstitucionalidade por violação do contraditório e da ampla defesa.

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

Resposta: **NÃO**. Essa medida não pode ser concedida em tutela antecipada não apenas em razão da irreversibilidade da medida, mas principalmente, porque carece de fundamento constitucional/legal para tal provimento. Assim, não se trata tão somente de ressaltar a irreversibilidade da medida, até porque, a doutrina admite a flexibilização desse requisito, mas sim, porque o pedido (pretensão) que se quer antecipar é juridicamente impossível, não possui respaldo constitucional/legal.

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

Resposta: **NÃO**. Em ambas as hipóteses a resposta é negativa. Isto porque sempre que é dada uma liminar cautelar ou uma antecipação de tutela, a relação processual subsiste, ainda que os efeitos práticos do cumprimento da liminar sejam irreversíveis. Assim, nos dois casos, o processo não deve ser extinto por perda de objeto. Deverá ser proferida decisão final (sentença), após cognição exauriente que confirmará ou não a liminar/tutela antecipada concedida, até mesmo para permitir que nessa decisão final o juiz determine se houve ou não atuação ilegal ou alguma responsabilização por parte do agente requerente.

- 22)** *Autoridades, como Promotores de Justiça e Delegados de Polícia, têm legitimidade para autorizar a realização de um determinado tratamento médico, tal como transfusão de sangue, contra a vontade do paciente?*

Resposta: **NÃO**. Obviamente que não, tal como expusemos ao longo de todo o parecer, obrigar alguém a realizar tratamento médico contra sua vontade é algo inconstitucional porque viola a dignidade e o direito de liberdade dessa pessoa (CF, 5.º, *caput*), não estando, desse modo, nem o Judiciário autorizado a adotar tal conduta. Com maior razão, não poderão fazê-lo autoridades, como Promotores e Delegados.

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

Resposta: **NÃO**. Além de tal pedido ser juridicamente impossível, faltaria a esse um pressuposto processual de existência, qual seja, a capacidade postulatória do requerente prevista no CPC, 36 *et seq.* A dispensa de capacidade postulatória somente pode ser dada *ope legis*, (v.g., CLT, 791, *caput*), nunca *ope iudicis*; logo está vedada ao Judiciário admitir tal pedido.

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

Resposta: A atuação estatal no Estado Democrático de Direito precisa posicionar-se de maneira neutra em relação à religião, devendo agir com imparcialidade, a fim de conferir aos cidadãos, religiosos ou não, a maior liberdade possível na condução de suas vidas. Nessa

perspectiva, o Estado, seja por meio de leis ou por meio de decisões judiciais, não pode impor ao cidadão uma conduta atentatória à sua convicção religiosa e à sua dignidade. Assim, deve o Estado respeitar a religiosidade de todos os seus cidadãos, abstendo-se de agir num ou noutro sentido ao argumento de “afastar o óbice religioso”.

- 25)** *O médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa a respeito da realização desse procedimento, comete alguma infração?*

Resposta: **SIM.** Essa conduta pode gerar dois tipos de responsabilidade: civil e criminal. O médico que realiza transfusão de sangue contra a vontade do paciente poderá responder civilmente pelos danos causados ao paciente, além da possibilidade de enquadramento no crime de constrangimento ilegal previsto no CP, 146, que, dependendo do dano causado ao paciente, poderá ser cumulado com o crime de lesão corporal previsto no CP, 129, já que não é dado ao médico constranger o paciente a tratamento com o qual ele tenha dissentido, nos termos do CC 15. Ademais, submeter paciente a tratamento médico e não informá-lo que o fez contraria as disposições expressas do Código de Ética de Medicina, em seus artigos 34 e 88, dando ensejo a uma infração disciplinar administrativa, punível pelo Conselho de Medicina.

- 26)** *Podem médico ou hospital dificultar ou mesmo impedir a transferência de um paciente para outro hospital e/ou equipe médica que tenha domínio no uso da medicina não transfusional?*

Resposta: **NÃO.** Já afirmamos nesta consulta que o hospital que não dispuser de outro tipo de tratamento médico que não o de transfusão de sangue deverá disponibilizar outro tratamento ao paciente, empenhando todos os seus esforços para tanto. Neste sentido, vale lembrar o acórdão proferido pelo TJMT, já citado nesse parecer, que entendeu que *“não cabe ao Estado, nem tampouco ao hospital sobrepor-se à vontade da requerida a quem caberá pelos meios a ela disponíveis buscar outros recursos da medicina e da ciência para a preservação de seu direito à vida de forma que tampouco suas convicções filosóficas e religiosas sejam desrespeitadas”*. (grifado)

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

Resposta: **NÃO.** O médico, em conformidade com o que estabelece o CEM 39, não pode se opor à realização de conferência ou junta médica solicitada pelo paciente ou seu responsável legal. Ainda que o pedido de realização de conferência esteja fundamentado em motivos religiosos, não pode o médico exercer um juízo valorativo e recusar a conferência, sob pena de sua atitude configurar um ato de discriminação à religião do paciente.

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

Resposta: **SIM.** O médico deve sempre disponibilizar aos pais todas as alternativas possíveis para tratamento de seus filhos, esclarecendo quais os riscos e a possibilidade de resultados que cada uma delas oferece, para que a escolha pelo tratamento seja sempre a melhor possível.

- 29)** *O exercício pelos pais da escolha de tratamento médico para a criança sob sua guarda e responsabilidade, diferentemente de um padrão médico, caracteriza abandono, maus-tratos ou extravio, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e demais disposições normativas?*

Resposta: **NÃO.** Conforme já amplamente exposto, o médico tem o dever de oferecer aos pais todas as possibilidades de tratamentos disponíveis para a cura da criança. A opção por um desses tratamentos em detrimento de outros, mesmo que em desacordo com a recomendação médica não pode ser caracterizado como abandono, maus tratos ou extravio. Ressalte-se que *abandonar* significa deixar o menor sem qualquer tipo de assistência, enquanto *mal tratar* é oferecer tratamento ruim e, por fim, *extraviar* a criança é deixá-la perdida, sem amparo. Destarte, a recusa à transfusão de sangue não se subsume a nenhum dos núcleos dos tipos acima elencados, já que escolher um, entre todos os tratamentos possíveis, não é abandonar, extraviar, ou maltratar. A conclusão é, portanto, pela atipicidade da conduta, pela falta de tipicidade objetiva da mesma.

- 30)** *Quando um paciente for menor de idade, porém demonstrar que tem condições de entender suas decisões e as consequências desta, sua determinação de receber tratamento médico isento de sangue deverá ser respeitada pelos médicos? Há amparo em nossa legislação para que o menor seja ouvido e sua posição seja levada em consideração?*

Resposta: **SIM.** A *capacidade para consentir* não se confunde propriamente com *capacidade negocial*. A *capacidade para consentir* exige que o agente tenha condição de tomar uma decisão *racional*, compreendendo riscos e sacrifícios.

Nesse sentido, a manifestação do menor deve ser sempre levada em consideração, ainda que com menos de 16 anos de idade [cfr. Convenção sobre os Direitos da Criança, Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, 1.º e 12, 1; e Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa), 6.º, 2]. E sendo ele relativamente capaz [CC, 4.º, I], especialmente quando assistido por seus representantes, seu consentimento informado deve ser respeitado pelos profissionais de saúde, não se lhe impondo, à força, um tratamento contrário à sua manifestação de vontade.

Além da proteção constitucional e da previsão contida na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, também se infere tal proteção do disposto no ECA, 15 a 18, que tratam do direito à liberdade e do respeito e à dignidade do menor. Assim, os interesses e a vontade do menor devem sempre ser levados em consideração.

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

Resposta: A depender do caso ele poderá utilizar o mandado de segurança ou até mesmo *habeas corpus*, em hipótese de sua liberdade de locomoção estar ameaçada. Ambas as medidas podem ser usadas na modalidade preventiva que, na realidade, é a que mais se adéqua

ao caso *sub examine*. O *habeas corpus* será ajuizado contra o próprio hospital, quando este realizar, ou estiver prestes a realizar, o constrangimento ilegal e impedir a locomoção do cidadão, a fim de obrigá-lo a realizar a transfusão de sangue.

- 32)** *Comete alguma infração um hospital que, de posse de uma liminar, amarra, constrange e assim, aplica uma transfusão de sangue embora o paciente seja capaz, esteja consciente e, ao mesmo tempo, resiste ao referido tratamento após ter sido informado dos riscos caso não o aceite?*

Resposta: **SIM**. Em regra a existência de uma autorização judicial retira a possível ilicitude do ato praticado pelo hospital, entretanto, ele responde pelo excesso praticado no cumprimento da liminar. Esse excesso é ilícito, uma vez que a atuação do hospital deve ser proporcional não podendo violar o princípio da proibição de excesso. Desse modo, o excesso/ilícito pode ensejar responsabilizações cíveis e penais. Na esfera penal podem ficar caracterizados os crimes de constrangimento ilegal e até mesmo lesão corporal (CP, 146 e 129). Na esfera cível, será possível o pedido de reparação de danos morais ocasionados pelos excessos cometidos na execução da transfusão de sangue.

- 33)** *Caso a redação do artigo 15 do Código Civil venha a ser alterada pelos Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 2945/2008 e PL n.º 3208/2008), a nova redação sugerida alteraria o entendimento sobre a matéria?*

Resposta: **NÃO**. O consentimento informado é amplamente abarcado pelo nosso ordenamento jurídico. Ressalte-se que no Estatuto do Idoso e na Lei de Transplantes, o instituto já está expressamente positivado. A atual redação do CC 15 apesar de não mencionar expressamente o direito do paciente de optar pelos tratamentos possíveis, já prescreve, de modo inequívoco, a impossibilidade de se constranger um paciente a tratamento com o qual não tenha consentido. Os Projetos de Lei (PL n.º 2945/2008 e PL n.º 3208/2008) pretendem apenas aclarar a redação vigente do artigo, inalterando o entendimento sobre a existência do direito ao exercício do consentimento informado.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 22 de setembro de 2009

NELSON NERY JUNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP

Doutorado em Direito Processual Civil pela
Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha)

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual
Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Advogado – OAB-SP 51.737