

PROCESSO: IAMSPE N. 11215/2010 (GDOC N. 16847-190733/2011)

PARECER: PA N. 128/2011

INTERESSADO: INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE

ASSUNTO: TRANSFUSÃO DE HEMODERIVADOS EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ

**EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE. Conduta médica. Paciente Testemunha de Jeová. Recusa a receber transfusão de sangue. Possibilidade. Conflito de Direitos Fundamentais. Direito à vida em confronto com a liberdade religiosa. Necessidade de Interpretação da Constituição Federal.**

1. Trata-se de processo oriundo do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE) que foi autuado como “CONSULTA JURÍDICA: TRANSFUSÃO DE HEMODERIVADOS EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ”, encaminhado a esta Especializada e distribuído à Procuradora do Estado Dra. Marisa Fátima Gaieski que prolatou o Parecer PA n. 108/2011 (As. 115/131). Esse Parecer, em bem lançado relatório, assim se manifestou:

“1. O Coordenador da Unidade Crítica de Pacientes Cirúrgicos relatou à Superintendência do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, que um paciente testemunha de Jeová internado no Hospital do Servidor Público, à época *“em estado grave com iminente risco de morte”*, necessitava de transfusão de hemoderivados para a realização de hemodiálise (fls. 2/3). A este relatório, anexou cópia de formulário padrão com *“Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”* assinado pelo referido paciente, por meio da qual afirmou sua crença religiosa e estipulou que *“não aceito NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida”* (fl. 4). Seu procurador nomeado autorizou a realização de hemodiálise e, na mesma oportunidade, reiterou que *“nenhuma transfusão de sangue deve ser usada”* (fl. 5 - destaque do original).

2. Juntou-se aos autos, ainda, cópia da orientação traçada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo sobre o tema<sup>1</sup> que evoluiu da determinação para a ação do médico mesmo em sentido contrário à recusa do paciente

1 Consulta n. 8.102/94 (fl. 6), Consulta n. 14.607/88 (fls. 7/8), Consulta n. 19.123/94 (fl. 9), Consulta n. 27.278/96 (fls. 11/12), Consulta n. 29.299/96 (fls. 13/14), Consulta n. 41.191/99 (fl. 15), Consulta n. 41.848/96 (fls. 16/17).

ao tratamento, quando em iminente risco de morte, para maior liberdade da conduta médica visando à preservação da vontade do paciente, mesmo em caso de iminente risco de morte - e de dois acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça deste Estado versando a matéria ora em análise<sup>2</sup>, os quais afirmam a prevalência do direito à vida sobre o direito à crença religiosa, permitindo ao médico a realização de transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová, mesmo com a resistência deste em submeter-se a tal tratamento.

A matéria, então, foi submetida pela Superintendência à análise da Consultoria Jurídica do IAMSPE, formulando-se três questões: “1. *Em pacientes com crença religiosa que manifestem o desejo de não serem submetidos à transfusão de produtos hemoderivados, a equipe médica pode ser responsabilizada caso proceda com a intervenção para salvar a vida do paciente? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição?* 2. *Em caso de respeitar sua autonomia de vontade mesmo em situações de grave risco de morte, o profissional poderá ser responsabilizado por omissão? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição?* 3. *Caso a equipe médica deseje realizar procedimentos na hipótese do item ‘1’ supra, há a necessidade/obrigatoriedade de a Instituição previamente obter autorização judicial?*”.

3. O Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010 (fls. 29/45) ressaltou que “*conflitam os princípios do direito à vida e do direito à liberdade religiosa (art. 5º)*”, e que, atualmente, a tendência dos Tribunais é de alteração do entendimento “*de que o direito à vida é absoluto e indisponível*” e, em caso de risco de morte, “*o médico, após esgotar as medidas alternativas à transfusão de sangue, tem o dever ético-profissional e legal de realizá-la, mesmo contra a vontade do paciente*”<sup>3</sup>, passando a aceitar “*o direito à liberdade religiosa, com decisões que, em se tratando de paciente maior de idade, que decida de forma válida, há possibilidade de recusa de transfusão de sangue, mesmo diante de risco de vida*”<sup>4</sup>.

2 Apelação Cível com revisão n. 442.163-4/1-00, 8ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagastira, j. 13/06/2007 (fls. 18/21), Apelação Cível n. 132.720-4/9-00, 5ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003 (fls. 22/25 e 87/90).

3 A parecerista refere os acórdãos que dão sustentação a este entendimento: HC n. 184.642/5, 9ª Câm., Rel. Des. Marrey Neto, j. 30/08/1989 e Apelação Cível n. 123.430-4/4-00, 3ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 18/06/2002.

4 A parecerista lista os acórdãos que propugnam a tese mais moderna: AI n. 70032799041, 12ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. 12/03/2010, AI n. 22.395/2006, 5ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Rel. Des. Sebastião de Almeida, AI n. 1.0701.07.191519-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, publ. 04/09/2001.

Além disso, consignou que “nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida” e, havendo ampla tutela, pela Constituição Federal, da liberdade religiosa (arts. 5º, IV, VI, VII, VIII, 19, 1, 143, § 1º, 150, 210, § 1º e 226, § 2º), sendo invioláveis a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, X, da CF), bem como a matéria estar consolidada no direito comparado, no sentido “de que um paciente maior e capaz e estando no gozo de suas faculdades mentais pode recusar e optar por realizar tratamento médico, mesmo ciente do risco que impõe a sua vida”, posição, aliás, adotada por Luís Roberto Barroso em estudo elaborado para responder à consulta feita pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e publicado em 05/04/2010<sup>5</sup>, concluiu que, “antes de impor uma transfusão ao paciente, os médicos e os tribunais devem serenamente analisar os riscos das transfusões e o impacto emocional advindo do desrespeito à intimidade e à dignidade do cidadão”, reconhecendo-se a vontade do paciente que a manifesta “de forma válida, livre, inequívoca e informada sobre os riscos”, como relatado no caso posto nos presentes autos. Caso contrário - paciente que não goza da capacidade de autodeterminar-se - entendeu o parecer que “deve-se realizar a transfusão de sangue, quando for a única alternativa de salvar sua vida”. Quanto a pacientes menores de idade, afirmou que “não há qualquer controvérsia no mundo jurídico: sempre que necessário, o sangue deve ser ministrado ao menor, independentemente da vontade dos pais, cabendo ao Poder Judiciário substituí-la e autorizar o tratamento médico”. Nessa linha de pensamento, finalizou, *verbis*:

*“a) No caso de paciente maior, é possível a recusa da transfusão de sangue, mesmo que exista risco de vida, desde que o paciente assim decida de forma válida, informada, livre e consciente. Neste caso, o médico e sua equipe devem: a1) esgotar as terapias alternativas; a2) se ainda assim, permanecer a necessidade de transfusão e estiver presente o risco de vida, devem informar os riscos ao paciente ou seu representante legal; ai) permanecendo a recusa da transfusão de forma válida (...), deverão se acautelar com prontuário médico constando todas as circunstâncias, documentos firmados com o paciente e inclusive com termo de isenção de responsabilidade em face da decisão do paciente, o que não poderá lhe gerar qualquer responsabilização civil, criminal ou ética.*

*Se mesmo contra a vontade do paciente que decida de forma válida, livre, consciente e informada, o médico deseje realizar a transfusão de sangue, deve obter autorização judicial para se resguardar. Observo que esta conduta é contrária ao entendimento esposado neste opinativo jurídico.*

*No caso do médico entender que a falta de transfusão contrarie sua consciência poderá se afastar do caso, desde que informe o paciente ou seu representante legal e assegure a continuidade do tratamento.*

5 Cópia deste estudo, intitulado *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*, foi encartada pela parecerista às fls. 46/86 dos autos.

No caso de menores de idade ou paciente que não estejam no gozo de sua capacidade, o médico e sua equipe, após esgotadas todas as alternativas à transfusão de sangue, poderão realizá-la em caso de haver risco de vida”.

4. Juntadas cópias do parecer elaborado por Luís Roberto Barroso (fls. 46/86) e de julgados prolatados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>6</sup>, a Chefia da Consultoria Jurídica do IAMSPE aprovou o Parecer CJ n. 684/2010, com ressalvas, para afirmar que, no caso de paciente testemunha de Jeová, maior e capaz, que haja manifestado livremente a sua vontade pessoal, antes do procedimento, não transferível a procurador, de não receber transfusão de sangue, o médico poderá ceder à solicitação do paciente. No entanto, se o paciente for menor ou incapaz e estiver em risco de vida ou grave lesão e seu representante legal não autorizar a transfusão de sangue, entendeu ser *“necessário ingressar com Medida Judicial, a fim de obter suprimento de consentimento para a realização do aludido procedimento médico. No caso de paciente maior e capaz, se surgir dúvida no que tange à validade do consentimento, recomendo que se obtenha autorização judicial para a transfusão de sangue. Caso não haja tempo hábil para ingressar com medida judicial, de suprimento ou autorização, o médico deverá optar pela transfusão de sangue”*. Ao final, acolhendo proposta do parecer aprovado, alegando *“se tratar de questão polêmica e que envolve direito à vida e à liberdade de crença e, em consequência, o princípio da dignidade humana”*, propôs o encaminhamento dos autos à análise desta Procuradoria Administrativa (fls. 101/102).

5. Com estes dados, o processo vem a esta Especializada, conforme determinação do Subprocurador-Geral do Estado - Área da Consultoria Geral (fl. 103), juntando-se, na oportunidade, cópia do acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Ordinário em HC n. 7.785-SP (fls. 104/114), valendo notar, desde já, que o mesmo não se coaduna com a matéria aqui tratada, pois cuida de ação penal movida contra médico Testemunha de Jeová que impediu a transfusão de sangue em paciente adepta da mesma seita religiosa e que, de resto, não adentrou no mérito da questão de fundo ora versada” (fls. 115/120).

2. Adoto, inicialmente, esse relatório que bem sintetizou as questões envolvidas no processo, bem como as manifestações precedentes até o seu encaminhamento a esta Especializada.

3. O já mencionado Parecer PA n. 108/2011, dentre outros pontos, destacou que: a) a questão em discussão é bastante polêmica e sobre ela existe “extensa e antiga controvérsia” (fls. 120); b) a consulta deve ser enfrentada sob o ponto de vista da ética médica e das normas editadas pelos órgãos que dela cuidam, com

6 Apelação Cível n. 132.720-4/9-00, 5ª Câ. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003 (fls. 87/90) e HC n. 253.458-3/1 (fls. 91/100).

vistas a “tranquilizar e juridicizar a conduta do médico como agente público especializado” (fls. 121); c) “o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução CFM n. 1.931/2009, aprovando o Código de Ética Médica, que contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão” (fls. 122); d) dentre as normas previstas pelo Código, existe expressa disposição sobre situações que envolvem risco de morte<sup>7</sup> (fls. 122/123); e) assim, quando o profissional médico concluir encontrar-se o paciente sob seus cuidados em eminente risco de morte deverá agir de acordo com as citadas normas (fls. 124); f) há Parecer específico no âmbito do Conselho Federal de Medicina disciplinando esse procedimento<sup>8</sup> (fls. 124); g) essa mesma solução foi dada pelo Conselho Regional de Medicina ao responder consulta sobre o tema<sup>9</sup> (fls. 125/126); h) há lei estadual sobre essa questão - Lei n. 10.241/99 (fls. 126); i) para solução da questão, o elemento essencial deve ser o profissional médico seguir os princípios éticos ditados pela entidade que detém competência para a fiscalização da medicina (fls. 127); j) essa solução foi chancelada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>10</sup> (fls. 128).

7 O Parecer PA n. 108/2011 transcreveu as normas em questão. Nesse sentido, confira-se: “Capítulo IV— Direitos Humanos - É vedado ao médico:

Art. 22. 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.**

Art. 23 - Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24 - 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 (...) Capítulo V - Relação com pacientes e familiares.

Art. 31 - Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32 - Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente” (fls. 123, grifos no original).

8 Segundo o Parecer PA n. 108/2011, trata-se de Parecer prolatado no Processo CFM n. 21/80, portanto na vigência da Constituição Federal de 1967, mas que ainda é referência da classe médica por nortear a conduta do profissional médico (fls. 124, nota de rodapé n. 17). O Parecer PA n. 108/2011 transcreveu as conclusões desse Parecer. Confira-se: “CONCLUSÃO - Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a sua Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; .2ª - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis” (fls. 125, cópia de fls. 132/4).

9 Consulta n. 14.607/88 cuja cópia está juntada às fls. 7/8 deste expediente.

10 O Parecer PA n. 108/2011 mencionou expressamente o acórdão proferido na apelação cível 123.4304/4-00 do Tribunal de Justiça, relator o Des. Flávio Pinheiro. Vale a pena transcrever parte do trecho mencionado. “**Igualmente, não se pode obrigar o Estado a indenizar paciente ou familiares simplesmente por transfusão de sangue não autorizada em virtude de convicção religiosa ante a prevalência do direito indeclinável de proteção à vida** (TJSP, Ap. 123.430-4/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, em 7.5.2002)” (conf. fls. 128, grifos no original).

4. Em consequência, em breve resumo, concluiu o Parecer que: a) o profissional médico deve sempre seguir as normas do Conselho Federal de Medicina; b) em caso de “situações de grave risco de morte”, não há dúvida de que o médico deverá realizar a transfusão de sangue; c) havendo fundado receio de que haverá impedimento real por parte do paciente, de seu representante legal ou de membro de sua família, para o pleno exercício da atividade médica, é aconselhável a intervenção do Poder Judiciário.

5. Após a prolação do Parecer PA n. 108/2011, os autos foram encaminhados à Chefia Substituta desta Especializada para sua devida aprovação.

6. A Senhora Procuradora do Estado Chefe Substituta desta Especializada manifestou entendimento de que a matéria de fundo tratada no referido Parecer PA envolveria o direito à vida em confronto com a liberdade de crença religiosa, alvo de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, pelo que conveniente colher-se outra opinião sobre o tema (fls. 135).

#### **É o relatório. Passo a opinar.**

7. Conforme se depreende da consulta formulada e das manifestações precedentes, há dúvida sobre como devem proceder os profissionais dos órgãos públicos estaduais, especialmente os médicos, nos casos em que o paciente, maior de idade, por convicção religiosa, se recusa a receber transfusão de sangue, ocorrendo risco de morte. A consulta se desdobra para que seja analisada hipótese de o paciente ser menor de idade e seus pais ou responsáveis se manifestem, em razão da mesma crença religiosa, no sentido de nele não se fazer transfusão de sangue passando o menor também a correr risco de morte.

8. Tal dúvida tem pertinência, eis que, segundo relatado, as pessoas adeptas da religião “Testemunhas de Jeová” se recusam, quase sempre, a receber transfusão de sangue, conduta essa que, muitas vezes, as coloca em risco de morte. Assim, diante dessa situação, a questão assumiria duas dimensões distintas: a) qual a conduta a ser adotada no Estado de São Paulo quando essa situação vier a ocorrer; b) quais as consequências para os médicos responsáveis, os quais, pelo teor da consulta (fls. 20/21), temem ser responsabilizados, seja em âmbito ético perante seu órgão fiscalizador, seja ainda em âmbito civil e/ou criminal, se não cumprirem as normas regulamentares sobre a matéria.

9. O tema é polêmico e reveste-se de suma gravidade, justificando nova análise no âmbito desta Especializada.

10. Como já ressaltado no próprio Parecer PA n. 108/2011 e reiterado na manifestação de fls. 135 da Senhora Chefe Substituta desta Especializada, a questão envolve a necessidade de compatibilizar dois direitos previstos na Constituição Federal em situação de conflito entre eles. Tal se dá na medida em que a Constituição Federal consagra, igualmente, como direitos fundamentais, tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade, especificamente, no caso, o direito à liberdade religiosa.

**11. Assim, a questão a ser enfrentada é como solucionar esse “conflito entre direitos fundamentais”, eis que ambos foram previstos na Constituição Federal.**

12. Cabe, inicialmente, consignar o alto nível das peças opinativas que instruem o presente processo, as quais analisaram a matéria de modo absolutamente completo com vistas a solucionar as questões supracolocadas. Nesse sentido, todas as manifestações jurídicas existentes neste processo (o Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010<sup>11</sup> - fls. 29/45; o Parecer do Excelentíssimo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor Luís Roberto Barroso, conhecido constitucionalista pátrio - fls. 46/86; a manifestação da Procuradora do Estado Respondendo pela Chefia da CJ do IAMSPE de fls. 101/102 e o Parecer PA n. 108/2011 - fls. 115/131) trataram a matéria com extremo cuidado e rigor, procurando dar, cada qual com excelentes argumentos, a melhor solução para o caso concreto.

13. Antes de responder as questões suscitadas, parece ser conveniente verificar os termos em que a Constituição Federal proclamou os direitos envolvidos nessa consulta e o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal análise será feita de modo bastante sumário, por não ser objeto deste Parecer a análise desses direitos em si, nem todas as consequências deles decorrentes, mas simplesmente responder especificamente às dúvidas suscitadas.

14. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana consta da Constituição Federal como um dos fundamentos da República<sup>12</sup>. Analisando esse princípio, assim se manifestou o Professor Luís Roberto Barroso no Parecer de fls. 46/86:

“8. A dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. Na Constituição

11 Parecerista a Dra. Adriana Haddad Uzum.

12 **Constituição Federal** - “Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana...”.

brasileira, a dignidade da pessoa humana vem inscrita como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

9. Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

10. De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial. Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública.

11. Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais

não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia” (Parecer, fls. 53/55<sup>13</sup>).

15. Já os direitos à vida e à liberdade foram tratados no *caput do art. 5º da Constituição Federal como “direitos fundamentais invioláveis”*<sup>14</sup>. *Analisando especificamente o direito à vida, assim se manifestou mesmo o Professor Luís Roberto Barroso no mencionado Parecer:*

“30. Conquanto não seja absoluto, nem tampouco hierarquicamente superior, é razoável sustentar que o direito à vida tem um peso abstrato maior, desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional. E isso não apenas pela valia do seu conteúdo intrínseco, mas também por ser pré-condição para a própria dignidade e para o exercício dos demais direitos fundamentais. Como consequência, inverte-se aqui a proposição assentada em relação aos direitos em geral: o direito à vida é, *prima facie*, indisponível, não sendo o ato de vontade do titular - o consentimento - causa suficiente para sua flexibilização. Nesse caso, o direito geral de liberdade cede o passo, preterido pela legítima imposição da dignidade como heteronomia, pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima” (Parecer, fls. 6615).

16. Já a liberdade de consciência e crença, categoria onde se inserem as convicções religiosas, também está constitucionalmente protegida, nos termos do art. 5º, VI<sup>16</sup>, da Constituição Federal. Sobre esse assunto, o mencionado Parecer assim se posicionou.

“37. De tudo isso se extrai que a ordem jurídica brasileira não é hostil ao fenômeno religioso. Muito ao revés: embora rejeite a criação de religiões oficiais ou a subvenção

13 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

14 **Constituição Federal** - “**Artigo 5º**. 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.”

15 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

16 **Constituição Federal** - “**Artigo 5º** ... VI - 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 credos pelo Erário, a Constituição tutela amplamente a liberdade religiosa e traça inúmeras relações entre o Estado e as religiões por meio de medidas como a previsão de assistência religiosa, de ensino religioso nas escolas públicas e de colaborações de interesse público, além da possibilidade de alegar escusa de consciência para se eximir de obrigação imposta a todos. Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a *laicidade*, mas não prega o *laicismo* - compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso. A ordem constitucional reconhece a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia.

38. Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual. A indagação não comporta resposta juridicamente simples nem moralmente barata.”

(Parecer, fls. 71/72<sup>17</sup>)

17. Feita essa breve análise sobre o conteúdo dos dispositivos constitucionais em questão, parece fora de dúvida que a Constituição Federal consagrou tanto o princípio da dignidade humana quanto os direitos à vida e à liberdade religiosa. Assim, a situação em exame está a configurar uma contraposição de direitos fundamentais, pelo que, para solucioná-la, será necessária interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais a eles pertinentes.

18. Antes de iniciar essa análise, indispensável fazer duas advertências.

19. A primeira consiste em reconhecer que a solução da questão suscitada na consulta e a resposta a ela (afirmativa ou negativa), como já frisado, não é tarefa fácil nem simples e envolverá certa dose de subjetividade. Com isso, quer-se consignar que, em tese, a situação poderia admitir duas soluções a depender do foco da ponderação de direitos a ser feita. Nesse sentido, constata-se que o Parecer prolatado pelo ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso e o pela Consultoria Jurídica do

---

17 Transição do Parecer, sem as notas de rodapé.

IAMSPE concluíram ser legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová, em caso de risco de morte, enquanto o Parecer PA n. 108/2011 optou por dar ao caso solução diversa<sup>18</sup>.

20. Já a segunda advertência consiste em reconhecer que a solução a ser dada deve abranger apenas a situação ora em exame, não sendo hábil a produzir efeitos gerais para outros casos onde as circunstâncias não sejam idênticas. Com isso, quer-se consignar que a ponderação de direitos fundamentais é algo extremamente complexo e que apenas deve ser feita, caso a caso, dentro de situações que envolvam conflito entre esses direitos.

21. Assim, a questão em exame visa, em última análise, a enfrentar possível colisão de normas constitucionais. A situação é, todavia, bastante singular, por essa possível colisão de normas constitucionais referir-se a dois direitos do mesmo titular, ou seja, não se está contrapondo direitos de pessoas diversas, mas o exercício de dois direitos, aparentemente antagônicos, pelo mesmo titular.

22. Passa-se inicialmente a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos elementos essenciais desse conflito. Ao que parece, tal princípio, previsto expressamente na Constituição Federal, tem sido reconhecido como fundamental e indispensável para análise de qualquer tema constitucional.

23. Nesse sentido, cabe ressaltar recentíssima decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADIN 4277 e na ADPF 132<sup>19</sup> sobre o sentido de “família”, constante do art. 226<sup>20</sup> da Constituição Federal.

18 O Parecer proferido pela CJ/IAMSPE, ao analisar a jurisprudência sobre a questão, afirmou e demonstrou não haver decisões judiciais uniformes. Confirmam-se os itens 9 e 10 daquele Parecer (fis. 32/36). O próprio Parecer prolatado pelo Professor Luís Roberto Barroso também mencionou divergência de opiniões no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, confira-se o item 2 do Parecer (fis. 48/49).

19 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foram julgadas em conjunto, nos dias 04 e 05 de maio de 2011 e versavam sobre a possibilidade de se reconhecer as uniões homoafetivas dentro do conceito de “família”. Os acórdãos foram publicados em 14/10/2011, conforme sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

20 Constituição Federal] - “Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010) § 7º - Fundado nos

24. Face à importância das decisões, sobretudo pela forma como foi utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana para o deslinde do feito, conveniente transcrever algumas das manifestações dos eminentes Ministros que delas participaram.

“34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º da CF) e assim poderoso fator de afirmação e elevação pessoal.”

(voto do Ministro Carlos Britto, fls. 638 - grifos nossos)

“3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.

4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.

5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana - em sua vertente da proteção da autonomia individual - e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.”

(voto do Ministro Luiz Fux, fls. 660/661 - grifos nossos)

“Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.” (voto da Ministra Carmen Lúcia, fls. 699 - grifos nossos)

“Ora, embora essa relação não se caracterize como união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.”

(voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 713 - grifos nossos)

---

princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

“O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanção do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros.”

(voto do Ministro Joaquim Barbosa, fls. 725 - grifos nossos)

“Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito à liberdade e em concordância com outros princípios constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1o, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3o, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4o, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5o, caput);...” (voto do Ministro Gilmar Mendes, fls. 779 - grifos nossos)

“A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do art. 226 e parágrafos da Carta de República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família.”

(voto do Ministro Marco Aurélio, fls. 813 - grifos nossos)

“Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do art. 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e do respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais.”

(voto do Ministro Marco Aurélio, fls. 821 – grifos nossos)

“Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à dimensão que privilegia o sentido da inclusão decorrente da dimensão que privilegia o sentido da inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1o, III, e art. 3o, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.”

(voto do Ministro Celso de Mello, fls. 844/5 - grifos nossos)

“Não se trata de *numerus clausus*. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso.” (voto do Ministro Cezar Peluso, fls. 874 - grifos nossos)

25. Em consequência, após esses julgamentos, proferidos pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se, ao que tudo indica, a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento definidor da essência e do sentido das demais normas constitucionais<sup>21</sup>.

26. Nessas condições, fixada esta premissa, cabe verificar no caso em exame qual o bem jurídico que seria melhor atendido para fins de concretamente exercer-se, com a maior plenitude possível, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o princípio da dignidade humana estará melhor atendido no caso, ora em análise, se a pessoa humana em questão - o adepto da religião Testemunha de Jeová - puder, se essa for sua real vontade, não receber sangue ou outros hemoderivados, ou se, ao contrário, para a concretização desse princípio ser necessário receber, mesmo contra sua vontade, esse sangue ou outros hemoderivados.

---

21 Cabe consignar que, segundo o Ministro Gilmar Mendes “*não existem princípios absolutos, sujeitos que estão, em sua totalidade, a juízos de ponderação - em cada situação hermenêutica - com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia constitucional. A propósito, lembremos que Alexy, por exemplo, sustenta a relatividade desse valor, a partir da tese de que, diante do enunciado do art. 1º 1, da Lei Fundamental de Bonn, tem-se a impressão de que a dignidade da pessoa configura um valor absoluto, mas o que ocorre, em verdade, é que essa norma é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio. E mais, prossegue esse autor, em relação ao que nela é princípio, existe um amplo grupo de condições de precedência, assim como um elevado grau de segurança no sentido de que, presentes tais condições, ela prevalece sobre as normas contrapostas; já com respeito à regra que ali se contém, diz-no o mesmo Alexy que não cabe indagar em abstrato se ela precede ou não a outras normas, mas tão somente se, numa dada situação concreta, ela foi violada, resposta que ele mesmo considera difícil porque, diante da imprecisão da norma da dignidade humana, existe um amplo espectro de soluções igualmente razoáveis para essa indagação. Por isso, em palavras do próprio Alexy, o princípio da Dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições. (...) Em suma, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo - até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos -, mas tão somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental...*” (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, págs. 150/151, grifos nossos)

27. Em consequência, cabe neste momento ao intérprete tentar enfocar se nesse caso concreto deve prevalecer a liberdade da pessoa humana de agir de acordo com sua vontade - e assumir as consequências de seus atos - ou se o Estado tem o dever de impor-lhe uma solução, por ela não desejada, mas que lhe garanta o direito à vida.

28. Em questões em que não existe o chamado “risco de morte”, parece que a solução é mais simples, eis que é juridicamente possível pessoa que necessita da transfusão de sangue ou de outros hemoderivados recusar-se a receber essa transfusão. Tal situação se coloca dentro da esfera de liberdade, que todos possuem, de submeter-se, ou não, a tratamento de saúde. Isso ocorre - e até com frequência - quando pacientes procuram médicos e acabam por não seguir as prescrições deles recebidas.

29. A situação ganha contornos deontológicos extremos quando a transfusão de sangue ou de outro hemoderivado é, aparentemente, a única medida médica apta a salvar o paciente de morte certa. É nessa situação, ao que parece, que se encontra “a inviolabilidade do direito à vida”, prevista na norma do *caput do art. 5º da Constituição Federal*. *Em outras palavras, aí caberia, sempre, aos médicos tomar todas as medidas para salvar a vida do paciente. Do ponto de vista da Administração, cabe ainda trazer à colação a norma do art. 196<sup>22</sup> da Constituição Federal, que consagra ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Assim, com base nessa norma, específica para o campo da saúde humana, poder-se-ia acrescentar novo argumento à discussão, no sentido de caber sempre ao Estado e seus agentes tudo fazer para salvar vidas<sup>23</sup>.*

30. Não obstante as colocações acima, é importante relembrar que, assim como o direito à vida, o direito à liberdade também se encontra previsto no *caput*

22 Constituição Federal - “Artigo 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido

23 *me* diante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“1) Direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 2) O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atenção no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.” (AgRg no RE n. 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.2000).

do art. 5º da Constituição Federal, de sorte que a ele também se aplica a qualificação de “inviolável”. Portanto, rigorosamente, ambos os direitos possuem o mesmo grau de importância e ambos são, nos termos da Constituição Federal, “invioláveis”.

31. Cabe, outrossim, ressaltar que, como bem ressaltado no Parecer proferido pela Consultoria Jurídica do IAMSPE, nenhum direito é absoluto<sup>24</sup>.

32. Assim, não obstante a previsão expressa do direito à vida na Constituição Federal, há permissivo constitucional de condenação à pena de morte em caso de guerra. Há, ainda, a possibilidade de aborto no caso de gravidez resultante de crime de estupro ou quando há grave ameaça à vida da mãe. No que se refere ao direito à liberdade, há evidentes limitações, tanto as previstas em lei<sup>25</sup>, quanto as decorrentes do próprio direito de terceiros.

33. Em suma, tais direitos não são absolutos. Todavia, como direitos fundamentais devem ser exercidos pelos seus titulares, com a maior plenitude possível. Em consequência, o que parece evidente quanto ao conteúdo do direito à vida é que cabe ao Estado tomar todas as medidas com vistas a fazer com que esse direito possa sempre ser exercido por todos e, assim, dentre outras medidas, punir as condutas que, de alguma forma, coloquem em risco esse direito<sup>26</sup>. Já no tocante ao direito à liberdade, o que se espera do Estado é a mesma postura, ou seja, que tome todas as medidas com vistas a fazer com que todos o exerçam, no grau mais elevado, e que puna as condutas que possam afetar a devida fruição desse direito.

34. Como já ressaltado, não sendo objetivo deste Parecer discorrer sobre o conteúdo dos direitos em comento, nem sobre sua amplitude, deixa-se de efetuar qualquer análise complementar, seja quanto ao direito à vida, seja ao direito à liberdade.

35. Assim, de se concluir que tanto um quanto outro são direitos fundamentais a serem exercidos por seus titulares nos limites permitidos pela ordem jurídica (Constituição ou leis), cabendo ao Estado assegurar condições para esse exercício.

---

24 Nesse sentido, confira-se o decidido no MS 23.452/RJ. Rel. o Ministro Celso de Mello: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

25 Constituição Federal - “Artigo 5º...II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

26 Nesse sentido, afirmou o Parecer de fls.46/86: “Diante disso, criminalizar atos que atentem contra a vida humana faz parte do receituário básico de qualquer sociedade civilizada. No caso brasileiro, pune-se não apenas o homicídio e o auxílio ou instigação ao suicídio, mas também o transplante de órgãos que resulte em morte certa do doador...” (Parecer, fls. 65, sem as notas de rodapé).

36. A questão a ser enfrentada é se o mesmo titular do direito à vida, dele pode dispor, em nome de sua liberdade de escolher caminhos, sendo que, dentro dessa liberdade, pode ser incluída a liberdade de crença religiosa e de agir de acordo com seus dogmas.

37. Afora o direito à preservação da vida, não parece existir qualquer norma que vede o exercício da liberdade religiosa em qualquer atividade lícita. Com isso, pretende-se afirmar que a legislação pode impor - e normalmente o fez - restrições à liberdade da pessoa de eventualmente praticar certos atos contra si mesmo, como o autoflagelo e a automutilação, ainda que de cunho religioso, ou seja, a prática de atos contra o próprio corpo, em nome de convicções religiosas.

38. Todavia, afora casos extremos, parece não caber ao Estado a tutela das liberdades de escolha dos titulares do direito à liberdade que podem, portanto, dele livremente dispor. Assim, lembra o professor Luís Roberto Barroso que o Estado não pode proibir alguém de prestar ajuda humanitária em região de guerra, ou de praticar esportes radicais, ainda que o risco seja elevado ao extremo, por se tratar de escolhas existenciais legítimas. Igualmente, o Estado não pode impedir uma mulher de engravidar pelo fato de ser portadora de alguma condição associada a elevado risco de morte na gestação<sup>27</sup>. Em suma, existe uma esfera íntima de decisão, cujo titular do direito à liberdade pode sempre empregar, sem que a Administração possa, legitimamente, a ela se opor.

39. No confronto dos direitos fundamentais em questão e buscando dar o melhor significado ao princípio da dignidade da pessoa humana, a solução da questão ora enfocada - a possibilidade de recusa do adepto da religião Testemunha de Jeová de receber sangue ou outro hemoderivado, mesmo correndo risco de morte<sup>28</sup> - parece pender para a prevalência do direito à liberdade.

40. Com efeito, trata-se de pessoas maiores de idade que possuem, pela Constituição, direito à liberdade de praticar todos os atos não vedados pela ordem jurídica em vigor.

41. Dentre as várias liberdades que a Constituição Federal consagra às pessoas é prevista a liberdade de crença religiosa, o que significa a liberdade de professar a crença religiosa livremente escolhida e seguir, se assim o desejar, os dogmas e preceitos dessa religião, desde que, também, não envolvam a prática de atos vedados pela ordem jurídica em vigor.

---

27 Conf. Parecer, fls. 67.

28 Não se discute neste Parecer qualquer ponto dessa assertiva, nem se emite qualquer juízo de valor sobre ela. Essa conduta foi descrita na consulta como existente, pelo menos, em vários casos e ela é analisada dentro dessa perspectiva, ainda que não se ateste que ela sempre ocorra.

42. Em última análise, a questão em discussão refere-se a exercício de direitos do próprio titular, ou seja, com sua conduta, ele não está prejudicando os direitos de qualquer outro ser humano.

43. Assim, o paciente em tratamento médico, titular de vários direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre eles, o direito à liberdade religiosa e o direito à vida - e, dentro dele, o de receber do Estado todas as medidas necessárias à preservação de sua saúde, nos termos do art. 196 - poderá escolher quais desses direitos ele prefere exercitar, desde que sua conduta não afete direito de outrem.

44. Em outras palavras, o que está a ocorrer é que o paciente, titular do direito à vida e à liberdade e com direito de ter sua dignidade de pessoa humana sempre preservada, poderá, dentro da sua esfera de liberdade, aceitar, ou não, determinada prescrição médica. Dentro da esfera de sua liberdade, o paciente poderá optar, livremente, por: a) seguir rigorosamente as prescrições médicas recebidas; b) seguir apenas parcialmente as prescrições médicas recebidas - e assim, optar por não seguir uma ou algumas dessas prescrições; c) recusar totalmente as prescrições recebidas.

45. Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a atuação do intérprete, como recentemente reafirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADIN 4277 e da ADPF 132, parece indicar que a decisão final sobre o conteúdo do direito à vida do paciente, maior de idade e plenamente capaz, deve ser por ele exercitada, da maneira que, livremente, entender ser a mais adequada, não cabendo ao Estado ou a seus agentes atuarem dentro dessa esfera.

46. Desnecessário consignar que o Estado e seus agentes deverão, sempre, fornecer ao paciente todas as informações necessárias ou convenientes ao tratamento, o que, no caso em exame, está a significar que devem sempre informar o paciente das consequências da recusa da transfusão. Além de prestar todas as informações, os médicos devem assegurar que a recusa foi dada, de modo livre e por paciente com totais condições de discernimento. Nesse sentido, a recusa deverá ser dada em condições de plena aptidão do paciente para manifestar sua vontade, excluídas todas as situações em que isso não ocorra<sup>29</sup>.

---

29 O Parecer de fls. 46/86 buscou listar situações em que possa não existir essa aptidão para a recusa. Nesse sentido afirmou: "... o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição" (fls. 76). O Parecer também alertou que a decisão de recusar a transfusão deve "ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas, ... como induções, pressões ou ameaças" (fls. 77).

47. Esse ponto parece-me de fundamental importância, pois se, por um lado, se admite que o paciente possa optar entre receber, ou não, determinado tratamento médico, há, por outro, a obrigação dos agentes do Estado de informar, da maneira a mais clara e precisa possível, os riscos, os benefícios da transfusão de sangue e as possíveis consequências da eventual recusa em receber essa transfusão. Cabem, ainda, aos médicos avaliar se a recusa se deu com pleno conhecimento das suas consequências.

48. Assim, no caso em exame, o Estado e os médicos não têm o direito de efetuar compulsoriamente qualquer transfusão de sangue ou outro hemoderivado em paciente maior de idade que, livre e conscientemente, se recuse a recebê-la. Todavia, para que essa situação possa ocorrer, é necessário que o paciente manifeste, de forma válida e inequívoca, sua vontade, tendo plena ciência das consequências de seu ato e, sobretudo, do risco de morte.

49. A recusa em receber a transfusão deve ser livre, inequívoca, personalíssima, expressa e atual, de modo a não deixar qualquer dúvida sobre a ciência do risco de morte pelo paciente. Portanto, sendo personalíssima, deve ela ser efetivada apenas pelo próprio paciente, o que elimina a possibilidade de ser feita por outra pessoa (parente ou representante legal).

50. Essa orientação, baseada na observância do princípio da dignidade da pessoa humana e na adequada ponderação de valores, de modo a possibilitar o exercício dos direitos fundamentais pelos seus titulares, ao que parece, não passou despercebida pelo legislador estadual paulista que, em 1999, promulgou a Lei n. 10.241.

51. Essa lei prevê os direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo e dispõe, no art. 2º, VII, que:

“Art. 2o - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

(...)

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;

(...)”

52. Como se pode constatar, o Estado de São Paulo, no exercício da competência comum de que dispõe em matéria de saúde, nos termos do art. 23<sup>30</sup>

30 Constituição Federal - “Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)”.

da Constituição Federal, houve por bem disciplinar os direitos dos usuários dos serviços de saúde em seu território, tendo previsto, como um desses direitos, o de poder recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, eventual tratamento proposto pelo médico por ele responsável. Tal direito, como aqui concluído, não foi excepcionado nos casos em que estivesse em risco a vida do paciente.

53. A menção *supra* não significa, por óbvio, interpretar o direito constitucional à luz do direito infraconstitucional, o que configuraria prática vedada segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional, mas apenas integrar o tema dentro de um harmonioso sistema jurídico, existente por indicação do próprio legislador constituinte.

54. Caso o presente Parecer venha a ser aprovado pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado, consigno que, para fins de se dar a devida publicidade às conclusões dele constantes, é conveniente a remessa dos autos à Secretaria da Saúde para analisar a conveniência de se editar Portaria específica sobre a questão.

55. Concluída essa análise no que se refere ao paciente maior de idade, parece conveniente fazer análise específica sobre pacientes menores de idade que eventualmente professem a mesma religião - Testemunha de Jeová - ou cujos pais ou responsáveis o façam.

56. Fixou-se a orientação de que a recusa em receber transfusão de sangue ou outro hemoderivado, em caso de risco de morte, apenas é válida se o paciente for plenamente capaz de tomar essa decisão de modo livre e plenamente informado das consequências, decisão essa que deve ser tomada pelo próprio paciente, não sendo supérfluo nem por parente, nem por representante legal.

57. No caso de paciente menor, não há possibilidade de se aceitar sua declaração, eis que, nos termos da legislação em vigor, a menoridade implica incapacidade de tomar decisões, sobretudo quando existe risco de morte. Assim, no caso de paciente menor, não há qualquer possibilidade de ser aplicada a solução acima construída.

58. Nesse sentido, merece integral acolhida a conclusão do Parecer CJ/IAMS-PE n. 684/2010 assim manifestada:

“16. De outra parte, com relação a menores, não há qualquer controvérsia no mundo jurídico: sempre que necessário, o sangue deve ser ministrado ao menor, independentemente da vontade dos pais, cabendo ao Poder Judiciário substituí-la e autorizar o tratamento médico. Não se tem notícia de um precedente sequer que tenha decidido o contrário, havendo condenações de pais e de representantes da religião na esfera criminal por homicídio, quando atuaram de forma decisiva, a impedir a transfusão que salvaria a vida da criança ou adolescente que morreu” (fls. 41).

59. Tendo em vista que a consulta formulada, além de buscar orientação jurídica sobre a postura correta dos profissionais médicos do Estado de São Paulo em casos de recusa, por convicção religiosa, de transfusão de sangue com risco de morte do paciente, demanda, também, orientação sobre como se dar o devido respaldo para evitar aos médicos problemas de cunho ético, civil ou criminal, passa-se a tecer considerações a esse respeito.

60. De início, convém ressaltar que qualquer tipo de atividade profissional, e não somente o exercício da Medicina, está sujeito à eventualidade de ser questionado perante o Poder Judiciário. O que importa é que a conduta do profissional médico seja respaldada pela ordem jurídica, que ele tenha cumprido todos os seus deveres e agido com dedicação, prudência, diligência e perícia em todo o decorrer do atendimento.

61. O Parecer PA n. 108/2011 mencionou situações que merecem ser aqui trazidas à colação. Nesse sentido, asseverou:

“Em lúcido artigo intitulado *Responsabilidade Civil do Estado pela atividade médica*, o Desembargador Jaime Ramos, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirma, enfaticamente, que *“não cabe indenização quando presente o erro meramente técnico, sem qualquer ilicitude, ou quando, não obstante haja sido empregado procedimento sabidamente errôneo, não houve qualquer prejuízo ao paciente que pode ter sofrido incômodo, mas não dano indenizável. Também não cabe reparação quando o médico procede corretamente sem o consentimento expresso ou tácito do paciente ou de familiares, seja em emergência ou em situação normal, sem que disso haja qualquer dano. Igualmente, não se pode obrigar o Estado a indenizar paciente ou familiares simplesmente por transfusão de sangue não autorizada em virtude de convicção religiosa, ante a prevalência do direito indeclinável de proteção à vida* (TJSP, Ap. 123.430-4/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, em 7.5.2002)” (fls. 127/128<sup>31</sup> - grifos no original)

62. As conclusões deste Parecer foram fixadas, como já realçado, na adequada ponderação de valores previstos na própria Constituição Federal, a possibilitar o correto exercício dos direitos fundamentais por ela estabelecidos e a exata prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, trata-se de interpretação que visou a dar concretude às normas constitucionais em vigor, não se podendo afirmar existir intenção de descumpri-las.

63. Em reforço, constate-se existir lei estadual prevendo a possibilidade do usuário do sistema de saúde “recusar de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem

31 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

nele realizados” (Lei n. 10.241/99, art. 2º, VII). Tal lei encontra-se em vigor, não havendo qualquer impugnação quanto à sua constitucionalidade.

64. Por outro lado, percebe-se que, no Parecer de fls. 46/86, houve a preocupação do ilustre parecerista em contextualizar a interpretação constitucional dada naquela peça opinativa com dispositivos da legislação infraconstitucional, sejam do Código Civil, sejam do Código Penal.

65. Como já frisado, referido Parecer foi bastante cuidadoso em fazer a análise da forma a mais ampla e adequada possível, sobretudo nessa questão de preservação dos profissionais médicos.

66. Em consequência, vale a pena trazer à colação os aspectos nele levantados quanto ao direito civil, de forma a tentar dar aos médicos a segurança que o tema está a exigir. Nesse sentido, confira-se:

“47. Embora não se dirijam especificamente à hipótese aqui analisada, há dois dispositivos do Código Civil que merecem ser considerados no presente estudo:

*‘Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

(...)

*Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.’*

48. Na sua dicção literal, o art. 11 parece consagrar a tese de que os direitos da personalidade - entre os quais se incluem os direitos à vida e à integridade física - seriam insuscetíveis de qualquer limitação, inclusive voluntária. O dispositivo requer algum esforço hermenêutico, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, esvaziando os direitos que se destina a proteger, bem como a liberdade individual. Isso porque, como demonstrado, o exercício da autonomia pessoal envolve escolhas que, vistas por um observador externo, poderiam ser facilmente enquadradas no conceito de renúncia. Não é o caso de repisar os muitos exemplos que foram fornecidos. No momento, basta constatar que o excesso retórico do art. 11 deve ser harmonizado com o restante da ordem jurídica.

49. Em uma sociedade plural, é inevitável que os direitos da personalidade entrem em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo temperamentos e até a imposição de restrições recíprocas ou condicionadas. O ponto não é minimamente controverso, aceitando-se de forma pacífica, como já registrado, que não há direitos absolutos. Nesse sentido, um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, acaba por evocar uma realidade não apenas contrafactual, mas também incompatível com o pluralismo con-

sagrado pela Constituição. A única leitura possível de tal dispositivo seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos. De outra forma, o art. 11 será, mais do que inconstitucional, verdadeiramente inaplicável. Afinal, em um conflito entre direitos da personalidade, simplesmente não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer temperamento.

O art. 15, por sua vez, não diz nada a respeito das situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Ao contrário, ele permite a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. Veja-se que o dispositivo não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o médico imponha o tratamento arriscado por considerar que a inação levaria à morte certa. Assim, o dispositivo não consagra a ideia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Em vez disso, respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevida ou mesmo no receio da perda da consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como - mais uma - confirmação de que o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes.

Essa leitura se compatibiliza com aquela que se acaba de fazer a respeito do art. 11, também do Código Civil: as recusas de tratamento - como eventuais restrições ou conformações de direitos fundamentais - são legítimas desde que não sejam caprichosas, *i.e.*, desde que haja um fundamento consistente associado ao exercício da capacidade de autodeterminação, derivada da dignidade como autonomia. Com isso, evita-se a funcionalização dos direitos, sem recair em um individualismo exagerado” (Parecer, fls. 79/80<sup>32</sup>).

**67.** O referido Parecer também se ocupou da questão criminal. Nesse sentido, também vale a pena trazer à colação os pontos a ele correspondentes. Assim, confira-se:

“52. O Código Penal também não traz nenhum dispositivo específico sobre a questão. A única menção próxima consta do art. 146, que criminaliza o constrangimento ilegal, mas ressalva a conduta do médico que realiza procedimento sem obter o consentimento do paciente em casos de iminente risco de vida. Como é fácil perceber, o artigo não trata como crime a conduta do médico que respeite a vontade do paciente. Nesse sentido, o máximo que se poderia extrair diretamente da disposição seria a inexistência de responsabilidade penal do médico em caso de imposição do tratamento.

53. Na verdade, porém, é perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo

32 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

iminente risco de vida, não seja possível a obtenção do consentimento. Tal leitura se harmoniza com as conclusões obtidas no presente estudo, em que se assentou a necessidade de consentimento personalíssimo, livre e informado para a recusa de tratamento por motivação religiosa. No entanto, obedecidos esses requisitos, a manifestação da vontade deverá ser respeitada por força dos princípios constitucionais que incidem diretamente na hipótese. Por tais fundamentos, seria impossível qualificar a conduta do médico como homicídio ou omissão de socorro, ou ainda enquadrá-la em qualquer outro tipo em tese cogitável” (Parecer, fls. 80/81)<sup>33</sup>.

**68.** Em face de todo o exposto, com base nos princípios constitucionais da liberdade, liberdade de crença religiosa e dignidade da pessoa humana, tal como afirmado no citado Parecer CJ/AMSPE n. 684/2010, entendo: a) ser constitucionalmente possível a recusa por parte de paciente, maior de idade, plenamente capaz, por conta de convicção religiosa, de receber transfusão de sangue ou de qualquer outro hemoderivado, mesmo correndo risco de morte; b) que tal solução apenas será possível se a recusa dada pelo paciente for livre, inequívoca, personalíssima, expressa e atual, de modo a não deixar qualquer dúvida de que foi essa a sua vontade e que ela se deu com plena ciência do risco de morte; c) para que recusa seja considerada válida, o médico deve sempre informar o paciente que essa recusa poderá acarretar risco de morte; d) em caso de menores de idade ou de pacientes que não estejam no gozo de sua plena capacidade, é dever do médico proceder à transfusão de sangue ou outro hemoderivado, recorrendo, se houver qualquer recusa, às medidas judiciais cabíveis; e) não haverá garantia de que não possa haver processos ou procedimentos em face do Estado ou dos médicos, mas a conduta acima prevista está em consonância com a interpretação constitucional devida e com a Lei Estadual n. 10.241/99, não havendo qualquer violação de normas do Código Civil ou Código Penal.

**69.** Por último, consigno que, para fins de se dar a devida publicidade às conclusões constantes deste Parecer, caberá à Secretaria da Saúde analisar a conveniência de se editar Portaria específica sobre a questão.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 21 de outubro de 2011.

MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO  
Procurador do Estado  
OAB/SP n. 80.017

---

33 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

**PROCESSO: IAMSPE 11.215/2010 (PGE 16847-190733/2011)**  
**INTERESSADO: IAMSPE**  
**PARECERES: PA n. 108/2011 e PA 128/2011**

Cuida-se de consulta oriunda do *Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual* e que reflete a inquietação da classe médica diante da difícil situação criada sempre que os seguidores da religião *Testemunhas de Jeová* se recusam a receber transfusão de hemoderivados quando esta é a única medida de tratamento eficiente para lhes garantir a preservação da vida.

As diversas opiniões jurídicas externadas nos autos evidenciam que a questão é controvertida e comporta mais de um enfoque, todos passíveis de questionamentos éticos e jurídicos.

Sempre que o paciente for menor de idade ou, se maior, não estiver no gozo de sua plena capacidade de decisão, a melhor solução é a que reconhece que deve o profissional de saúde realizar todos os procedimentos médicos ao seu alcance para preservar a vida, inclusive realizando a transfusão de hemoderivados. No caso de haver recusa expressa dos responsáveis legais desse paciente em consentir com o procedimento médico, deve o profissional escorar-se em autorização judicial supletiva da vontade.

A questão reveste-se de maior complexidade, no entanto, nas situações em que o paciente é maior de idade, estando em plenas condições de tomar decisões sobre sua vida e recusa a transfusão. Neste ponto divergem os pareceres proferidos no seio desta Procuradoria Administrativa.

Embora o Parecer PA n. 108/2011 esteja ancorado em relevantes argumentos, entendo que a solução preconizada pelo Parecer PA n. 128/2011, no sentido de preservar a vontade do paciente maior, capaz, que esteja em plenas condições de decidir, e que manifeste essa vontade de próprio punho, contemporaneamente ao evento, de forma a deixar expresso que conhece o risco que sua vida corre com a ausência do tratamento recomendado, é a que melhor compatibiliza os fundamentos constitucionais postos em discussão.

Nesse sentido, como lembrado ao longo das peças opinativas em exame, a Lei Estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999, expressamente garante o direito dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo a ter assegurado “o respeito aos seus valores éticos e culturais” (art. 2º, XIV, d), *sendo-lhes lícito “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”* (art. 2º, VII).

*As normas do Código de Ética Médica, notadamente as expressas nos arts. 22, 31 e 32, podem ter uma leitura que as tornem compatíveis com o texto constitucional e a preservação dos princípios que norteiam este entendimento, na medida em que é dever do médico utilizar-se de todos os meios para salvar a vida do paciente, respeitando suas escolhas e colhendo sua autorização prévia. O “iminente risco de morte”, autorizador*

da ação do profissional de saúde sem a autorização do paciente ou mesmo contra a sua vontade é uma escusa para a atuação do profissional, que deve ser sopesada, mas que não torna ilícita a conduta daquele que tenha se acautelado na coleta da regular negativa do paciente.

Em consequência, proponho o acolhimento parcial do Parecer PA n. 108/2011, para fixar a orientação de que a preconizada compulsoriedade da atuação médica deve ser aplicada nas situações em que o paciente é menor de idade e/ou não está em gozo de sua plena capacidade decisória. Propõe-se, ainda, a aprovação das conclusões do Parecer PA n. 128/2011, externadas no item 68 da referida peça opinativa, no sentido de que, com as cautelas necessárias, seja preservada a autonomia da vontade do paciente maior, capaz e devidamente esclarecido de sua situação médica e do risco que a negativa do tratamento impõe à sua vida.

Com estas considerações, encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 1º de novembro de 2011.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS  
Procuradora do Estado  
Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa  
OAB/SP 78.260

---

**Processo IAMSPE n. 11215/2010 (GDOC n. 16847-190733/2011)**

**Interessado: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE**

**Assunto: Transfusão de hemoderivados em paciente “Testemunha de Jeová”**

Cuidam os autos da candente questão da transfusão de sangue (e hemoderivados) em indivíduos que professam a religião “Testemunha de Jeová”, sendo que os pareceres coligidos aos autos<sup>1</sup> bem denotam a controvérsia jurídica que a cerca.

---

<sup>1</sup> Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010 (fls. 29/45) e Pareceres PA n.s 108/2011 e 128/2011 (fls. 115/131 e 136/175, respectivamente).

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de direito fundamental do indivíduo “a inviolabilidade do direito à vida”, também o faz em relação às liberdades (art. 5º, *caput*), dentre elas, a liberdade religiosa que, para José Afonso da Silva, pode ser tripartida em liberdades de crença, de culto e de organização religiosa<sup>2</sup>.

Sem deslustrar entendimento contrário, até porque lastreado em doutrinadores de escol, entendo que do confronto entre o direito à vida<sup>3</sup> e o direito à liberdade religiosa (*in casu*, liberdade de crença religiosa), o primeiro deve sobrepesar<sup>4</sup>.

Na verdade, quando o indivíduo se submete a atendimento médico em nosocômio público, o Estado tem, mais que direito, o dever inarredável de zelar por sua vida, independentemente de suas convicções religiosas, como anota Maria Helena Diniz:

*“A liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e o de ajudar quem está prestes a falecer. A vida é um bem muito superior à liberdade de querer morrer, ensina Carlos Aurélio Mota de Souza.*

*As normas constitucionais que resguardam os direitos à vida e à crença religiosa têm eficácia absoluta e geram uma antinomia real ou lacuna de conflito, que só pode ser solucionada pelo critério do justum, aplicando-se os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Por meio de uma interpretação corretiva percebe-se que o direito à vida tem posição privilegiada, antecedendo a todos os demais direitos da personalidade, pois sem ele de nada valem os demais. Para que o ser humano possa exercer as liberdades que lhe são outorgadas constitucionalmente, a vida ser-lhe-á imprescindível. O Estado é o guardião da vida, pois o seu titular sobre ela não tem poder decisório. Observa, com acerto, Vitorino Angelo Filipin que*

2 *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 248. Dentre os dispositivos constitucionais que, por um lado, determinam a laicidade do Estado, ao passo que, por outro, reafirmam a liberdade religiosa, podem ser citados: arts. 5º, VI a VIII; 19, I; 143, § 1º, 150, VI, b; e 210, §º

3 Assim abordado por José Afonso da Silva:

*“É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões”, Op. cit, p. 200.*

4 Nesse sentido, trago à baila as palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:

*“Mencione-se ainda como tipos de objeção de consciência: ... II - objeção de consciência à obrigação sanitária e tratamento médico: é a recusa ao tratamento médico e a tratamentos sanitários obrigatórios impostos pelo Estado para prevenir determinada enfermidade...; [comentando o Código de Ética Médica] b) efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida, notando-se que nesses casos há uma hierarquia de valores entre o dever do médico e o direito do paciente, devendo-se salientar que a vida vale mais que a crença religiosa;...”* Direito Constitucional, 14a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 718/719.

*‘se o direito à vida é superior, até em termos normativos, para salvá-la in extremis, sendo a transfusão de sangue o remédio indicado e necessário, é dever do médico, movido e amparado pelo mais nobre dos sentimentos, proceder como tal, incondicionalmente. A inscrição em que os professantes Testemunhas de Jeová portam, de molde a exigir do médico conduta negativa, na hipótese de necessidade de transfusão de sangue, em estado de inconsciência, é cláusula não escrita, assim como o será eventual declaração assinada por parente ou responsável no ato da internação, porque não se está diante de direito dispositivo, decorrente da chamada autonomia da vontade’, vigorante no direito obrigacional, pois a vida não é objeto de contrato. O médico tem o dever de salvar a vida, independentemente de paciente recalcitrante ou com inscrição proibitiva ou, ainda, da participação positiva ou negativa de juiz ou tribunal.*

*Se entre os direitos à vida e à liberdade de religião apresentar-se uma situação que venha a colocá-los em xeque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o à vida. Por tal razão qualquer ofensa ao direito constitucional da liberdade religiosa, ainda que sem o consenso do paciente ou de seus familiares, não entra na categoria dos atos ilícitos. A extração de sangue feita sem a anuência da pessoa é tida como lesão, e a própria transfusão de sangue só é permitida com o consenso do paciente, desde que não haja perigo de vida. Deveras, como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser a escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida. Os valores considerados socialmente importantes e os essenciais à comunidade nacional e internacional são diretrizes ou limites à manifestação da objeção de consciência”<sup>5</sup>.*

Em complemento, a lição de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, Procuradora do Distrito Federal:

*“Por outro lado, há de se destacar a necessidade de os direitos fundamentais serem vistos também sob a ótica da dimensão objetiva. Nessa linha, os direitos fundamentais deixam de ser observados sob a perspectiva exclusivamente individualista, na qual prevalece a autonomia da vontade, e passam a ser considerados valores em si mesmos, materializados no ordenamento jurídico, a serem preservados e fomentados por todos e pelo Poder Público, independentemente da vontade do titular do direito. Configura-se, assim, o chamado ‘dever de proteção’, a ser exercitado particularmente pelo Estado, na medida em que este deverá agir na defesa do direito fundamental do particular, mesmo que este não queira exercer o direito posto em jogo.*

*Bem explica essa dimensão objetiva a Professora Suzana de Toledo Barros, ao mencionar o exemplo da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, ainda que o titular do direito à vida, à integridade física à saúde não o queira utilizar. Confira-se:*

*‘É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre-arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade*

---

5 O estado atual do biodireito, 3ª ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 275/276.

*física dos indivíduos, cuja proteção é requerida pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas’.*

*Dessarte, se em determinado caso concreto se tiver de realizar a ponderação entre os valores autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito à vida, esta haverá de prevalecer, porquanto revela um dever de agir do Estado de proteger a vida dos pacientes internados em hospitais públicos.*

*Impende enfatizar, por oportuno, que a renúncia a direitos fundamentais também não se revela absoluta e não pode significar a opção pela morte, sob a responsabilidade do Estado. Tal fato se revela de importância lapidar quando se está diante de situação na qual o paciente submeteu-se, voluntariamente, à tutela estatal, internando-se em hospital público. Nesses termos, o Estado se vincula, por meio do seu dever de proteção, a salvar a vida da paciente, ou a empreender todos os meios possíveis para tal mister”<sup>6</sup>.*

Há que se anotar, também, que a *quaestio juris* aqui versada tem algumas nuances que devem ser abordadas.

Em algumas situações o indivíduo “Testemunha de Jeová” busca a assistência à saúde, prestada pelo Estado, para tratamento eletivo, em que não há, via de regra, risco de morte em primeiro momento.

Nesses casos, cabe ao médico que o atender, caso haja indicação de transfusão de sangue (ou hemoderivados), prestar todos os esclarecimentos necessários sobre sua condição de saúde e os métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua enfermidade, bem como eventuais alternativas à transfusão de sangue.

Havendo recusa pelo paciente e, repita-se, inexistindo risco de morte, ele não deve ser compelido a receber a transfusão de sangue/hemoderivados.

Nas situações em que o paciente “Testemunha de Jeová”, submetido a atendimento e/ou tratamento em unidade hospitalar estadual, apresentar risco de morte, e, sob o ponto de vista médico, for indicada a transfusão de sangue/hemoderivados, ela deve ser realizada, após os esclarecimentos já apontados acima, independentemente de autorização policial ou judicial e ainda que contra a expressa vontade do paciente e/ou de parentes que porventura o acompanhem, ou mesmo naqueles casos que em o paciente esteja impedido de manifestar sua vontade (como nos casos de pacientes que chegam inconscientes ao hospital, pronto-socorro etc.).

Elucidativas, nesse sentido, as palavras de Maria Helena Diniz:

*“Sendo urgente e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do inte-*

6 Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa - o caso dos pacientes testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. In *Direito Público*, vol. 1, n. 16, p. 1820, abr./mai. 2007.

resse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou à de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num simples locador de serviços. Acreditamos que o médico, por seu sentimento ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, resguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde, logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se para o cumprimento dessa tarefa. A questão da saúde tem natureza ético-política por referir-se à opção entre o respeito ou o desrespeito pelo ser humano.

Todavia, cremos que o médico não precisa de autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, mesmo não autorizada pelo paciente ou familiares, diante de um iminente perigo de vida, por ser seu dever legal salvar vidas humanas, porque isso o levaria a uma espera, que poderia ocasionar prática do crime de omissão de socorro (CP, art. 135; Código de Ética Médica, arts. 1o, 2o, 6o, 7o, 16, 35 e 57). A missão do médico é minimizar o sofrimento humano e resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se à tutela estatal, pois a Constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado. Deveras, Leonídio Ribeiro pondera: ‘a única profissão que confere aos que a exercem o direito de decidir sobre os destinos de uma vida humana em perigo é a medicina, por isso mesmo, os textos das leis penais e os dispositivos dos Códigos de Ética são muito rigorosos, quando se trata de punir os danos causados pelos clínicos a seus clientes, sempre que ficar comprovado que eles cometeram erros ou praticaram faltas por negligências (sic), imperícia ou imprudência, no exercício da nobre arte de curar’. Respondem os médicos civilmente pelos danos que, no exercício de sua profissão, causem aos seus pacientes. Além disso, há desnecessidade de autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitado que se recusa à prática desse ato por questão religiosa, por ser isso do estrito cumprimento do dever legal do médico (TJSP, 6a Câ. de Direito Privado, AC 264.210-1, Suzano, Rel. Testa Marchi, j. 1º-8-1996, v.u.)<sup>7</sup>.

Na esfera infraconstitucional, a doutrina também encontra espeque para a transfusão de sangue/hemoderivados em pacientes “Testemunha de Jeová”, como apontam os excertos abaixo transcritos, referentes ao art. 15 do Código Civil<sup>8</sup>:

7 Op. cit., p. 271/272.

Na mesma linha, diz Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:

“No que concerne à liberdade religiosa, há de se destacar que é dever de todos e de cada um, tanto na órbita pública, quanto na particular, demonstrar eficiência na proteção do exercício de tal liberdade. Assim, nos casos de pacientes que professarem a fé por meio da religião Testemunha de Jeová, a equipe médica deverá evitar, ao máximo, a transfusão de sangue, dando preferência aos tratamentos alternativos, em respeito à liberdade religiosa. No entanto, sabe-se que nem sempre o tratamento alternativo é viável e suficiente para manter a vida dos pacientes, afastando o iminente risco de morte. Em tais hipóteses, deverão os médicos proceder à regular transfusão de sangue, para fazer garantir a proteção estatal ao direito à vida da paciente”. Op. cit., p. 16/17.

8 “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

“3. As transfusões de sangue situam-se na categoria dos procedimentos que independem do consentimento do paciente, pois não representam risco presente, sério e concreto de vida, mesmo porque somente em poucas situações não logram êxito. Logo, as pessoas que tinham na motivação religiosa (v.g. as “Testemunhas de Jeová”) fundamento bastante para negarem-se a receber sangue ou para impedir que os filhos recém-nascidos ou de tenra idade recebessem-no por transfusão, serão voz perdida sempre que a intervenção for indicada como método terapêutico (anemias profundas, acidentes, hemorragias em geral etc.)”<sup>9</sup>.

“Princípio da não maleficência. Há obrigação de não acarretar dano ao paciente, e havendo, p. ex., recusa, em razão da religião, à transfusão de sangue, o médico deverá tentar um tratamento alternativo. Se entre os direitos à vida e à liberdade de religião apresentar-se uma situação que venha a colocá-los em xeque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o à vida. Por essa razão qualquer ofensa ao direito constitucional da liberdade religiosa, ainda que sem o consenso do paciente ou de seus familiares, não entra na categoria dos atos ilícitos. (...) Deveras, como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida. Os valores considerados socialmente importantes e os essenciais à comunidade nacional e internacional são diretrizes ou limites à manifestação da objeção de consciência. Ilegítima é a objeção de consciência sempre que estiverem em jogo a vida de uma pessoa e a saúde pública”<sup>10</sup>.

No mesmo sentido deve ser interpretado o disposto nos arts. 17 da Lei federal n. 10.741<sup>11</sup>, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), 17 da Lei federal n. 8.069<sup>12</sup>, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e 2º, VII,

9 Matiello, Fabricio Zamprogna, Código Civil Comentado. 2a ed., São Paulo: LTr, p. 34.

10 Diniz, Maria Helena. Código Civil Anotado, 12a ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

11 “Art. 17. 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;

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.”

12 “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. “

“Art. 2º. São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

da Lei estadual n. 10.241<sup>13</sup>, de 17 de março de 1999 (Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências).

Aliás, em relação à criança ou adolescente “Testemunha de Jeová”, não merece guarida o entendimento de que seus pais (ou responsáveis legais) podem recusar a transfusão de sangue/hemoderivados, uma vez que a renúncia ao tratamento médico é direito personalíssimo, de modo que a recusa de seus responsáveis pode, em tese, inclusive configurar a prática de crime:

*“O direito de crença não pode sobrepor-se ao de viver do menor, sob pena de os pais praticarem crime de abandono material e moral e serem destituídos do poder familiar, embora a escolha de alternativa à transfusão, desde que não haja risco, não configurar negligência do pátrio dever de tratar da saúde do filho. Isso é assim porque a objeção de consciência é ilegítima sempre que se colocam em perigo direitos de terceiro. A repulsa do objetor somente será legítima se não conflitar com direito fundamental de terceiro, como o é o direito à vida”<sup>14</sup>.*

Na seara penal, quando se analisa a questão sob a ótica do crime de constrangimento ilegal (Código Penal, art. 146), podem ser coligidos também os seguintes subsídios, a amparar o procedimento médico necessário à preservação da vida:

*“Florian Lemos (Direito de matar e curar) argumenta com todo acerto: “O direito moderno considera a vida um bem coletivo. O homem não pertence só a si, senão à sociedade, de que faz parte integrante. A hipótese se enquadra, então, sem a menor dúvida, em questão de ordem pública. E sendo assim, como de fato é, a vida um bem coletivo, claro está que, em tais circunstâncias excepcionais (perigo de vida ou iminência de morte), o médico pode e deve agir arbitrariamente, porque há uma razão jurídica a invocar: o interesse do agente é legítimo, a utilidade manifesta para a sociedade”<sup>15</sup>.*

*“15. Intervenção médico-cirúrgica: é possível que um paciente, correndo risco de vida, não queira submeter-se à intervenção cirúrgica, determinada por seu médico, seja porque tem medo, seja porque deseja morrer ou por qualquer outra razão. Entretanto, já que a vida é um bem indisponível, a lei fornece autorização para que o médico promova a operação ainda que a contragosto. Não se trata de constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência de tipicidade. Como se disse, não houvesse tal dispositivo, ainda assim o médico poderia agir, embora nutrido pelo estado de necessidade, que iria excluir a antijuridicidade”<sup>16</sup>.*

13 “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. “

(...)

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;”.

14 Diniz, Maria Helena, Op. cit, p. 273.

15 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 178.

16 Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 618-619.

A conduta médica ora defendida encontra esteio no Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina.

Nesse passo, e para evitar enfadonha repetição, reporto-me ao Parecer PA n. 108/2011 (fls. 115/131), que bem analisou a questão sob o prisma das diretrizes traçadas pelos Conselhos Federal e Regional (SP) de Medicina, não sendo necessário, a meu ver, novo encaminhamento de consulta ao CRM, conforme sugerido no item 16 dessa peça opinativa.

Derradeiramente, cumpre-me apontar a remansosa jurisprudência que dá guarida à orientação jurídica aqui gizada:

*“EMENTA: Indenizatória - Reparação de danos - Testemunha de Jeová - Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação - Convicções religiosas que não podem, prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida - Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos - Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora — Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhida, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante - Recurso improvido”<sup>17</sup>.*

17 TJ-SP, Apel. Cível n. 123.430/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 07/05/2002. Destaco os seguintes trechos dos votos desse julgado:

Voto do relator, Des. Flávio Pinheiro: *“Entretanto, em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida.*

*Ora, sendo o direito à vida o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, à evidência que os demais direitos individuais dependem de sua existência “.*

Voto do Des. Alfredo Migliore: *“Assim sendo, no caso de recusa do paciente a respeito de recebimento de transfusão de sangue, deve em primeiro lugar ser analisada a efetiva existência da necessidade do ato. Se o ato for absolutamente necessário para a manutenção da vida do paciente, deve ser ele realizado mesmo no caso de recusa.*

*E indubitoso que ao médico cabe o mister de preservar e salvar vidas, sendo que para consegui-lo, deve se valer de todos os meios que tiver ao seu alcance. No caso em exame, para que prevalecesse a vontade da paciente, era necessário que não se vislumbrasse perigo iminente de vida. Não era o caso dos autos. Se é assim, a ação era mesmo improcedente.*

*Razão jurídica para a concessão de indenização será o da prática de atos ilícitos e estes não foram praticados pelos médicos.*

*Mesmo o trauma psicológico à autora advindo não é, pois, indenizável”.*

Voto do Des. Waldemar Nogueira Filho: *“Assim entendido, tenho que à apelante, embora o direito de culto que lhe é assegurado pela Lei Maior, não é dado dispor da própria vida, de preferir a morte a receber a transfusão de sangue que a poderia salvar da eliminação física, como afirmou e reafirmou em depoimento pessoal (fls. 604, in fine, e 604v), a risco de que se ponha em xeque direito dessa ordem, que é intangível e interessa também ao Estado, e sem o qual os demais, como é intuitivo, não têm como subsistir”.*

“A questão é polêmica, mas a jurisprudência tem decidido no sentido de que o direito à vida se sobrepõe à liberdade de crenças religiosas. Nesse sentido os julgados: INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Danos moral e material - Desrespeito a crença religiosa - Transfusão de sangue - Autora Testemunha de Jeová - Não cabimento -Intervenção médica procedida tão somente após esgotados outros tratamentos alternativos - Prevalência da tutela à vida sobre suas convicções religiosas - Recurso não provido - JTJ 256/125. Ainda: MEDIDA CAUTELAR - Autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitada que se recusa à prática do ato por questão religiosa -Desnecessidade - Estrito cumprimento do dever legal do médico - Recurso não provido. (Ap. n. 264.210-1, 6a Câmara de Direito Privado, Rel. TESTA MARCHI, 01.08.96). E por fim: TESTEMUNHAS DE JEOVÁ - Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão de médico que atende o paciente - Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença - Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos - Sentença autorizando a terapêutica recusada - Recurso desprovido. (Ap. n. 132.7204/9, 5a Câmara de Direito Privado, Rel.: BÓRIS KAUFFMANN, 26.06.03)”<sup>18</sup>.

“Em que pesem as referidas convicções religiosas dos acusados que, não obstante lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que a vida deve prevalecer acima de qualquer religião.

Segundo as lições do mestre José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável”<sup>19</sup>.

“Testemunhas de Jeová, Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido. (...)”

O art. 5o, VI, da Constituição Federal assegura o direito à liberdade de consciência e de crença, bem como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Com base nestas cláusulas é que o apelante defende o direito de sua esposa de recusar o tratamento com transfusão de sangue e derivados.

Não se pode negar, todavia, que os vários direitos previstos nos incisos do art. 5o da Constituição Federal ostentam uma certa gradação em relação a outro direito, este estabelecido no caput do referido artigo: o direito à vida. Assim, se com base em sólido entendimento médico-científico, ainda que divergências existam a respeito, para a preservação daquele direito seja necessária a realização de terapias que envolvam transfusão de sangue, mesmo que atinjam

18 TJ-SP Apel Cível no 442.163-4/1-00, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 13/06/2007.

19 TJ-SP, Emb. Iiifringentes e de Nulidade n. 0000338-97.1993.8.26.0590/50003, Rel. Des. Roberto Midolla, j. 18/10/2010.

*a crença religiosa do paciente, estas terão de ser ministradas, pois o direito à vida antecede o direito à liberdade de crença religiosa. (...)*

*Este Tribunal, através de sua Sexta Câmara, na Apelação Cível n. 264.210.1/9, da Comarca de Suzano, admitiu a desnecessidade de obtenção da autorização para a transfusão de sangue em “Testemunhas de Jeová”, pois, em caso de iminente perigo de vida, segundo conclusão do médico, a terapêutica recusada deve ser realizada independentemente da vontade do paciente ou de seus responsáveis, como, aliás, estabelece a Resolução n. 1.021, de 26 de setembro de 1980, do Conselho Federal de Medicina. E o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de sua Sexta Câmara, na Apelação Cível n. 595000373, também perfilhou tal entendimento salientando: Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja”<sup>20</sup>.*

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA. IMPOSSIBILIDADE.

*Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa à transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados.*

(...)

*Ademais, “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive a aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”<sup>21</sup>.*

Em suma, entendo que:

20 TJ-SP, Apel. Cível n. 132.720-4/9-OO, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003.

21 TRF 4ª Região, AI n. 2005.04.01.047458-2/RS, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 25/04/2006.

Se o paciente “Testemunha de Jeová” for submetido a atendimento e/ou tratamento eletivo, em que não há, via de regra, risco de morte, e caso haja necessidade de transfusão de sangue/hemoderivados, devem ser prestados todos os esclarecimentos necessários sobre sua condição de saúde e os métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua enfermidade, bem como eventuais alternativas à transfusão. Havendo recusa por parte do paciente, a transfusão não deve ser realizada;

Se o paciente “Testemunha de Jeová” for submetido a atendimento e/ou tratamento emergencial, apresentar risco de morte, e, sob o ponto de vista médico, for indicada a transfusão de sangue/hemoderivados, ela deve ser realizada, independentemente de autorização policial ou judicial e ainda que contra a expressa vontade do paciente e/ou de parentes que porventura o acompanhem, ou mesmo naqueles casos em que o paciente esteja impedido de manifestar sua vontade;

Se a criança ou adolescente “Testemunha de Jeová” for submetido a atendimento e/ou tratamento e apresentar risco de morte, a transfusão de sangue/hemoderivados deverá ser realizada, ainda que contra a vontade de seus pais ou representantes legais.

Concluindo, acolho parcialmente os Pareceres PA n. 108/2011 (115/131) e 128/2011 (136/175), dissentindo, também em parte, da manifestação retro (fls. 176/178), subscrita pela i. Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa.

Elevem-se os autos ao Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial das peças jurídico-opinativas em tela e extração de cópias para a instrução de expediente, a ser encaminhado à Secretaria da Saúde, para a edição de Resolução pelo Titular da Pasta, regulamentando a transfusão de sangue/hemoderivados em pacientes “Testemunhas de Jeová” que acorram aos órgãos de saúde estadual.

São Paulo, 27 de abril de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES  
Subprocurador Geral do Estado  
Área da Consultoria Geral

**Processo IAMSPE n. 11215/2010 (GDOC n. 16847-190733/2011)**  
**Interessado: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE**  
**Assunto: Transfusão de hemoderivados em paciente “Testemunha de Jeová”**

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, aprovo parcialmente os Pareceres PA n. 108/2011 e 128/2011.

Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para a extração de cópias e posterior encaminhamento de expediente ao Secretário da Saúde, conforme proposto em sobredita manifestação.

GPG, 3 de maio de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS  
Procurador Geral do Estado

