

A POSSIBILIDADE DE RECUSA A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA

THE POSSIBILITY OF REFUSAL A BLOOD TRANSFUSION

Camila Dumas¹

RESUMO: No presente trabalho será realizada uma breve abordagem acerca da possibilidade de se prevalecer a vontade de recusa dos Testemunhas de Jeová, frente a recusa de realização do tratamento da transfusão de sangue, ainda que em situação limítrofes, como forma de se garantir a dignidade humana da pessoa. A vida deve ser entendida como um direito ou uma obrigação imposta à pessoa? Essa é a grande indagação que nos surge quando se pensa no tema. A vida pela vida pela faz sentido? Nos parece que a manter a vida apenas por uma questão biológica, não é a melhor forma de se conferir dignidade a uma pessoa, pois observância a esse princípio não pode permitir a voloração das ações humanas por conta de sua crença.

PALAVRAS-CHAVE: testemunha de Jeová, autonomia, liberdade religiosa.

ABSTRACT: In the present work will be a brief held approach about the possibility to rely on the will of the refusal of Jehovah's Witnesses, front of refusing to perform the treatment of blood transfusion, even in borderline situation, as a way to ensure human dignity of the person. Life must be understood as a duty or obligation imposed on the person? That's the big question that comes to us when we think about the topic. Life for life by makes sense? It seems to us that sustain life by only a biological issue, it is not the best way of giving dignity to a person, as compliance to this principle can not allow rating of human actions on behalf of their belief.

KEY-WORDS: Jehovah's Witness, autonomy, religious freedom.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos da pessoa humana que visam garantir um mínimo necessário e a uma vida com dignidade humana, esses direitos são convertidos em valores intrínsecos que se individualizam sendo, portanto, variáveis de pessoa a pessoa.

¹ Advogada. Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela UNESP. Mestranda em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (UniCESUMAR).

O Estado Democrático de Direito em que vivemos é responsável por assegurar a efetividade dos direitos fundamentais disciplinados na Constituição Federal, o grande problema reside quando há colisão desses direitos, como deve o Estado proceder? E ainda, qual o limite da intervenção estatal na autonomia da pessoa?

O presente trabalho põe em xeque a colisão dos direito de liberdade (religiosa) e o direito à vida, face a possibilidade de recusa da transfusão de sangue, dos pacientes Testemunhas de Jeová, como se posicionar diante desse impasse? O direito a vida deve prevalecer sempre? A vida é um direito ou uma obrigação?

Na busca de uma possível solução do caso concreto, trataremos ainda que de forma breve, acerca dos fundamentos do direito de liberdade (religiosa), autodeterminação e as convicções religiosas que embasam a posição dos Testemunhas de Jeová de se recusarem a se submeter a transfusão de sangue, ainda que em casos extremos, onde haja iminente risco de morte.

2 A PROTEÇÃO À SAÚDE, AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE CONSCIÊNCIA/RELIGIOSA

As relações entre médicos e pacientes passaram por modificações, antes os médicos eram visto como que seres com poderes e necessidade de fazerem o possível para salvaguardar a vida do paciente, privando-o inclusive de informações acerca de seu estado de saúde. Antes havia um excesso de paternalismo, onde podemos entender o Estado se comporta como um verdadeiro pai: “se responsabiliza em prover seus dependentes, com total autoridade, restringindo suas liberdades. O paternalismo se constitui na forma de exercer ação, objetivando beneficiar a pessoa, cuja vontade ou interesses deixam de ser respeitados” (SILVA, 2010, p. s419-s425).

Ao passo que hoje: “há uma busca pela humanização, o paciente agora volta a ser visto como indivíduo impregnado por sua cultura e vontades, dando beneficência do médico lugar a autonomia do paciente” (ROCHA, 2011, p. 1-5).

O Código de Nuremberg, de 1947, destinado a regular as pesquisas com seres humanos, tinha como base o princípio da autodeterminação da pessoa, estabeleceu que o consentimento informado seriarequisito para a validade ética das experiências médicas. Essas diretrizes foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki, editada pela Associação Médica Mundial (AMM) em 1964. O modelo estendeu-se, igualmente, às relações médico-paciente (BARBOZA, 2004).

No Brasil, o fato marcante que gerou a discussão da questão Saúde no Brasil, ocorreu na preparação e realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, em Brasília - Distrito Federal. O temário central versou sobre: I A Saúde como direito inerente a personalidade e à cidadania; II Reformulação do Sistema Nacional de Saúde, III Financiamento setorial. A 8ª Conferência, numa articulação bem diversa das anteriores, contou com a participação de cerca de quatro mil e quinhentas pessoas, dentre as quais mil delegados. Representou, inegavelmente, um marco, pois introduziu no cenário da discussão da saúde a sociedade. Os debates saíram dos seus fóruns específicos (ABRASCO, CEBES, Medicina Preventiva, Saúde Pública) e assumiram outra dimensão com a participação das entidades representativas da população: moradores, sindicatos, partidos políticos, associações de profissionais, parlamento.

A questão da Saúde ultrapassou a análise setorial, referindo-se à sociedade como um todo, propondo-se não somente o Sistema Único, mas a Reforma Sanitária. O processo constituinte e a promulgação da Constituição de 1988 representou, no plano jurídico, a promessa de afirmação e extensão dos direitos sociais em nosso país frente à grave crise e às demandas de enfrentamento dos enormes índices de desigualdade social.

Entre os direitos fundamentais, a salvaguarda e garantia do bem jurídico- saúde – encontra-se no Título “Da ordem Social”, sob o Capítulo “Da Seguridade Social”, no artigo 196 da Constituição Federal, em que: “A saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” Por se tratar de garantia fundamental, as ações e serviços de saúde são de relevância pública. (art. 197 C.F.).

A saúde, na Constituição Federal Brasileira é considerada direito social (art. 6º) entre os demais direitos sociais, como educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência ao desamparado, portanto é também um bem jurídico da personalidade.

Ter saúde é possuir condições mínimas de dignidade física e psíquica para se manter em sociedade, por certo ser essencial ao Ser humano, sendo, portanto, um direito de personalidade, cujas conotações essenciais estão em conexão impositiva com os direitos à vida, ao corpo e à psique.

É questionável se o direito subjetivo à saúde está condicionado a certa organização, pois existem situações nas quais direitos sociais podem ser imediatamente prestados,

entretanto, ao presente estudo não visa analisar a efetividade desse direito em toda sua extensão.

O presente artigo visa focar a recusa de tratamento médico hipótese em que uma atividade prestacional omissiva (prestação negativa), na efetivação do direito à saúde, surge em complemento a uma liberdade negativa, ou seja, quando um paciente não deseja que se submeter a tratamento médico por convicções pessoais.

Não se trata de buscar a aplicação da cláusula da reserva do possível, ligada ao dispêndio financeiro na prestação do direito, tão pouco da igual proteção como garantia de acesso aos serviços de saúde. O que se pleiteia, nessa situação, é a ausência de coação e a não possibilidade de usufruir, de um tratamento de médico arbitrário.

A escolha do tratamento, a partir da informação médica, surgiu como forma de prevenir a responsabilização do profissional de saúde pelo resultado da intervenção médica.

Os profissionais de saúde procuraram, cada vez mais, atender à vontade de pacientes. Impedia-os, em alguns casos, o julgamento ético e jurídico. Códigos de ética médica, como o brasileiro, por exemplo, impõem como obstáculo à satisfação da vontade do paciente e seus familiares o dever do médico de agir em situações de perigo de vida.

Passou-se a conceber a responsabilidade do médico como sendo uma responsabilidade de natureza contratual, de meios, não de resultados, às vezes criminal (LEITE, 2000, p. 73).

A grande problemática acerca do tema proposto, esta no fato de serem os direitos fundamentais de extrema importância, e principalmente no fato de não haver uma hierarquia entre esses direitos.

Os direitos fundamentais perfazem um longo caminho histórico, tendo posições que acreditam ser de meados de 2000 a.c., as primeiras manifestações, no direito da Babilônia, outras posições os reconhecem na Grécia Antiga e na Roma Republicana. Estas opiniões, entretanto, carecem de fundamentos históricos.

Aos olhos de Paulo Bonavides, a Revolução Francesa, que fixou direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” (Liberté, Egalité, Fraternité), fora a grande precursora dos direitos fundamentais caracterizados através da posição de resistência ou de oposição frente ao Estado (BONAVIDES, 2005).

Do ponto de vista do direito positivado, ganha relevo os direitos da personalidade que segundo Maria Helena Diniz: “é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc. É direito

subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial” (DINIZ, 2005, p. 123).

Apenas no século XVIII, há a primeira aparição de reais direitos fundamentais, apesar do dissídio levantado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet diante da “paternidade” dos direitos fundamentais, que seria disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. (SARLET, 2007).

A dignidade humana é a base fundante de todos os direitos da personalidade, pois é a partir dela que se desdobram todos os direitos do ser humano.

Segundo Leonardo Agostini, “para afirmar que o ser humano tem dignidade, é preciso mostrar que é autônomo, o que implica, necessariamente, ser livre” (AGOSTINI, 2009, p. 54).

Para Capelo de Souza, a liberdade deve ser entendida como o “poder de autodeterminação do homem, ou seja, todo o poder que o homem exerce sobre si mesmo, auto-regulando o seu corpo, o seu pensamento e o seu comportamento” (SZANIAWSKI, 2005, p. 301).

Nos ensinamentos de Kant, autonomia é a qualidade de uma vontade que é livre: “ela identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis”. Ao passo que a dignidade, para Kant, tem por fundamento a autonomia (KANT, 2003).

Nos dizeres de Ferri autonomia privada é sinônimo de poder de disposição (FERRI, 1959, p. 224). Segundo Manuel A. Domingues de Andrade, a autonomia privada é a “ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares” (FERRI, 1959, p. 27).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que o ser humano, titular do direito de autonomia e no exercício da mesma, visa disciplinar as relações fáticas e concretas do seu cotidiano, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas. Desta forma, disciplina as regras que irão regular as situações específicas da sua vida, regras estas que deverão estar em consonância com o ordenamento jurídico para serem válidas, não devendo atingir direitos de terceiros e não configurando um ato ilícito (BORGES, 2007).

O direito a autonomia privada, consiste senão na melhor forma de expressão de liberdade, visto que, ao exercer esse direito o indivíduo estará fazendo aquilo de acordo com sua consciência, inclusive lhe é garantido a livre escolha de crença religiosa, ou mesmo o direito de não possuir qualquer crença.

A liberdade de consciência há muito é objeto de estudo da filosofia e do direito. Pufendorf, no século XVII, distinguia ações internas de ações externas. O que ficava

guardado no coração interessava apenas à religião. Christian Thomasius, no começo do século XVIII, estabelecia diferenças entre “foro íntimo” e “foro externo”, de forma a diferenciar moral de direito.

Nas declarações de direitos do século XVIII, predominou o reconhecimento de liberdades negativas, correspondentes a deveres de abstenção por parte do Estado ou de particulares. É expressão desta liberdade a máxima de que “aquilo que não for obrigatório, nem proibido, delimita o que é lícito e, portanto, permitido”. A liberdade moderna tem como significado a ausência de obstáculos para se fazer o que se quer. Neste contexto, a liberdade de consciência é assegurada, sobretudo, na formulação negativa, por meio de deveres de abstenção (LAFER, 1980, p. 14).

A liberdade de consciência aparece no Estado Democrático de Direito com um significado específico de garantir a autonomia, autodeterminação que é pressuposto da vida democrática numa sociedade de direito.

Sustentar convicções e crenças pessoais, é inerente do ser humano, sendo portanto, considerado um direito humano fundamental. A própria declaração dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo dezoito, estabelece que: "Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular".²

A Constituição Federal protege este direito de todos os cidadãos. A liberdade de consciência e de religião "é, de *per si*, um dos direitos fundamentais", conforme está no 'caput' do art. 5º da Constituição em vigor. Mais do que isto, "é ela, para todos os que aceitam um direito superior ao positivo, um direito natural. É o mais alto de todos os direitos naturais. Realmente, é ele a principal especificação da natureza humana, que se distingue dos demais seres animais pela capacidade de autodeterminação consciente de sua vontade". (SOUZA, 2009).

As crenças religiosas estão entre as mais acalentadas convicções do ser humano, cuja vida é tremendamente influenciada por sua visão dos atributos de Deus (soberania e onipotência), dos atributos das outras pessoas (a santidade da vida) e da sua relação pessoal com Deus (comunicação e obediência aos mandamentos). O respeito mútuo às convicções pessoais faz com que haja uma relação pacífica entre as pessoas na atual sociedade pluralista em que vivemos. (SOUZA, 2009).

² Site oficial. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>, acesso, em 03 de maio de 2014, às 13h.

Tanto o direito a autonomia privada, como o direito da liberdade de consciência são direitos fundamentais, e portanto, essenciais para o sadio desenvolvimento do ser.

Luiz Edson Fachin entende que a concepção civilística clássica tinha como estrutura principal a autonomia e a liberdade, além da propriedade. A autonomia reconhecida aos indivíduos se traduzia na liberdade como valor individual. A propriedade exercia o papel de senhoria dos bens, sendo a autonomia privada entendida como faculdade de autorregulamentação dos próprios interesses. (FACCHIN, 2008).

Para que seja considerado livre de verdade o ser humano precisa exercer sua liberdade, nesse sentido destacamos o que afirma Mirandola:

O homem pode modificar a si mesmo. Liberdade é um poder de ação. Caberá, depois, ao desenvolvimento da filosofia, em reflexão conjunta com a ciência, aduzir outros elementos para completar essa noção de liberdade. Mas o fundamento está posto de maneira sólida. (MIRANDOLA, 1988).

Portanto, temos que tanto a autonomia privada como a liberdade de consciência, incluindo a liberdade de crença religiosa, além de serem direitos fundamentais, estão inclusive protegidos no âmbito constitucional, eis que a ordem jurídica assegura o exercício de tais direitos, garantindo-se a liberdade de culto, bem como a liberdade de expressão, defendendo-os, inclusive, de ameaças ou violação por parte do Estado ou de particulares, podendo gerar inclusive indenizações no caso de afronta a esses direitos, havendo assim uma proteção da personalidade individual.

3 AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: A TRANSFUSÃO DE SANGUE E A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA FRENTE À RECUSA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

No Brasil, os primeiros relatos acerca da hemotransfusão surgiu em 1920, sendo a prática transfusional de cunho científico iniciada por cirurgiões do Rio de Janeiro. Em 1950, o I Congresso Paulista de Hemoterapia instituiu as bases para a fundação da Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia (SBHH). Em 1965, o Ministério da Saúde (MS) criou a Comissão Nacional de Hemoterapia que se encarregou de criar os hemocentros. Na década 80 do século passado, o MS instituiu a Política Nacional do Sangue Por volta de 1872, Charles Taze Russel, liberou um grupo de estudos bíblicos na cidade de Allegheny, e os frutos desses estudos são mundialmente conhecidos como as Testemunhas de Jeová. (BRITO, 2008).

O nome, testemunhas de Jeová, foi retirado de uma passagem bíblica, é encontrado em Isaías 43:10, que segundo a tradução do Novo Mundo das escrituras sagradas diz: "Vós sois as minhas testemunhas", é a pronúncia de Jeová, sim, meu servo a quem escolhi, para que saibais e tenhais fé em mim, e para que entendais que eu sou o Mesmo. Antes de mim não foi formado nenhum Deus e depois de mim continuou a não haver nenhum”.

O presente trabalho não visa se aprofundar em um estudo sobre religião, mas sim, entender quais os fundamentos para que esta instituição seja contrária a transfusão de sangue.

Segundo Silvia Mota (MOTA, 27 dez. 2013), tal fundamento é encontrado nas interpretações que são feitas das seguintes passagens da Bíblia: Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma - seu sangue - não deveis comer (Gênesis, 9:3-4). LEVÍTICO, 17:10-14; Atos 15:28,29 “Quando qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo”.

Para as testemunhas de Jeová, renunciar ao recebimento de sangue é cumprir os ensinamentos religiosos que professam as escrituras sagradas, independentemente da consequência que tal recusa poderá revelar.

Caso um Testemunha de Jeová, receba a transfusão de sangue, ainda que seu consentimento, esta pessoa é submetida a uma Comissão Judicativa, e sua sanção por ter praticado tal ato, pode até a excomunhão de sua Igreja e ainda humilhada na frente da comunidade:

A Comissão Judicativa poderá admoestar privadamente o transgressor; suspender os seus privilégios religiosos; censurá-lo publicamente quando da reunião semanal; ou excomungá-lo. Em caso de excomunhão, os demais membros da religião devem cortar relações pessoais com o desassociado, desaconselhando-se, inclusive, o simples cumprimento, além de recomendar o contato mínimo possível com os parentes próximos (pais, filhos ou cônjuge). O congregado que desobedecer esta norma, também estará sujeito a ser desassociado. (apud, BRITO, 2008).

Em que pese as Testemunhas de Jeová poderem se negar a receber o tratamento de transfusão de sangue, neste compasso pode o médico responsável pelo caso abster-se de realizar ferido tratamento, sem que isso lhe resulte em consequências jurídicas?

A recusa feita por pessoa capaz, ou seja, que está plenamente no exercício de sua capacidade não envolve maiores problemas, desde que não haja risco de morte.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Celso Bastos, in Tokarski: “[...] o paciente tem direito de recusar determinado tratamento médico, inclusive a transfusão de

sangue, com fundamento no art. 5º, II, da CF. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (princípio da legalidade) [...]” (TOKARSKI, 27 dez. 2013).

Coadunando com esse entendimento, destacamos o posicionamento de Gisele Mendes:

Em princípio, a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada, sob pena de incorrer o médico nas sanções do delito de constrangimento ilegal, desde que tenha oferecido ao paciente outros tratamentos alternativos, ainda que mais custosos e arriscados. Ausentes outras opções terapêuticas, a pergunta fundamental é se a recusa a receber a transfusão pode ser qualificada como atitude suicida. Tem-se, para logo, que as testemunhas de Jeová, ainda que de modo indireto, admitem a possibilidade de superveniência da própria morte, se considerado que ante a extrema urgência da situação, não lhes restam outras opções senão aceitar a transfusão ou morrer – fosse o suicídio um ato típico, o elemento psíquico, nessas hipóteses, equivaleria ao dolo eventual. Surgiria assim um conflito de interesses perante o facultativo, que deve escolher entre proteger a vida do paciente ou respeitar sua liberdade religiosa – todavia, considerando-se que a tutela do direito à vida levada à cabo pela Constituição não abrange a manutenção da vida contra a vontade do seu titular em condições desumanas ou degradantes, o princípio da dignidade humana funciona como critério de correção, permitindo que se imponha o respeito à liberdade de crença, sem que se possa falar aqui num delito de omissão de socorro ou de auxílio ao suicídio por omissão. Caso insistisse em consumir a transfusão sanguínea, incorreria o médico nas penas do delito de constrangimento ilegal (CARVALHO, 2001, p. 119).

Quase que de forma quase unânime na doutrina e na jurisprudência, a posição é de que quando o paciente, testemunha de Jeová recusa prévia e expressamente a sua vontade de não submissão a transfusão de sangue, esta posição deve ser respeitada, inclusive sob pena de cometimento de ilícito penal.

O problema se dá quando a recusa é feita por pessoa capaz, mas há o iminente perigo de morte. Qual deverá ser a conduta médica adotada? Como fazer uma ponderação desse aparente conflito de direitos fundamentais? O direito a vida é absoluto?

Para Gilmar Mendes, não há direito absoluto:

A exemplo dos sistemas jurídicos em que se abebera o direito brasileiro, portanto, não há, em princípio, que se falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais, como outros valores com sede constitucional podem limitá-los. (MENDES, 2000, p. 120) (MENDES *et al*, 2000, p. 120).

Sequer a vida pode ser considerada como um direito absoluto, haja vista, a própria Constituição Federal de 1988, prever a possibilidade de pena de morte no caso de guerra declarada.

Atentos a questão específica da Testemunhas de Jeová, o Conselho Federal de Medicina, editou a resolução nº 1021 no intuito de guiar o comportamento médico frente a recusa do paciente em receber a transfusão de sangue.

Segundo referida Resolução, acompanhado das lições do Código de Ética Médica, no caso de ser atransfusão de sangue a indicação mais segura para a melhora ou cura do paciente, contudo, em não havendo qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada, nessas condições, o médico deverá atender ao pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Lado outro, quando a recusa a transfusão de sangue ainda que dada por pessoa capaz, encontra-se em perigo de morte, segundo essa Resolução, bem como o Código de Ética Médica, a recusa não deve ser aceita e o procedimento da transfusão pode ser realizado.

Com esse mesmo raciocínio a criminalização do ato, visto que, se não houver risco de morte e o médico realizar a transfusão de sangue, contra a vontade do paciente, comete este o crime de constrangimento ilegal, com previsão no Código Penal, além de poder responder civilmente por cometimento de ato ilícito.

Entretanto, tratando-se de situação de urgência o fato se torna atípico e o ato do médico (transfusão sanguínea) sem o prévio consentimento, presentes a circunstância do perigo iminente ou para impedir o suicídio, deixa de ser crime, inclusive, em depender do caso pode o médico responder por omissão de socorro se não realizar o procedimento para preservar a vida do paciente.

Independentemente de qual seja a situação o médico tem o dever de informar o paciente e seus familiares acerca do seu real estado de saúde e quais os riscos, inclusive de morte, no caso de paciente.

A proteção de todas as pessoas que compõem a sociedade, é a preocupação do direito penal utilitarista, vez que o Estado tem o dever assegurar o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais, assim “o principal objetivo da pena é que o evitar que o delinquente continue a conduta delitiva”. (MORAIS, 2005).

Do ponto de vista do Direito Penal Brasileiro, a não realização da transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, ainda que desse ato leve ao óbito do paciente, poderia caracterizar o crime de omissão de socorro.

Entretanto, parte da doutrina entende que tal quando o médico comunga a vontade do paciente de não submeter o paciente a transfusão sanguínea contra sua vontade, não comete delito algum.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no ângulo penal, inexistente crime sem culpa. Ora, na hipótese de recusa de tratamento, não haverá culpa por parte do médico em não ser este prestado. Não terá havido omissão de responsabilidade do médico, mas recusa a tratamento específico por parte do paciente. (PARECER, 1994).

Esse mesmo autor entende que não é possível se falar em ausência de ética médica em razão de não ter o médico realizado tratamento médico indispensável ao paciente, pois: “Igualmente, não haverá nesse caso responsabilidade do médico por falta ética. Falta que ele, aliás, não cometeu, porque se o tratamento, ou transfusão, não foram ministrados, isto se deu pela recusa por parte do paciente.” (PARECER, 1994).

4 A PROBLEMÁTICA NO CASO CONCRETO

O ponto crucial que envolve o assunto proposto neste trabalho é justamente quando há colisão dos direitos fundamentais, e a necessidade de solução no caso concreto, pois, por mais difícil que seja determinada situação há a incontestável necessidade de solução concreta.

No Brasil, Manoel Gonçalves Ferreira Filho analisou a recusa de tratamento médico sob o ponto de vista constitucional, considerando a situação das “Testemunhas de Jeová”, com fundamento na jurisdição americana.

Enquadrou a problemática daqueles que recusam a transfusão de sangue no âmbito do direito à privacidade, da liberdade religiosa e da liberdade de consciência, direitos que reclamam a não interferência do Estado para serem efetivados.

O dever do médico de intervir para salvar a vida do paciente foi classificado como um dever de fonte legal, norma com hierarquia inferior. Assim, o dever do médico de intervir contra a vontade do paciente e de seus familiares, em situações nas quais a vida corre perigo, foi considerado inconstitucional. A posição do paciente perante o médico assemelhar-se-ia à relação senhor-escravo (PARECER, 1994).

Paulo Sérgio Leite Fernandes, ao apreciar a questão sob o ponto de vista penal, chegou à conclusão de que a regra da legalidade posta na Constituição, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei tem o significado de permitir a conduta não proibida.

Na medida em que a lei não obriga à transfusão, o risco da recusa assumido pelo paciente inserir-se-ia na órbita da liberdade individual. Haveria, então, um espaço livre deixado ao paciente. O médico, de seu lado, pelo Código Penal brasileiro, tem a liberdade de

agir conforme seus deveres profissionais, desde que o faça respeitando a vontade do paciente, sob pena de constrangimento ilegal.

A intervenção médica realizada sem a consulta do paciente seria permitida apenas em casos de perigo de vida e na inexistência de oposição manifestada. A opinião do parecerista tem como origem a idéia de que existe a presunção de que o corpo e a vida individual são extensões da liberdade. A permissão do artigo 146, parágrafo 3º, do Código Penal, ou seja a de atuar sem o consentimento do paciente nos casos de iminente perigo de vida, apareceria como uma permissão fraca de atuação, dentro de um quadro de proibições (PARECER, ACERVO PESSOAL).

Os tribunais brasileiros não tem uma definição única de como se proceder. As decisões oscilam, e por certo que essas diferenças estão ligadas as convicções do magistrado. Há membros do Ministério Público que deixam de denunciar o médico que não aplica a transfusão, alegando que a conduta do médico poderia ser reprovada sob o ponto de vista da ética, nunca como ilícito penal. Há outros que se manifestam no sentido oposto, emocional e mesmo apelando ao irracional.

O Instituto do Coração de São Paulo, realizou em 2010 uma enquete entre os médicos, em foram ouvidos 564 médicos cardiologistas acerca problemática de qual decisão tomar quanto à transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, tal pesquisa pontuou que 33,9% dos médicos são favoráveis a realizar a transfusão de sangue, mesmo que diante da recusa da paciente.

Ao passo que 22,7% dos médicos entrevistados, entendem a vontade do paciente deve ser respeitada, e deve este ter sua autonomia assegurada, pelo que a transfusão de sangue não pode ser realizada. (GRINBERG, 2010).

Qual direito deve prevalecer? A Liberdade de se autodeterminar do paciente, tendo respeitada sua vontade de recusa (consciente) a não se submeter a transfusão de sangue, ainda que em última análise isso possa resultar no resultado morte? Ou, deverá prevalecer a imposição de tratamento arbitrário do ponto de vista médico para que se mantenha a vida daquele paciente?

Apontamos como os principais direitos em choque nesse conflito, o direito a vida face o direito de liberdade (religiosa).

Ambos os direitos são constitucionalmente protegidos, portanto, estamos diante da colisão de dois direitos fundamentais, que a apesar disso, como já identificamos no presente artigo, não tem esses direitos caráter absoluto, podendo ser relativizados diante de um fato concreto.

Pois bem, como bem ensina Kant, apenas pode ser livre aquele que tem autonomia, a Constituição Federal de 1988, prevê a inviolabilidade do direito à vida, isso não significa que o homem é obrigado a viver³.

De igual sorte também não há previsão constitucional de qualquer tipo de tratamento deva ser imposto a alguém, como Thibas, de forma brilhante:

A luz da constituição Federal, o paciente tem pleno direito de recusar um determinado tratamento médico, com fundamento no artigo 5º, II, que reza que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo (autonomia da vontade), salvo em virtude de lei (legalidade). No caso em tela, como não há lei que obrigue a optar por transfusão de sangue como tratamento para determinados casos, a recusa será legítima e deverá ser respeitada. E se não lei que determine não será o Judiciário – e muito menos a classe a médica – que determinará tal procedimento, salvo por consentimento do paciente. Aliás, um dispositivo legal nesse sentido seria absurdo tendo em vista os métodos de tratamento alternativos, inclusive em emergências. (THIBAS, 2010).

As Testemunhas de Jeová tem a convicção inequívoca de que ter contato com o sangue alheio é uma ofensa à sua convicção religiosa, portanto, realizar a transfusão de sangue, as pessoas que cultivam essa crença é ir contra tudo aquilo que acreditam no íntimo do seu ser.

Neste compasso, analisando a conduta de obrigar um Testemunha de Jeová, se submeter à realização de uma transfusão de sangue contra a sua vontade, é tirar-lhe a dignidade. Aos que se filiam a esta crença, mais vale uma morte digna, do que uma vida indigna, razão pela qual neste aparente conflito de direitos, o direito de liberdade (religiosa), deve prevalecer para que se impera a dignidade humana dos adeptos dessa religião.

5 CONCLUSÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana se tornou a base de justificativa para todos os direitos fundamentais, a autonomia do indivíduo é um desses direitos, pois expressa a liberdade de autodeterminação, com base em valores intrínsecos de cada indivíduo. A Constituição de 1988, trouxe em rol não taxativo de direitos fundamentais que devem ser analisados no conjunto de o que a pessoa representa para a sociedade, mas sem se olvidar de seu valor subjetivo.

³ Princípio da legalidade: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”.

Dentre os direitos necessários para se garantir dignidade humana, está o direito a saúde pública, que no Brasil está bem longe de ser tudo aquilo que está previsto pelo texto constitucional, não mostrando maiores evoluções desde a promulgação do texto constitucional, ao passo que a ética médica passou de um estado paternalista extremado para, o respeito a autonomia do paciente acerca dos procedimentos médicos que poderão ser adotado, havendo entretanto, resquícios desse paternalismo, com relação as situações limítrofes, onde via de regra prevalece a atuação ainda que contra a vontade do paciente para a manutenção da vida.

A questão da recusa do recebimento transfusão de sangue pelos adeptos dessa religião é algo que deve ser abordado com bastante cuidado e critério pelos operadores do direito, pois em que pese à vida, poder ser considerada como condição para a existência dos demais direitos fundamentais, este também não é absoluto.

Por certo que o tema focado no presente artigo engloba uma grande problemática, vezes porque a uma certa intuição de que o direito à vida deve prevalecer sempre, diante de qualquer outro direito. A pretensão do presente trabalho é demonstrar que busca da dignidade humana, não acaba com a vida. Pois, para certas religiões vai muito além disso, sendo preferível uma morte digna que uma vida indigna, razão pela qual entende-se que nessa colisão de direitos, a liberdade (de religião) deverá prevalecer, para se garantir a dignidade humana.

6 REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2:7, 2004.

BERTOLOZZI. M.R.; GRECO. R.M.: *As Políticas de Saúde no Brasil: Reconstrução Histórica e Perspectivas Atuais*. São Paulo. 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRITO, Sousa. Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética. Acta Paul Enferm, v. 21, n. 3, p. 498-503, 2008.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, vol.18,2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva., 2005, v.1.

GRINBERG, Max; CHEHAIBAR, Graziela Zlotnik. Enquete Testemunha de Jeová. Arq Bras Cardiol, v. 95, n. 6, p. 765-6, 2010.

FERRI. Luigi. Lá autonomia privata. Milano: Giuffrè, 1959.

LAFER, Celso. Ensaio sobre a Liberdade. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LEIRIA, Cláudio Da Silva. TRANSFUSÕES DE SANGUE CONTRA A VONTADE DE PACIENTE DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: UMA GRAVÍSSIMA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. Liminar, v. 3, p. 20, 2011.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MOTA, Silvia. Testemunha de Jeová e transfusão de sangue. Disponível em:<<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/testemunhajeova/testemunha-jeova.htm>>. Acesso em 27.12.13.

Parecer intitulado: Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994.

Parecer “Questão de Sangue- Testemunha de Jeová” – acervo pessoal.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.33.

SILVA DIAS, Augusto. A relevância jurídico penal das decisões de consciência. Coimbra: Almedina.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

SZANIAWSKI, elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOKARSKI, Mariane Cristine. Liberdade e vida: A recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7711>>. Acesso em: 27.12.2013.

THIBES, Jandira. Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová x responsabilidade médica. Revista de Direito, v. 12, n. 16, p. 21-42, 2010.

MORAES, Rodrigo Ienacco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal. Revista Jurídica Unijus, Uberaba, v. 8, p. 87-97, 2005.

SOUZA, Zelita da Silva. A ética médica eo respeito às crenças religiosas. Revista Bioética, v. 6, n. 1, 2009.