

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Pgr-00152645/2017

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental com o objetivo de que o STF confira interpretação conforme à Constituição de 1988: a) à Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, a fim de que sua aplicação somente ocorra quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade e que não a tenha deixado expressa em documento ou qualquer outro meio idôneo; b) ao art. 146, § 3º, I, do Código Penal, no sentido de que tal dispositivo não autoriza a intervenção cirúrgica quando houver manifestação expressa em contrário do paciente adulto e capaz, permitindo somente a intervenção sem consentimento quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade e que não a tenha deixado expressa em documento ou qualquer outro meio idôneo.

I – DO CABIMENTO DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

A doutrina, de modo geral, reconhece a existência de duas espécies de ADPF¹: a autônoma, que representa uma típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; e a incidental, que pressupõe a existência de uma determinada lide intersubjetiva, na qual tenha surgido uma controvérsia constitucional relevante.

A ADPF que ora se propõe é de natureza autônoma. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Esses três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

(a) Lesão a preceito fundamental.

A tese de mérito da ADPF ora sugerida é a de que obrigar qualquer cidadão plenamente capaz a receber transfusão de sangue contra sua vontade, ainda que em caso de iminente risco de vida, implica em violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da proibição de discriminações odiosas (arts. 3º, IV, e 5º, XLI); da inviolabilidade da liberdade de consciência, crença e religião, incluindo-se nestas o direito à objeção de consciência (art. 5º, VI e VIII); da inviolabilidade dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade (art. 5º, X); da proibição da tortura e inviolabilidade dos direitos à integridade física e psíquica (art. 5º, III e XLIII); e da autonomia individual (art. 5º, *caput*).

Nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 9.868/99, definiram o que se entende sobre “preceito fundamental”. Contudo, há consenso doutrinário sobre o fato de que estão englobados nesta categoria as normas mais relevantes da Constituição, que estruturam o seu sistema e condensam os seus valores mais importantes².

Por isso, não pode haver nenhuma dúvida sobre a inclusão no conceito de “preceito

¹ Veja-se, a propósito, os artigos que compõem a obra organizada por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001; e Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247-249.

² Cf. Gilmar Ferreira Mendes. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto”. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *ob. cit.*, p. 128-149.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

fundamental” de princípios tão centrais à ordem jurídica pátria como os da dignidade da pessoa humana – fundamento da República e epicentro axiológico da Constituição –, da proibição de discriminações odiosas – inscrito no elenco dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, da liberdade de consciência e crença, da autonomia privada individual, e dos direitos à intimidade, privacidade, integridade física e psíquica, e da proibição da tortura – todos inseridos no elenco dos direitos fundamentais elaborado pelo poder constituinte originário.

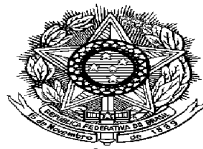
(b) Atos do Poder Público.

Os atos do Poder Público suscetíveis de questionamento através de ADPF podem ser comissivos ou omissivos. No caso presente, a conduta do Estado violadora de preceitos fundamentais envolve ato comissivo, consistente na Resolução nº 1.021/1980 do Conselho Federal de Medicina, e na interpretação que tal ato normativo faz do art. 146, § 3º, do Código Penal, bem como aos demais atos dela decorrentes.

Com efeito, estes atos envolvem todos os poderes do Estado, nas três esferas da federação, no âmbito das respectivas competências, tais como: a) decisões de instituições de saúde tomadas com base na referida resolução, que obrigam pacientes a receber transfusão de sangue contra sua vontade; b) decisões judiciais fundamentadas na mencionada resolução que determinam a prática da transfusão mesmo contra a vontade dos pacientes; c) normas legais ou infralegais que reproduzem o conteúdo da apontada resolução.

(c) Inexistência de outro meio para sanar a lesividade.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 instituiu o chamado “princípio da subsidiariedade” da ADPF. Há acesa controvérsia sobre como deve ser compreendido o princípio da subsidiariedade nas arguições incidentais. Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência e eficácia, ou não,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão – que possam ser empregados na hipótese.

No caso, esse requisito está plenamente satisfeito. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade não poderia ser manejada, pois não se objetiva impugnar a constitucionalidade total ou parcial de qualquer preceito legal pós-constitucional.

A situação também não é, como salientado acima, de inconstitucionalidade por omissão, e, mesmo que fosse, a respectiva ação direta não seria meio eficaz para sanar a lesão, uma vez que, neste instrumento de jurisdição constitucional, o provimento judicial se esgota na mera notificação do Congresso Nacional. E a ação declaratória de constitucionalidade não tem qualquer pertinência em relação ao caso.

Por fim, e, especialmente por isso, o objeto do questionamento da presente ação é a Resolução nº 1.021/80 do CFM, que, por sua vez, conferiu interpretação ao art. 146, § 3º, I, do Código Penal, a qual não se encontra de acordo com os preceitos constitucionais contemporâneos. Por se tratarem de atos normativos pré-constitucionais, o único meio cabível para se buscar o direito é mesmo via ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Poderia até se argumentar acerca do cabimento de ação civil pública, contudo a jurisprudência é bastante pacífica no sentido da inviabilidade de tal espécie de ação para questionar atos normativos em tese. Ressalte-se que, apesar de se tratar de resolução, esta vem surtindo efeitos como se lei fosse, possuindo suficiente caráter de generalidade e abstração, bem como sendo seguida pelas diversas esferas dos poderes públicos e pelos particulares. Do mesmo modo, conforme será exposto a seguir, a resolução foi editada a partir de uma interpretação de dispositivo do Código Penal que permanece com a mesma redação originária de 1940.

Portanto, realmente não existe outro meio no direito brasileiro para sanar a lesão aos preceitos fundamentais apontados, donde ser cabível a ADPF que ora se propõe.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

II - DOS FATOS

II.1 - A recusa à transfusão de sangue por testemunhas de Jeová.

As testemunhas de Jeová surgiram ao final do século XIX, quando um grupo de estudiosos, que comparava as doutrinas ensinadas por outras denominações religiosas com o texto escrito da Bíblia, iniciou a publicar suas opiniões e conclusões em periódicos, por meio da *Watchtower Society* em *Pittsburgh, Pensilvania*, nos Estados Unidos, cujo primeiro editor foi *Charles Taze Russell*.

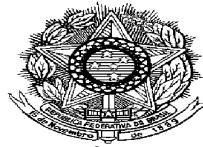
Desde então, formaram uma denominação cristã, não trinitária, milenarista e restauracionista. Adoram somente ao Deus representado pela Bíblia e seguem os ensinamentos de Jesus, porém não creem na Santíssima Trindade, como fazem outras religiões. Hoje em dia, são mais de 8 milhões por todo mundo, organizados por células locais denominadas congregações, unidas em estrutura de rede por cerca de 240 países, todas seguindo uma única doutrina, estabelecida em sua sede central, em Nova York, nos Estados Unidos, de onde promovem e coordenam sua obra.

São conhecidos por seu trabalho regular e persistente de proselitismo de seus princípios e dogmas, casa por casa e em lugares públicos, e por imprimir e divulgar milhões de exemplares da Bíblia, assim como de outras publicações e periódicos. Não costumam intervir em questões ou atividades políticas, não apoiam as guerras ou qualquer forma de violência, e evitam a embriaguez, o fumo e as drogas.

No Brasil, se estabeleceram de forma progressiva, contando com mil pessoas em 1948³. O ano de 1972 impulsiona seu crescimento com a chegada de rotativas tipográficas para a publicação de seus periódicos em maior escala, e, em 1979, é constituído o primeiro *Salão do Reino*, lugar onde se reúnem as testemunhas de Jeová⁴. Hoje em dia, de acordo com o último censo demográfico,

³ *Anuário das Testemunhas de Jeová*, 1997, págs. 178-179.

⁴ WEBER DA NÓBREGA, D., “As testemunhas de Jeová e o direito fundamental de recusa às transfusões de sangue na Constituição brasileira de 1988”, *Revista Jus Navigandi*, ano 19, nº 3944, 19 de abril de 2004, disponível em <<http://www.jus.com.br/artigos/27471>>, consultado em 02 de março de 2016, pág. 20.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

de 2010, são mais de 1.300.000 pessoas, o terceiro país com maior quantidade de testemunhas de Jeová.

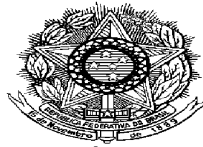
Uma de suas principais características é a completa recusa ao consumo de sangue por qualquer forma que seja, incluindo as transfusões, baseada na interpretação da Bíblia sagrada: capítulo 9, versículos 3 e 4; capítulo 17, versículo 14; capítulo 15, versículo 29, em que Deus permite a Noé e a todos seus descendentes o consumo de carne de animais, devendo, contudo, abster-se do respectivo sangue, que, representando a própria alma e vida, é considerado sagrado.

Pela interpretação que fazem da Bíblia, recusam a transfusão do sangue total ou de seus quatro componentes primários: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Tampouco doam seu sangue ou armazenam seu próprio sangue para uso posterior em eventual transfusão. Somente passaram a ser aceitas, em momento mais recente, a partir da evolução de sua interpretação da Bíblia, eventuais transfusões do que se denominam elementos secundários, que são aqueles que se transmitem da mãe para o filho durante a gestação: a albumina, as globulinas, interleucinas e interferão.

A penalidade pelo consumo de sangue, a partir da decisão formalmente assumida pela *Watchtower Society*, era a exclusão do membro, que perdia automaticamente a condição de “irmão” (“*disfellowshipping*”). Tais consequências drásticas, que terminavam por excluir socialmente a muitos dos membros, foram matizadas ao longo do tempo - desde o ano 2000, não se impõe a recepção de denúncias, juízos internos, nem incentivos a atividades persecutórias, mas, de modo geral, se compreende que a testemunha de Jeová teria, em sua consciência, razões suficientes para se auto excluir da comunidade ao aceitar a transfusão. Se até então era a própria organização que iniciava o procedimento de exclusão, agora é o próprio fiel quem, com seu ato, expressaria a sua desvinculação individual⁵. Ainda assim, se costuma respeitar o sigilo entre médico e paciente.

Sem embargo, aceitar a transfusão de sangue é algo que pesa na consciência das testemunhas Jeová, que as fazem se sentir impuras, indignas do reino de Deus. A transfusão de sangue contra sua vontade também é vista como moralmente repugnante, constituindo uma violação à sua integridade moral e física.

⁵ TRIVIÑO, P., “Testigos de Jehová: entre la autonomía de paciente y el paternalismo justificado”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 02, 2010, pág. 11.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Por outro lado, tampouco é verdade que as testemunhas de Jeová sejam suicidas ou queiram a morte, senão que desejam o melhor tratamento de saúde que lhes seja possível e esteja disponível, porém sem transfusão de sangue.

Não obstante, o desejo de viver não supera a vontade de não transgredir os princípios doutrinários de seu credo religioso. Não havendo alternativas terapêuticas de eficácia e segurança equivalentes à transfusão de sangue ou de seus derivados, a sua recusa frente ao risco iminente de vida consiste, ainda que de modo indireto, em uma resignação ante à eventualidade de morte superveniente, por crerem envolvidos bens espirituais e morais ante aos quais, levando-se em conta a totalidade de sua pessoa, o bem corpóreo acaba por ceder⁶.

Há que se destacar, portanto, que não se trata de algo supérfluo ou irrelevante, senão um dogma que se constitui em componente central das crenças que definem a própria religião das testemunhas de Jeová, especialmente por envolver o que pensam sobre a vida após a morte, algo que é fundamental em qualquer religião.

II.2 - Os riscos sanitários das transfusões sanguíneas.

A par da questão religiosa, há que se considerar algumas peculiaridades científicas sobre as transfusões de sangue. A hemoterapia moderna se desenvolveu nas últimas décadas baseada no preceito de transfundir o componente sanguíneo de que o paciente necessita somente a partir de uma avaliação clínica. As indicações básicas para as transfusões são feitas com a finalidade de restaurar ou manter a capacidade de transporte de oxigênio, o volume sanguíneo e a hemostasia.

Apesar disso, deve se levar em conta que a transfusão pode constituir uma intervenção médica de risco, principalmente diante da possibilidade de transmissão de uma grande quantidade de enfermidades, tais como a AIDS (HIV); hepatites virais, como B, C e outras não específicas; febre amarela; malária, citomegalovirus; vírus Epstein-Barr; HTLV-I; HTLV-II; diversos

⁶ SOARES, J., RAMOS ASCENSÃO, J.P., *Relatório-parecer sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos*, Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida, Lisboa, 2005, disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054505_P046_RelatorioTestemunhasJeova.pdf>, consultado em 04 de março de 2016, pág. 12.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

protozoários e bactérias, entre outras.

A Lei federal nº 7.649/1988 estabelece a obrigatoriedade de registro dos doadores de sangue, assim como a realização de exames em laboratório, visando prevenir a transmissão de doenças. Infelizmente, nem todos os centros hemoterápicos possuem condições de examinar 100% de toda a quantidade de sangue que é doada, de modo a impedir a transmissão das doenças apontadas. Isso sem falar na questão da janela imunológica, o período em que, ainda que o sangue esteja infectado, não é possível identificar o dado nos exames. Os controles que são, na maior parte, através de formulários preenchidos pelos próprios doadores, não geram a segurança necessária quanto à pureza do sangue, que é testado somente quanto ao tipo e fator Rh, anticorpos irregulares e às principais espécies de vírus.

De resto, não raro se podem constatar inúmeros casos de diferentes erros médicos humanos, operacionais e procedimentais, como a transfusão do tipo incorreto de sangue —a maioria dos casos de reações adversas— assim como reações alérgicas ou outros fatores intrínsecos aos receptores, como a existência de anticorpos irregulares, não detectados nos testes pré-transfusionais rotineiros, e a imunomodulação ou supressão do sistema imunológico do paciente, aumentando suas possibilidades de contrair infecções pós operatórias.

Com efeito, o sangue e seus derivados transmitem células e proteínas que exprimem características imunológicas e biológicas de seus doadores e, como tal, podem originar reações de incompatibilidades diversas nos receptores – os testes que se fazem se referem aos tipos de glóbulos vermelhos, porém não quanto aos leucócitos do doador.

A tudo isto, se somam os altos custos da transfusão de sangue – o preço estimado de uma bolsa de sangue nos Estados Unidos em 2010, consideradas todas as atividades envolvidas, inclusive os testes, chegava ao montante de US\$ 1.200⁷. Por outro lado, a literatura médica mais recente associa a transfusão a uma maior permanência hospitalar, resultando também em um aumento dos custos respectivos⁸.

⁷ SHANDER, A. et al, “Activity-based costs of blood transfusion in surgical patients at four hospitals”, *Transfusion*, 50(4), 2010, págs. 753-765.

⁸ MURPHY, G.J. Et al, “Increased mortality, postoperative morbidity, and cost after red blood cell transfusion in patients having cardiac surgery”, *Circulation*, 116 (22), 2007, págs. 2544-2552. DORNELES, C.C. Et al, “O impacto da hemotransfusão na morbimortalidade pós-operatória de cirurgias cardíacas”, *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, 26 (2), 2011, págs. 222-229.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

O manual técnico de Hemovigilância da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) apresenta uma lista de 17 tipos de possíveis reações transfusionais adversas, imediatas e tardias, incluindo reações alérgicas, por contaminação bacteriana ou por transmissão de outras enfermidades, reações hemolíticas, sobrecarga circulatória, lesões pulmonares, aparição de anticorpos irregulares, distúrbios metabólicos, entre outros.

Ali se afirma que, inclusive em caso de administração correta e indicação precisa, respeitando todas as normas técnicas, o procedimento acarreta risco sanitário, sendo essencial medir os riscos transfusionais potenciais e compará-los com os riscos de sua não realização. Neste contexto, a hemovigilância se concebe como um sistema de avaliação e alerta, organizado com objetivo de coletar e analisar informações sobre os efeitos inesperados ou indesejáveis da utilização de hemocomponentes, com o fim de preveni-los⁹.

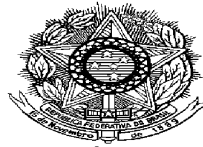
Há estudos que apontam evidências de maior mortalidade de pacientes transfundidos em unidades de cuidados intensivos, ao lado do maior tempo de permanência hospitalar e maior ocorrência de falência de órgãos¹⁰. Neste sentido, uma estratégia restritiva da transfusão seria tão ou mais eficaz que uma estratégia liberal.

A Lei federal nº 10.205/2001 estabelece a Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados, regulamentando as ações de coleta, processamento, armazenamento, distribuição e aplicação do sangue e o ordenamento institucional necessário à adequada execução dessas atividades, visando à proteção do doador e do receptor, que, conforme o art. 14, VI, se dará mediante a informação sobre os procedimentos, possibilidades de reações adversas e sobre a origem e procedência do sangue ou seus componentes e derivados.

Independentemente das crenças das testemunhas de Jeová, o risco intrínseco à transfusão, devido a todos esses fatores, enseja a necessidade de desenvolvimento e difusão de técnicas ou métodos alternativos, assim como a exigência do necessário consentimento informado do paciente.

⁹ Há diferentes versões do Manual, disponíveis em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fed3d60047aa99f09eca9f917d786298/Guia+Hemovigilancia+Marco+conceitual_Anvisa2015.pdf?MOD=AJPERES>, e <http://www.cvs.saude.sp.gov.br/zip/manual_tecnico_hemovigilancia_08112007.pdf>, consultadas em 14 de março de 2016.

¹⁰ SILVA JUNIOR, J.M. Et al, “Transfusão sanguínea no intra-operatório: complicações e prognóstico”, *Revista Brasileira de Anestesiologia*, vol. 58, nº 05, set/out 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Não é por outro motivo que o Ministério da Saúde determina, por meio da Portaria nº 2712 de 12 de novembro de 2013, que a transfusão de sangue ou de seus componentes seja indicada com critério pela equipe médica assistente, observando, inclusive, que a providência poderá ser objeto de nova análise e aprovação pelos profissionais médicos do serviço de hemoterapia. Nesse sentido, o Ministério publicou um Guia para Uso de Hemocomponentes, atualmente em sua segunda edição¹¹, onde está recomendado que, nas cirurgias programadas, se considere a adoção de ações que reduzam o consumo de componentes sanguíneos alogênicos.

II.3 – As técnicas alternativas à transfusão de sangue e a obrigação do Estado em disponibilizá-las.

As principais estratégias para evitar ou reduzir a prática da transfusão se dividem basicamente em 3 pilares: otimizar a massa eritrocitária e o estado de coagulação; minimizar a hemorragia ou perda de sangue; e a tolerância à anemia¹².

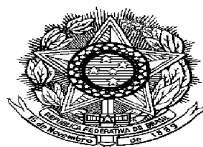
São essenciais os cuidados preoperatórios, especificamente para avaliar históricos de anemia, o uso de medicamentos que podem interferir com esta e com a coagulação, tratar a anemia com substâncias tais como o ferro, ácido fólico, vitamina B12; e a terapia com a eritropoietina humana recombinante, que estimula a produção de glóbulos vermelhos. Quando o paciente já houver perdido muito sangue, ao lado desses medicamentos se aplicam soluções que ajudam a expandir o plasma sanguíneo e recuperar seu volume, tais como o lactato de Ringer; a solução salina hipertônica e o colóide Dextran¹³.

Também é importante minimizar o volume de sangue retirado para diagnósticos e reduzir a perda de sangue em procedimentos médicos invasivos, como inserção de catéteres e outros, inclusive usando instrumentos não invasivos que permitam ao cirurgião observar o interior do

¹¹ Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/guia_uso_hemocomponentes_2ed.pdf>, consultado em 14 de maio de 2016.

¹² DOS SANTOS, A.A. et al, “Opções terapêuticas para minimizar transfusões de sangue alogênico e seus efeitos adversos em cirurgia cardíaca: Revisão sistemática”, *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, 29 (4), 2014, págs. 606-621.

¹³ DA SILVA LEIRIA, Cláudio, “Testemunhas de Jeová: religiosos têm direito a negar transfusão de sangue”, *Revista Consultor Jurídico*, 20 de junho de 2009, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>>, consultado em 03 março de 2016, págs. 3-4.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

corpo, diminuindo a necessidade de incisões cirúrgicas.

Para a preservação sanguínea intraoperatória há diversas técnicas, tais como a hemostasia meticulosa, com rápido e cuidadoso controle das hemorragias através de enfoque cirúrgico menos traumático; a hipotermia moderada induzida, que, ao baixar a temperatura corporal, reduz o sangramento intraoperatório e pós-operatório; a hipotensão moderada e a hemodiluição normovolêmica aguda, que também são técnicas que ajudam a controlar o sangramento.

Outra opção eficiente, embora mais complexa e cara, é a recuperação sanguínea intraoperatória, ou autotransfusão, por meio da qual o sangue é recolhido durante a cirurgia; em seguida sofre adição de anticoagulantes; passa por um filtro coletor em direção a uma máquina de recuperação sanguínea, onde se soma a uma solução salina para lavar as células e, após concentrado, é transfundido novamente. Como o sangue permanece em circulação, com ajuda de equipamentos externos, é uma técnica geralmente aceita pelas testemunhas de Jeová.

Também é importante o uso de instrumentos cirúrgicos hemostáticos para minimizar a perda de sangue: os eletrocautérios, no lugar dos bisturis convencionais, que previnem as hemorragias cirúrgicas; cirurgias com uso de laser; coagulador com raio de argônio; ablação térmica por radiofrequência etc.

Não raro se utilizam agentes que aumentam a atividade dos fatores de coagulação – hemostasia farmacológica – como o acetato de desmopressina, vitamina k, fator VII recombinante ativado e concentrado de complexo protrombínico; ou agentes hemostáticos tópicos eficazes em controlar o sangramento local, tais como adesivos para tecidos, colágeno hemostático, cola de fibrina e outros, importantes inclusive em situações traumáticas, de urgência.

Há registros de cirurgias de coração, ortopédicas, oncológicas, ginecológicas, urológicas, transplantes de fígados, rins, coração, pulmão e muitas outras com o uso dessas técnicas alternativas, sem transfusão de sangue.

As testemunhas de Jeová afirmam que, mesmo em casos de pacientes traumatizados, com grave perda de sangue, existem técnicas para estancar o sangramento, já utilizadas no Canadá com ácido tranexâmico.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

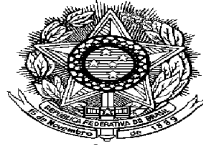
Em suma, hoje em dia, com todos os avanços da medicina e através da combinação de todas essas diferentes técnicas e medicamentos, se pode evitar a transfusão de sangue em quase todos os casos. As limitações de sua utilização se relacionam ao alto custo de algumas das técnicas, como a máquina de recuperação sanguínea intraoperatória e de alguns medicamentos, assim como a curva de aprendizagem das técnicas cirúrgicas mais modernas, sendo necessário seu ensino nas faculdades de Medicina e nas residências médicas. Outra limitação seria o emprego de algumas destas estratégias em cirurgias de emergência.

Frequentemente se presume que tais métodos alternativos seriam mais caros e, portanto, não se justificaria garantir a essa minoria uma prestação diferente, e de maior custo que aquelas das quais se beneficiam as demais pessoas.

Antes de mais nada, convém esclarecer que, quando se fala em “métodos e técnicas alternativos”, a referência é àqueles que são reconhecidos pela medicina, que não são considerados meramente experimentais: medicamentos de eficácia comprovada e uso autorizado pelas autoridades públicas e procedimentos regulados pelo SUS.

No que se refere às testemunhas de Jeová, na maioria dos casos são solicitadas cirurgias sem transfusão de sangue, indisponíveis em muitas unidades de saúde. A questão seria analisar a possibilidade de se exigir um tratamento médico conforme às próprias crenças religiosas. A tese aqui defendida é que a denegação dessas solicitações seria injustificada no plano constitucional, pois não se dão de forma fútil ou caprichosa, mas se fundamentam no direito à liberdade religiosa, cabendo ao SUS prover as prestações de saúde de acordo com tais convicções.

Como exemplo, há no SUS a figura do tratamento fora do domicílio - TFD, por meio do qual o Poder Público cobre os custos de deslocamento do paciente para outra localidade em que o tratamento esteja disponível. Em um caso concreto, um cidadão idoso acionou judicialmente o estado de Mato Grosso, visando obrigá-lo a lhe custear cirurgia cardíaca em um hospital situado no estado de São Paulo. O procedimento poderia ser realizado em Mato Grosso, mas somente com transfusão de sangue, o que contrariava suas convicções religiosas. O único médico habilitado então no estado de Mato Grosso para operar cirurgias cardíacas não dominava a técnica de realizá-la sem transfusão de sangue. Julgado improcedente o pedido em primeira instância, o paciente apelou ao Tribunal. Baseando-se na bioética e no respeito aos valores e crenças dos pacientes, entendeu o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Tribunal que, havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o estado denegar o tratamento fora do domicílio quando este se apresenta como único meio que atende à crença religiosa do paciente¹⁴.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também decidiu em igual sentido, embora se tratasse de solicitação de tratamento alternativo para câncer com quimioterapia, sem transfusão de sangue, através de plano de saúde privado, em que se declarou que os procedimentos de saúde não poderiam sofrer limitações enquanto o paciente ainda está sob tratamento de grave enfermidade¹⁵.

Apesar de o tema ser pouco analisado pela doutrina, há quem defenda que se deve exigir que o Estado tenha uma estrutura que propicie tratamentos alternativos às transfusões, e também que se façam alterações nas grades curriculares das faculdades de Medicina e Enfermagem para que tais terapias sejam melhor estudadas, compreendidas, difundidas e utilizadas¹⁶.

Alguns argumentos equivocados, em especial acerca de questões técnicas, devem ser evitados. O primeiro deles diz respeito aos custos, pois não raro as decisões denegadoras dessas prestações se referem aos custos de um insumo específico, como um medicamento excepcional e mais caro. Ocorre que, para uma análise comparativa mais precisa, haveria que se considerar os custos globais do tratamento, pois em geral os pacientes que não recebem transfusões têm menores taxas de mortalidade e de permanência hospitalar, o que se reverte em menos custos sob o aspecto global. Também haveria que se considerar o preço da bolsa de sangue caso fosse feita a transfusão.

Ademais, nas cirurgias eletivas, muitos dos cuidados necessários para evitar a transfusão de sangue são pré-operatórios e não demandam internação. Evitando-se os riscos transfusionais e contando-se com o apoio que as testemunhas têm de sua comunidade e família, sua recuperação tende a ser mais rápida. Recorde-se, de resto, que as pessoas em geral têm diversos comportamentos, inclusive mais reprováveis, como, por exemplo, fumar, que acarretam custos muito maiores à administração sanitária e, apesar disso, têm garantido seu direito à saúde.

Outro problema é a presunção errônea de que os tratamentos alternativos somente

¹⁴ TJMT, Agravo de Instrumento nº 22395/2006, 5ª Câmara Cível, Des. Orlando de Almeida Perri, 31 de maio de 2006.

¹⁵ TJSP, Agravo nº 0573992-88.2010.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, 06 de abril de 2011.

¹⁶ DA SILVA LEIRIA, C., “Testemunhas de Jeová: religiosos têm direito a negar transfusão de sangue”, *Revista Consultor Jurídico*, 20 de junho de 2009, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>>, consultado em 03 março de 2016, pág. 28.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

beneficiariam as testemunhas de Jeová. Pelo contrário, ao adquirir, por exemplo, uma máquina de recuperação circulatória, o Estado investe em um equipamento que poderá servir a qualquer paciente que não deseje se tratar com transfusão de sangue ou eventualmente não possa — há casos em que o paciente tem o seu sistema imunológico tão debilitado que não suporta uma transfusão, ou seu tipo sanguíneo não está disponível.

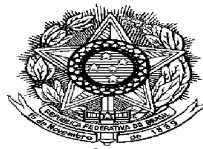
Em suma, não se pode analisar a questão somente sob a ótica dos problemas que o tratamento das testemunhas de Jeová acarreta às administrações hospitalares. O Poder Público tem plenas condições de mapear onde estariam as maiores concentrações de testemunhas de Jeová em seu território e investir em programas de gerenciamento e conservação de sangue nos centros de alta complexidade, evitando-se assim os custos com tratamentos fora do domicílio. Tal providência certamente traria maiores benefícios à toda coletividade, não somente se evitando ao máximo os riscos transfusionais, senão também os danos à saúde das testemunhas de Jeová, por falta de planejamento da disponibilização dos meios alternativos de tratamento.

É claro que o raciocínio geral se aplica com muito maior facilidade aos casos de cirurgias programadas, em que não há risco iminente de vida – e não são estes que trazem os maiores dilemas que vão desaguar no Judiciário. Com efeito, o objeto de regulação pela resolução ora questionada são justamente os casos em que há risco iminente de vida. Não obstante, todos estes questionamentos seriam, em muito, minimizados, se as técnicas alternativas fossem mais difundidas nas faculdades e residências médicas, e se as instituições de saúde estivessem mais preparadas para lidar com o atendimento diferenciado às testemunhas de Jeová.

II.4 – A interpretação dada ao art. 146, § 3º, I, do Código Penal pela Resolução CFM nº 1.021/80: contexto histórico; princípios de ética médica; autonomia e consentimento informado.

É preciso agora analisar se a recusa à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová configura uma hipótese de “objeção de consciência”, que pressupõe a existência de uma norma jurídica que imponha uma obrigação contrária a um imperativo de consciência do indivíduo¹⁷.

¹⁷ NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley, Las objeciones de conciencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 179.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Tal fenômeno somente poderia caracterizar “objeção de consciência” diante da existência de uma norma que impusesse determinados tratamentos médicos, o que não irá se encontrar na maioria dos casos, exceto para determinadas enfermidades infecciosas, como o exemplo clássico da obrigação de se vacinar. Essa situação, contudo, é de risco à saúde pública, reconhecida nos textos das convenções internacionais como limite legítimo à liberdade de consciência e religião.

Quando o paciente é maior de idade, capaz e a recusa ao tratamento médico não põe em risco a saúde pública, não haveria de se reconhecer a objeção de consciência, porque não há tampouco norma que obrigue o indivíduo a aceitar determinado tratamento médico, o que consiste em mera manifestação da autonomia da vontade do paciente, que inclusive pode não ter fundamento em imperativos de consciência ou religião.

Na Espanha, por exemplo, a Lei nº 41/2002, reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, dispõe que toda atuação em âmbito sanitário requer prévio consentimento dos pacientes ou usuários, que deve ser obtido após o paciente receber informação adequada, tendo este direito a decidir livremente entre as opções clínicas disponíveis ou inclusive recusar o tratamento, exceto nos casos determinados na própria lei, quando sua negativa constará por escrito.

O art. 9 deste texto normativo regulamenta as situações em que poderão atuar os serviços de saúde sem o consentimento do paciente:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Em suma, trata-se das hipóteses de risco à saúde pública, mencionadas anteriormente; ou quando haja grave risco para a integridade física ou psíquica do paciente, mas somente quando não seja possível conseguir sua autorização — por exemplo, quando o paciente esteja em estado de inconsciência.

Tal situação excepcional só vem a confirmar a regra, que se traduz na autonomia do paciente



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

em escolher os tratamentos disponíveis através de seu consentimento livre e informado, ou mesmo recusá-los. Não se trata, portanto, de objeção de consciência, senão de simples exercício da liberdade não proibido pelo ordenamento¹⁸, por faltar seu pressuposto principal, que é a oposição de uma norma imperativa.

A preocupação com a necessidade de consentimento dos pacientes para qualquer tratamento médico teve sua origem após os horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto surgiu o Código de Nuremberg, de 1947, que determinou que todos os experimentos científicos em seres humanos demandariam prévias explicações aos interessados para que, dentro da autonomia de sua vontade, lhes fosse possibilitado optar livremente a submeter-se ou não a ditos experimentos.

Seguiu-se a Declaração de Helsinki, de 1964, pela Associação Médica Mundial, que passou a utilizar o termo “consentimento informado” depois de uma emenda de 1983. Esse foi o ponto de partida para a inclusão do consentimento informado como requisito para a intervenção médica na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

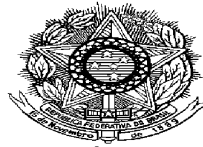
Outro precedente importante foi a celebração do Convênio para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano com respeito às aplicações da biologia e da medicina, ou Convenio de Oviedo, celebrado em 4 de abril de 1997 no âmbito do Conselho da Europa e que, com base na autonomia do paciente, proclamou a regra do consentimento informado nas relações dos médicos com seus pacientes.

Tais documentos internacionais, ao lado de outros tratados e declarações de entidades privadas representativas da classe médica, formaram um amplo leque do qual se extraem os princípios éticos básicos da biomedicina, que orientam o profissional quando este se depare com uma situação em que possam colidir direitos e deveres do médico e do paciente. Um destes princípios é justamente o princípio da autonomia, também denominado “princípio do respeito pelas pessoas”, que justifica o direito do paciente capaz e maduro de tomar suas próprias decisões.

O “princípio da beneficência” e sua outra faceta, de não maleficência, “contempla o dever do médico de atuar sempre em benefício do paciente”¹⁹, de não lhe causar qualquer prejuízo de

¹⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”, *Revista de Derecho Político*, nº 42, 1996, pág. 76.

¹⁹ MORLANS, M. et al, “El rechazo en las transfusiones de sangre y hemoderivados: criterios éticos, deontológicos y médico-legales”, *Revista española de medicina legal*, vol. 41, nº 1, 2015, pág. 20.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

ordem física ou moral. Tal princípio é que vinha fundamentando a atitude historicamente paternalista do Estado e da medicina com relação aos pacientes – o médico decidia unilateralmente o que era mais benéfico para o paciente, com base em seus conhecimentos técnicos – e progressivamente vem dando maior espaço ao princípio da autonomia.

Por último, o “princípio de justiça” impõe que se dispense um trato justo a todos os pacientes sem nenhuma distinção por motivo racial, ideológico ou religioso, aplicando-se os recursos socio sanitários de forma eficiente, justa e equitativa²⁰.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina aderiu à Declaração de Helsinki em 1975, e o consentimento informado passou a ser regulado pela Portaria nº 16/1981 do Ministério da Saúde e da Resolução nº 1081/1982 do próprio Conselho, que estabeleceram as bases para sua utilização em experimentações e investigações científicas em seres humanos e na assistência à saúde²¹.

Posteriormente, com a aprovação do Código de Ética Médica, por meio da Resolução nº 1246/1988, conferiu-se maior amplitude ao direito ao consentimento livre e informado do paciente para qualquer intervenção médica, podendo o profissional da saúde sofrer sanções disciplinares por violação de seus deveres éticos, em caso de atuar sem esse consentimento.

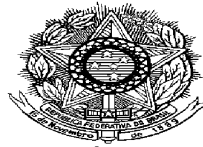
O centro do problema é a forma em que está redigida a infração ética do Código de Ética Médica atualmente vigente, desde 13 de abril de 2010, aprovado pela Resolução nº 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina, em seu art. 22: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

O Código Penal, por sua vez, tipifica, em seu art. 146, *caput*, o crime de constrangimento ilegal: “Constranger alguém através de violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

Não obstante, a conduta específica do médico que intervém no paciente sem seu

²⁰ SEOANE, J. A., “*El perímetro de la objeción de conciencia médica. A propósito del rechazo a la transfusión de sangre por un paciente testigo de Jehová*”, *Indret: Revista para el Análisis del derecho*, nº 4, 2009, pág. 20.

²¹ LIGIERA, W.R., “Consentimento informado do paciente”, em GOZZO, D. (coord.), *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*, ed. Saraiva, São Paulo, 2012, págs. 94-95.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

consentimento está prevista no art. 146 § 3º do Código Penal:

§ 3º – Não se compreendem nas disposições deste artigo:

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

II - a coação exercida para impedir suicídio.

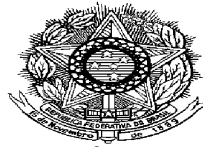
Ou seja, a conduta do médico que intervém sem o consentimento do paciente, via de regra configurará o delito de constrangimento ilegal, com fulcro no art. 146, *caput*. Porém, se assim age em virtude de uma situação na qual o paciente se encontra em iminente perigo de vida, não poderá sofrer punição alguma em âmbito criminal, administrativo ou disciplinar.

Não se pode perder de vista, contudo, que o Código Penal data de 1940, antes de todo o desenvolvimento internacional da doutrina do consentimento livre e informado, e seu art. 146 não sofreu desde então qualquer alteração. Ainda assim, os Códigos de Ética Médica do Brasil mantiveram a causa excludente para os casos em que o paciente se encontra em risco iminente de morte.

Entretanto, uma coisa é excluir a culpabilidade do médico em tais situações, especialmente levando-se em conta a gravidade e irreversibilidade do possível resultado morte do paciente, assim como a rapidez e a urgência com que tem de tomar sua decisão; outra completamente diferente seria presumir um direito geral do médico atuar de forma contrária à vontade expressa do paciente.

É preciso, portanto, contextualizar a Resolução nº 1.021, de 1980, que foi promulgada anteriormente à Constituição de 1988, antes do período de redemocratização do Brasil e da ratificação de todos os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, que serão mencionados em seguida. De resto, as testemunhas de Jeová existiam em menor número no Brasil e não se encontravam suficientemente organizadas e representadas. Tampouco se encontravam bem desenvolvidos todos os métodos alternativos a transfusão existentes hoje em dia. Os médicos não sabiam reagir em face da recusa à transfusão – uma situação rara e inusitada e que poderia levar o paciente à morte. Destarte, aprovou-se a resolução com o fim de orientar aos médicos, especificamente, como tratar de pacientes testemunhas de Jeová.

A mencionada resolução começa aludindo ao “problema criado, para o médico, pela recusa



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

dos adeptos das testemunhas de Jeová em permitir a transfusão sanguínea (...)”. Fundamenta suas conclusões nas regras de ética médica centradas no princípio de beneficência, assim como nas disposições do Código Penal, que não considera crime de constrangimento ilegal as intervenções médicas sem consentimento, quando há perigo de vida, nem as coações exercidas para impedir o suicídio. Ao final, aconselha aos médicos que apliquem a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus representantes legais, se existe iminente perigo de vida.

Na página 219 das notas taquigráficas da sessão em que foi aprovada a resolução, o relator abre um parênteses para anotar a seguinte observação:

realmente, as testemunhas de Jeová não fazem o serviço militar, se recusam a isto e àquilo, é uma enrolada única, todos os países têm problemas, e a Argentina, com os seus poderes discricionários, enfrentando o problema das testemunhas de Jeová, no ano passado resolveu o assunto: *‘É proibida a existência de testemunhas de Jeová’* (risos).

Aplicando uma interpretação equivocada do Código Penal, concluem que a excludente de culpabilidade relativa ao iminente perigo de vida, constante do tipo penal de constrangimento ilegal, constituiria a lei exigida pela Constituição para obrigar as testemunhas a receber as transfusões.

Em um período de ditadura, quando as liberdades individuais e os direitos humanos não estavam plenamente reconhecidos nem garantidos, e os princípios de autonomia do paciente e do livre consentimento informado não estavam adequadamente desenvolvidos, as testemunhas de Jeová eram vistas pelo Estado e pela classe médica somente como um problema a ser resolvido.

Poderia se considerar que, à época, a resolução estava em conformidade com o ordenamento jurídico e constitucional. Entretanto, desde então, o Brasil ganhou uma nova ordem constitucional e aderiu aos sistemas universal e americano de proteção dos direitos humanos, não se podendo aceitar que tal resolução continue, nos dias atuais, interferindo nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Em pesquisa realizada pelo PRDC-RJ, Renato de Freitas Souza Machado, junto às instituições de saúde, a respeito da recusa à transfusão de sangue em casos de risco iminente de vida, a maioria afirmou que segue a Resolução nº 1.021/80, ou seja, realizam a transfusão inclusive contra a vontade do paciente. Na maioria dos casos são testemunhas de Jeová que, por conta de sua recusa veemente, acabam por ser sedados ou restringidos mediante o uso da força.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Apesar de o próprio Conselho Federal de Medicina, após petição da Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, ter concluído pela necessidade de alteração da Resolução nº 1.021, decorridos dois anos, ela segue vigente, surtindo efeitos, e o Conselho não assinala concretamente nenhuma mudança de postura, sendo certo, conforme elementos coligidos, que as instituições de saúde seguem se baseando na resolução para negar o direito de recusa à transfusão de sangue por testemunhas de Jeová.

Infelizmente, tais condutas muitas vezes são sufragadas por decisões judiciais²², emitidas com base nas normas de ética médica vigentes e nas excludentes de risco iminente de vida, contidas no art. 146, § 3º, do Código Penal, na Resolução nº 1.021/80, e que também se reproduzem no Código de Ética Médica, sempre visando à proteção do bem maior da vida.

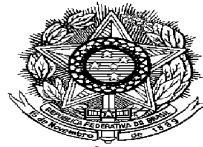
III – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

III.1 - O direito à liberdade de consciência e religião e seus limites.

O reconhecimento do direito à liberdade religiosa se inicia com o processo de separação entre os poderes do Estado e da Igreja, na paz de Westfalia, em 1648. O fim do Estado absolutista, a reforma protestante e as revoluções liberais levam à consolidação desse reconhecimento em diversos documentos constitucionais, declarações de direitos e convenções internacionais. A Primeira Emenda à Constituição americana de 1787, por exemplo, expressamente previu a separação entre Igreja e Estado e assegurou o livre exercício de qualquer religião. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 10, também consagrou que “ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”.

Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece a liberdade religiosa como direito humano, associada com as liberdades de pensamento e consciência, incluindo a liberdade de mudar de religião e de crenças, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto em público como na esfera

²² TJRS, Apelação Cível nº 595000373, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, publicado em RJTJRS nº 171, pág. 384. STJ, RHC nº 7785, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 05/11/1998.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

privada, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância.

Também estabelece, em seu art. 2, que os direitos e liberdades proclamados serão exercidos “sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição”.

Mais adiante, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe em seu art. 18.1:

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito inclui a liberdade de ter ou de adotar a religião ou as crenças de sua escolha, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou as suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado, pelo culto, pela celebração dos ritos, pela prática e pelo ensino

O referido pacto de 1966, além de dotar o direito de força vinculante, no art. 18.3, enumera os limites à liberdade de manifestar a própria religião, ao afirmar que a liberdade de pensamento, consciência e religião

só pode ser objeto de restrições que, estando previstas na lei, sejam necessárias para a proteção da segurança, da ordem, da saúde e da moral públicas, ou para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de outrem.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão responsável pela interpretação do Pacto, por meio da Observação Geral de 30 de julho de 1993, a respeito do art. 18.1, afirmou que protege

as crenças teístas, não teístas e ateias, assim como o direito a não professar nenhuma religião ou crença; os termos crenças ou religião devem ser entendidos em sentido amplo, não se limitando a aplicação do art. 18 às religiões tradicionais ou às religiões ou crenças com características ou práticas institucionais análogas às de religiões tradicionais

Sobre as minorias religiosas, o Pacto também afirma, no art. 27, que às pessoas pertencentes a estas minorias não se negará o direito de ter, conjuntamente com os demais membros de seu grupo, sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, afirma no art. 2.2 que os Estados se comprometem a garantir o exercício dos direitos “sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Também não se pode deixar de mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou convicções de 1981, que, além de proteger a liberdade de religião ou crenças, com texto similar ao dos demais documentos internacionais, afirma em seu art. 2.2 o que são intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções²³.

Por fim, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, tal como a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, do Conselho Europeu de Direitos Humanos, protege, no seu art. 12, a liberdade de consciência e de religião, também com texto praticamente idêntico àquele do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, inclusive quanto a seus limites.

Assim, no que concerne ao tema abordado, é importante ressaltar que em nenhum dos textos internacionais se verifica, como limite às liberdades de consciência e religião, os demais direitos fundamentais da mesma pessoa, inclusive o direito à vida ou à saúde.

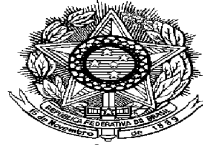
A proteção da liberdade religiosa no Brasil teve início depois da proclamação da República, por meio do Decreto nº 119-A, de 1890, que proibiu o estabelecimento de religiões por parte do poder público, assim como a imposição de obstáculos ao exercício de qualquer religião.

A Constituição de 1988 afirma em seu art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil se constitui como um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e, em seu art. 3º, IV, que um de seus objetivos fundamentais é o de promover o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

Ademais, proclama no art. 5º, *caput*, a igualdade de todos perante a lei, garantindo a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, “sem distinção de qualquer natureza”.

Mais especificamente quanto à liberdade de religião, o art. 5º, VI, proclama a inviolabilidade da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Sua interpretação literal

²³ “Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

poderia induzir a crer que, no direito brasileiro, a liberdade de religião estaria sujeita a limites mais flexíveis do que os previstos nos textos internacionais.

Ocorre que tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto, não só com o princípio de legalidade, que permite a restrição de direitos e a imposição de obrigações através da lei; mas também com o art. 5º, VIII, que, se de um lado garante ao cidadão a possibilidade de objeção de consciência para se eximir de cumprir obrigação legal a todos imposta, permite que o Poder Público imponha prestação alternativa por meio de lei.

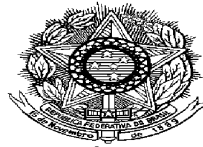
Também insta salientar que, por ser signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tais documentos internacionais se integram ao direito positivo brasileiro como normas supralegais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal²⁴.

Com efeito, a decisão é resultado da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição, que afirma que os direitos e garantias fundamentais expressos não excluem outros que resultem do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A questão é saber se, entendendo que as normas destas convenções e tratados têm natureza supralegal porém infraconstitucional, poderiam estabelecer limites à liberdade de consciência e de religião que não estão no texto constitucional. A resposta é positiva, na medida em que nenhum direito humano fundamental, apesar da sua natureza, é absoluto.

Nesse sentido, observa-se que, dentre os limites impostos pelo Pacto e pela Convenção Americana, encontram-se os direitos fundamentais das demais pessoas, além dos aspectos públicos da ordem, da moral, da saúde e da segurança. Todos esses limites constituem valores que, ao lado da liberdade de consciência e de religião, são também legitimamente protegidos pela Constituição brasileira e que, portanto, em situações concretas podem se enfrentar e se sujeitarem a um exame de

²⁴ “(...) caráter especial do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11) - Pacto de San José, Costa Rica (art. 7, 7)- ratificado sem reservas pelo Brasil no ano 1992. A estes instrumentos internacionais de direitos humanos se reserva um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de ratificação”. (STF, [HC 95967](#), Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, 11.11.2008, publicado no *DJe* de 28.11.2008).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

ponderação.

A conclusão é que as limitações impostas às liberdades de consciência e de religião nos textos internacionais ratificados pelo Brasil se harmonizam com seu direito constitucional e podem encontrar fundamento em valores igualmente protegidos pela Constituição brasileira.

Embora o enfoque, até agora, tenha sido o da liberdade de religião, devido à própria natureza da recusa à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, o mesmo raciocínio aqui exposto se aplica ao direito à intimidade e privacidade, eis que o fenômeno religioso se manifesta justamente na esfera de intimidade e privacidade do indivíduo. Da mesma forma, a intimidade e privacidade do indivíduo somente podem ser limitadas com o fim de proteger a saúde pública, a moral pública, a segurança pública e os direitos fundamentais das demais pessoas.

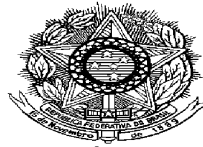
A imposição de limitações ao exercício de determinados direitos fundamentais é necessária devido à natureza dos direitos humanos, que são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, devendo ser estabelecidos parâmetros para decidir casos em que possam entrar em conflito uns com os outros. Tais características foram expressamente reconhecidas na Declaração de Viena de 25 de junho de 1993, em seu parágrafo 5º.

III.2 – Conteúdo e dimensões da liberdade de consciência e religião e seu fundamento na dignidade humana e autonomia individual.

A doutrina costuma ressaltar as diversas dimensões da liberdade de consciência e de religião. A dimensão objetiva comportaria não somente a neutralidade e a aconfessionalidade do Estado, mas também um dever de cooperação do Estado com as confissões religiosas²⁵.

A dimensão subjetiva da liberdade de consciência e religião teria, por sua parte, também um caráter bidimensional. A primeira dimensão seria a interna, que abrange a liberdade para crer ou não crer, para adotar umas ou outras convicções, ou mesmo as rechaçar ou abandonar. A segunda seria a externa, de *agere licere*, que faculta aos cidadãos a se comportarem conforme suas crenças e

²⁵ LABACA ZABALA, M.L. et al, “*Transfusiones de sangre y Testigos de Jehová: posición de los tribunales en relación con el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados en centros sanitarios privados*”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 06, 2008, pág. 26.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

convicções, sejam morais, políticas, filosóficas, ou de outra índole, inclusive frente a terceiros²⁶.

A dimensão interna, por sua própria natureza, não é suscetível de ingerências por parte de terceiros ou por parte do Estado. O direito enunciado nos textos jurídicos, portanto, visa a garantir a liberdade de consciência e religião sobretudo em sua dimensão externa, que se manifesta nos cultos e ritos religiosos, no ensino de religião, na liberdade de proclamar suas crenças ou convicções e de comportar-se de acordo com estas²⁷.

É justamente a dimensão externa que se encontra sujeita aos limites estabelecidos nos documentos internacionais, quando sejam necessários para proteger a segurança, a saúde, a ordem e a moral públicas, ou os direitos dos demais, e que acarreta a maior parte dos conflitos que acabam desaguando nos Tribunais.

As diversas dimensões das liberdades de consciência e religião implicam, assim, distintas atuações positivas e negativas por parte do Estado: garantir e regulamentar as liberdades; criar as condições que possibilitem aos cidadãos praticar suas crenças, de forma coletiva e individual; proteger as manifestações religiosas de agressões e perturbações por parte de terceiros; não tratar de forma discriminatória aos adeptos ou fiéis de religiões minoritárias; abster-se de qualquer ingerência que não esteja prevista por lei para proteger outros direitos humanos, a saúde, a moral, a ordem e segurança públicas.

Outra consequência é que não cabe ao Estado definir quais manifestações constituem religião ou não, ou que convicções e crenças merecem proteção ou não, por mais irracionais que possam parecer. Um Estado Democrático de Direito implica sobretudo na impossibilidade de impor aos cidadãos condutas atentatórias a sua dignidade e convicção religiosa²⁸.

A proteção à liberdade de consciência e religião compõe assim um núcleo que define a própria identidade pessoal e dignidade individual, um espaço de autodeterminação intelectual ante à vida²⁹.

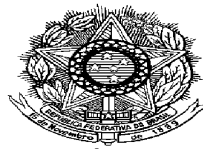
Com efeito, a dignidade humana é um valor que fundamenta a proteção de todos os direitos

²⁶ STC 120/1990 de 27 de junho, FJ 10º.

²⁷ VALERO HEREDIA, A., *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 16-17.

²⁸ NERY JUNIOR, N., “Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso”, *Revista de Direito Privado*, nº 41, 2010, págs. 223-292.

²⁹ LABACA ZABALA et al, ob. cit., pág. 26.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

humanos e que, sem embargo, pode assumir diferentes significados, a depender de cada cultura. Em sua expressão mais essencial, a dignidade ressalta o valor intrínseco de cada vida humana e requer que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, impedindo assim a instrumentalização do indivíduo.

Em geral, hoje em dia, prevalece o conceito de autonomia individual como expressão da dignidade humana, não se podendo suprimir do indivíduo a possibilidade de fazer suas escolhas sobre qualquer questão que afete sua esfera mais íntima, tal como a religião, o casamento, a profissão, a integridade física e moral, o planejamento familiar, dentre outras, desde que não violem direitos de terceiras pessoas. A consequência é que a proteção à dignidade requer que o próprio interessado seja o principal responsável pela definição de seu conteúdo³⁰.

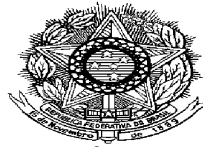
Esta conclusão reforça a observação feita com referência aos limites da liberdade de consciência e religião porque, prevalecendo o conceito de dignidade como autonomia individual, na prática somente se pode considerar como verdadeiros conflitos entre direitos fundamentais as hipóteses em que estes pertençam a diferentes titulares, ou quando o conflito ocorra entre direitos individuais e interesses coletivos. Quando se trata de direitos fundamentais da mesma pessoa não haveria verdadeiro conflito, pois prevaleceriam as escolhas do indivíduo baseadas em sua autonomia e dignidade.

III.3 – Liberdade religiosa e objeção de consciência.

A Constituição de 1988 trata da objeção de consciência em dois dispositivos. Ao lado da objeção ao serviço militar obrigatório, o art. 5º, VIII, por sua vez, afirma que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

No Brasil, à luz do reconhecimento constitucional da possibilidade de invocar a objeção de

³⁰ BARROSO, L.R., *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas existenciais*, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>, consultado em 2 de março de 2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

consciência em diversas situações, entende-se que se trata de direito fundamental que comporia, ao lado da liberdade de consciência, da liberdade de religião e da liberdade de culto, elementos indissociáveis da proteção da personalidade ³¹.

Impende destacar que, para a objeção de consciência em geral, a Constituição não exige que haja lei específica que a permita; o que significa que a Administração Pública pode reconhecê-la *ex officio* e, em caso de conflito, a questão será solucionada judicialmente. Por outro lado, para a imposição de obrigação alternativa à obrigação objetada, aí sim será necessária a previsão em lei.

O fenômeno da objeção de consciência compõe-se de dois requisitos básicos: uma lei, geral e abstrata, que impõe uma obrigação ou prestação aos cidadãos; e uma norma moral, de caráter filosófico, político ou religioso, que causa um conflito psicológico no indivíduo: se cumpre a lei, viola sua consciência; se obedece a seus mandamentos de consciência, viola a obrigação legal.

Em geral, a doutrina aponta duas formas de se abordar as objeções de consciência: o legalismo e o equilíbrio de interesses³². Para a doutrina legalista, sempre que a lei seja neutra, geral, abstrata e persiga objetivos legítimos, se pode permitir exceções ao seu cumprimento, mas sempre impostas por lei.

Ao contrário, a doutrina do equilíbrio de interesses, tendo em conta a importância de proteger as liberdades de consciência e de religião que, enquanto direitos humanos fundamentais, são consideradas de interesse público, tal como os demais direitos ou bens jurídicos que a lei objetive proteger, impõe que se faça um juízo de ponderação em cada caso concreto.

Primeiramente, há que se ter em conta que não se demonstra razoável exigir que a lei contenha todas as hipóteses de objeção de consciência, porque estas dependem de diversos fatores sociais e culturais que podem mudar conforme o tempo e o lugar, não sendo, portanto, completamente previsíveis.

Não se pode, tampouco, olvidar que o dogma da lei neutra não está imune a críticas. Ainda que a lei persiga objetivos legítimos, normalmente é resultado da vontade da maioria dos representantes populares eleitos e, portanto, comparte dos valores éticos majoritários. Ocorre que,

³¹ NERY JUNIOR, N., ob. cit., pág. 237

³² MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 89, 2006, pág. 107.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

dentro de uma mesma sociedade, encontram-se diferentes pontos de vista, padrões éticos, ideologias, e religiões, cujo respeito está garantido pelas constituições nacionais e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Se se parte de uma concepção meramente legalista das objeções de consciência, o próprio direito à liberdade de consciência e religião pode acabar esvaziado de conteúdo, em razão do estreito vínculo que une a objeção de consciência às liberdades de consciência, ideológica e de religião, especialmente em sua dimensão externa. Caso não fosse reconhecido o direito à objeção de consciência, restaria aberto um espaço para que os Estados, a pretexto de adotar uma postura neutra, aplicando suas leis gerais e abstratas a todos indistintamente, acabaria por violar a liberdade de consciência e religião, especialmente dos cidadãos adeptos de religiões ou ideologias minoritárias, como as testemunhas de Jeová, o que se denomina na doutrina hipótese de discriminação indireta.

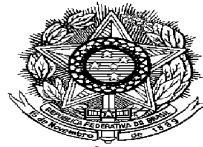
Por outro lado, há de se reconhecer que o direito a invocar a objeção de consciência encontra-se sujeito aos mesmos limites que a liberdade de consciência e religião. Caso contrário, a recusa ao cumprimento de obrigação a todos imposta, ainda que motivada por imperativos de consciência, acabaria por lesionar direitos fundamentais de terceiros, ou a saúde, moral e segurança públicas.

Retornando à teoria do equilíbrio de interesses, sua origem está na doutrina jurisprudencial do Canadá e Estados Unidos, que impõe que se faça este *balancing process*, quando se analisa o conflito entre a liberdade de consciência e o interesse do Estado em manter, sem exceções, a aplicação da norma. Assim, dentro desse exame de ponderação mais específico, o Estado estaria obrigado a buscar uma adaptação razoável (*reasonable accomodation*) da norma aos deveres de consciência do objetor, excetuados os casos em que se considere haver um gravame excessivo (*undue hardship*)³³.

Também envolve a busca de formas menos gravosas de aplicação da lei ao cidadão que a objeta, o que se chamou *least restrictive means* nos Estados Unidos, ou *minimal impairment*, no Canadá.

O resultado não se reduz a uma análise simplista e polarizada do conflito, que equivaleria a

³³ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., ob. cit., pág. 133



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

afirmar somente se a objeção é válida ou não, mas se traduz num esforço por encontrar soluções intermediárias ou acomodações razoáveis, especialmente nos casos em que não há previsão legal de objeção, nem de prestação alternativa.

Como exemplo de aplicação dessa doutrina no Brasil, os casos dos adventistas e judeus, que têm o sábado como dia sagrado e, portanto, pleiteavam que os concursos públicos, ou mesmo o ENEM, não fossem marcados para o dia da semana indicado. Fazer os exames no domingo, por outro lado, poderia implicar em problemas com outras religiões que têm justo o domingo como dia sagrado. Ademais, preparar dois exames diferentes em dias distintos poderia violar a isonomia entre os candidatos, ou acarretar custos excessivos e desnecessários para o Estado. Há muitas decisões judiciais e administrativas no sentido de que os candidatos adventistas ou judeus deveriam fazer o exame ao sábado, porém depois do por-do-sol, já que o dia sagrado terminaria nesse momento.

Buscou-se aqui uma acomodação entre os interesses do Estado, dos objetores e da sociedade, e se encontrou uma forma de atuação que nem viola a consciência e religião das minorias, nem os interesses da maioria, e tampouco constitui exigência desproporcional em face do Estado.

No presente caso, conforme afirmado anteriormente, não se pode reconhecer que haja norma imperativa que obrigue aos cidadãos aceitar determinado tratamento médico, exceto nos casos em que estiver em risco a saúde pública. Também não há qualquer prejuízo à sociedade ao se respeitar a vontade das testemunhas de Jeová em não receber transfusão de sangue.

III.4 – Princípio da proibição de tortura e inviolabilidade da integridade física e psíquica.

Em virtude do aspecto central da crença das testemunhas de Jeová em sua religião, a transfusão de sangue contra sua vontade lhes causa intenso sofrimento psíquico, o que faz com que a conduta do médico que intervenha contra seu consentimento possa ser considerada inclusive crime de tortura, de maior gravidade que o constrangimento ilegal.

A Lei nº 9.455/1997 define o tipo penal de tortura em seu art. 1º, I, “c”, como “constranger



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe intenso sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa”.

Tal definição encontra-se conforme àquela prevista no art. 1 da Convenção Internacional contra a Tortura e outros tratamentos cruéis inumanos ou degradantes:

1. Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

Não há dúvidas de que a transfusão forçada causa intenso sofrimento mental nas testemunhas de Jeová. Tanto assim que, para submetê-los ao procedimento contra sua vontade, se não estão inconscientes, é necessário o emprego da força ou de sedativos. Em suma, há de se convir que, inclusive pelo que consta do preâmbulo da própria Resolução nº 1.021/80, e pela forma irônica e pejorativa com que os conselheiros de então se referiram às testemunhas, a norma tem caráter flagrantemente discriminatório e odioso, pois elaborada com o único intuito de restringir seus direitos.

De igual forma, a conduta dos médicos que intervêm contra a vontade do paciente, faltando ao respeito com sua consciência, autonomia e religião, pode configurar crime de tortura e, nesse caso, não há previsão de excludentes, ainda que presente iminente risco de vida.

Tal conduta viola, portanto, o art. 5º, III da Constituição que determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, e que nos termos do art. 5º, XLIII, a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou indulto o crime de tortura.

III.5 – O suposto conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida.

a) A superioridade dos valores da dignidade e da autonomia.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

No texto da Constituição, em nenhum momento se extrai que a vida seja um valor ou direito absoluto ou superior aos demais. Ao contrário, há ali exceções ao direito à vida – o art. 5º, XLVII, permite a pena de morte em caso de guerra declarada. O ordenamento jurídico ainda permite a morte em casos de legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal, para citar alguns exemplos.

Já em relação à dignidade, a Ministra Cármen Lúcia, por ocasião do julgamento da ADI 3.510, observou:

“A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.”

Não se almeja, com tais afirmativas, reduzir a importância do direito à vida, senão enfatizar que este se refere, sobretudo, a uma vida digna. E, no caso concreto das testemunhas de Jeová, em virtude da peculiaridade de suas crenças, aplicar-lhes a transfusão de sangue contra sua vontade os sentenciar a uma vida indigna, carente de sentido, por se verem impuros, imerecedores do reino de Deus, além de acarretar-lhes severas complicações em sua vida familiar e comunitária.

b) A falácia da indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Deve haver cautela quanto à teoria da indisponibilidade do direito à vida, ou mesmo da indisponibilidade de qualquer dos direitos humanos: estes são universais, imprescritíveis, interdependentes e irrenunciáveis, porém não indisponíveis, especialmente porque, por causa de sua



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

interdependência, não é raro que se colidam. O texto constitucional não menciona em qualquer momento a indisponibilidade dos direitos fundamentais, mas alude à sua inviolabilidade, especificamente não só quanto ao direito à vida como também ao direito à liberdade de consciência e religião — caso violados ou ameaçados, o titular pode fazer uso dos remédios constitucionais perante a Justiça, como as ações de mandado de segurança, habeas data, habeas corpus, mandado de injunção e ação popular.

Por inviolabilidade, há de se entender que se trata da proteção de determinados valores constitucionais contra terceiros, já que a indisponibilidade alcança a própria pessoa, que se veria coagida ao não se lhe reconhecer qualquer autonomia ou discricionariedade em se desprender de determinados direitos³⁴.

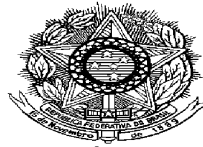
Ocorre que todos os dias as pessoas dispõem em maior ou menor grau de seus direitos humanos: a prática de artes marciais, quanto à integridade física; o consumo de drogas, cigarros e bebidas alcoólicas, quanto à saúde; a participação em *reality shows* e redes sociais, quanto à privacidade e intimidade... Também há disposição do direito à saúde se uma pessoa doente não procura qualquer tratamento médico, já que tampouco existe obrigação legal de buscar tratamento médico.

O problema estaria na previsão do art. 11 do Código Civil, de que os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e seu exercício não pode sofrer limitações voluntárias, o que em geral é interpretado pela doutrina em conformidade com a Constituição. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a indisponibilidade dos direitos fundamentais não resulta de nenhum mandamento constitucional³⁵, e inclusive algumas situações que acarretam risco de vida, como prestar ajuda humanitária em região de guerra ou praticar esportes de risco, podem ser consideradas escolhas existenciais legítimas, sem possibilidade de proibição pelo Estado.

A propósito das autolesões, ROXIN afirma que o que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é um componente de sua auto realização e que, na discussão internacional da teoria do

³⁴ RIBEIRO BASTOS, C., “Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas”, em CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luis Roberto (org.), *Direito Constitucional*, RT, São Paulo, 2015, pág. 968

³⁵ BARROSO, L.R., ob. cit. pág. 19, 22



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

direito, é “altamente controvertido em que medida se legitima o paternalismo estatal, ou seja, a proteção do indivíduo contra si mesmo”³⁶, que somente se justificaria em caso de déficit de autonomia na pessoa afetada.

Consequentemente, não somente o direito à vida, mas todos os direitos humanos fundamentais devem ser interpretados à luz da dignidade e da cidadania, não se lhes reconhecendo qualquer aspecto de indisponibilidade.

c) Aspectos criminais da recusa à transfusão de sangue.

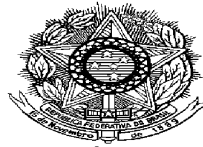
Não se pode considerar que a recusa à transfusão é suicídio – como já afirmado, as testemunhas de Jeová não desejam morrer – e ademais não faltam métodos alternativos para tratar-lhes sem sangue. Caso houvesse desejo de suicídio, lhes bastaria não buscar auxílio médico. Portanto, não se configura auxílio ao suicídio quando o médico respeita a vontade do paciente.

Na maior parte dos casos em que se constata risco iminente de morte, infelizmente, não se pode sequer assegurar que a transfusão seria útil ou efetiva – ao contrário, quanto mais debilitado se encontra o paciente, mais suscetível estará às reações adversas das transfusões.

Deve-se observar, no ponto, que as intervenções médicas não são obrigações de resultado, o que significa dizer que o médico tem o dever de prestar o melhor cuidado à saúde do paciente, de acordo com sua vontade e suas convicções, por meio das melhores técnicas disponíveis, porém não existe obrigação jurídica de salvar vidas, já que isso foge ao controle da técnica médica.

Pelo mesmo motivo, hoje em dia não há fundamento para o temor dos médicos de responderem em âmbito criminal pelo crime de omissão de socorro, que depende do dolo específico em não prestar auxílio ao enfermo, pois não se pode conceber como omissão o fato de que o médico respeite a vontade do paciente e não transfunda sangue ou de que, apesar da utilização de outras técnicas, o paciente venha a falecer. Por outro lado, se o médico se recusa a atender ao paciente testemunha de Jeová porque não quer prestar-lhe assistência sem transfusão de sangue, aí sim se

³⁶ ROXIN, C., *Estudos de Direito Penal*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pág. 44-45.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

poderá configurar omissão de socorro.

A propósito da negativa do paciente a uma cirurgia ou tratamento que possa lhe salvar a vida, para ROXIN a questão jurídica é clara: “não haverá punibilidade, porque não está permitido tratar um paciente contra sua vontade”³⁷.

Por outro lado, a excludente de culpabilidade do crime de constrangimento ilegal se aplica quando o médico intervém sem consentimento do paciente, em situação de risco iminente de vida, especialmente em situações em que não é possível obtê-lo por conta de eventual situação de inconsciência do paciente, mas em nenhum momento autoriza o médico a atuar após o paciente ter negado expressamente seu consentimento à intervenção. Ainda que seja este o sentido em que o Conselho Federal de Medicina interpreta a norma, isso não se extrai do texto legal.

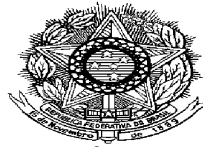
Apesar da argumentação de que se pretende salvar a vida, o quadro que se apresenta é de uma agressão à pessoa humana, uma grave violação ao direito à liberdade religiosa, assim como ao direito à intimidade e à integridade física.

III.6 – A violação aos preceitos constitucionais.

Não existe sombra de dúvida de que a Resolução nº 1.021/80, interpretando o art. 146 § 3º, I do Código Penal, ao determinar que o médico aplicará a transfusão de sangue independentemente do consentimento do paciente em casos de risco iminente de vida, a pretexto de regular a atuação médica, é uma ingerência nos direitos de liberdade de consciência e religião, intimidade, integridade corporal, autonomia e consentimento informado do paciente.

Ainda que se pudesse considerar tratar-se de uma ingerência com um fim legítimo —o de salvar a vida do paciente – tal limitação de direito não está prevista em lei, conforme exigência do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, assim como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consistindo assim também uma violação ao princípio da legalidade.

³⁷ ROXIN, ob. cit., pág. 202.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

De resto, tais documentos internacionais de direitos humanos somente reconhecem a legitimidade das limitações previstas em lei que sejam necessárias para proteger a segurança pública, a ordem pública, a moral pública ou a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais das demais pessoas. No caso das testemunhas de Jeová, não existe conflito entre suas decisões e qualquer outro bem ou interesse público ou pertencente a outras pessoas, constituindo-se, portanto, em um “falso conflito” que ocorre entre direitos fundamentais da mesma pessoa.

Sobre a solução de conflitos entre direitos fundamentais, por meio do exame de ponderação ou de proporcionalidade, ALEXY afirma que colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre que o exercício ou realização do direito fundamental de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais³⁸. Em sentido amplo, menciona as colisões de direitos fundamentais com bens ou interesses coletivos, cujo exemplo seriam justamente as hipóteses de saúde pública, moral pública, e segurança pública.

Posto isso, há de se reconhecer a inteligência dos documentos internacionais de direitos humanos quanto à adoção do conceito de dignidade humana como autonomia: a lei não pode estabelecer limites aos direitos fundamentais visando à proteção do próprio titular, porque somente a este se reconhece o poder de decidir em cada caso concreto de suposto conflito, em que o exercício de um direito signifique a renúncia a outro, a qual direito dará maior prevalência.

Outrossim, para comprovar se uma medida restritiva de um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade, seria necessário verificar: a) juízo de adequação: se a transfusão forçada é apta a atingir o objetivo de salvar a vida do paciente; b) juízo de necessidade: se a transfusão é necessária, no sentido de que não exista outra medida mais moderada para salvar a vida com igual eficácia; e c) juízo de proporcionalidade em sentido estrito: se a mesma propicia mais benefícios ou vantagens para o interesse geral que prejuízos sobre outros bens ou valores.

A resposta é negativa para todas as perguntas, eis que não há garantia, em casos de risco iminente de morte, de que a transfusão salvará a vida do paciente, nem que seja o único meio idôneo para tal finalidade, e os malefícios sobre a consciência das testemunhas de Jeová podem ser considerados pelos próprios fiéis como superiores ao benefício de salvar sua vida.

³⁸ ALEXY, R., *Constitucionalismo Discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pág. 57.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Assim sendo, ainda que considerássemos uma situação hipotética de promulgação de uma lei pelo Congresso Nacional que obrigasse as testemunhas de Jeová a aceitar as transfusões de sangue, ou que obrigasse os médicos a intervir inclusive contra a vontade do paciente, tal lei poderia ser declarada inconstitucional ou violadora do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana, porque não visa proteger a saúde pública, a segurança pública, a moral pública, nem os direitos fundamentais das demais pessoas.

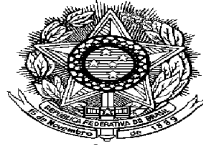
A situação, portanto, é de completa impossibilidade jurídica de o Conselho Federal de Medicina interferir diretamente nos direitos dos cidadãos, o que leva à urgente interpretação constitucional da norma, ou mesmo à declaração de sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, também há de se reconhecer que a resolução, a pretexto de regular a conduta ética dos médicos, também interfere de forma indevida em sua liberdade de consciência: o médico se vê obrigado pela norma a contrariar os interesses, crenças, opções e decisões dos pacientes para não sofrer procedimentos disciplinares, aplicando-lhes o mesmo raciocínio.

O legislador infraconstitucional, através do Código Civil de 2002, em seu art. 15, assim dispôs: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A consequência é que a gravidade da situação do paciente não pode mais ser utilizada como justificativa para a intervenção médica sem seu consentimento. Obviamente, se nem com risco de vida o paciente pode ser submetido a tratamento sem seu consentimento, tampouco isto pode ocorrer quando não haja risco.

Sobre a interpretação de tal dispositivo, destaca-se o enunciado nº 403 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, realizada entre 8 e 10 de novembro de 2011, quando diversos juízes se reuniram para discutir a melhor interpretação dos dispositivos do Código Civil, no sentido de que a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, prevista no art. 5º, II, da constituição, se aplica à pessoa que se nega ao tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte em virtude do tratamento ou de sua falta, desde que haja capacidade civil plena, manifestação de vontade livre, consciente e informada e a oposição se refira exclusivamente à própria pessoa.

O Estatuto do Idoso também, em seu art. 17, assegura ao idoso que esteja em pleno domínio



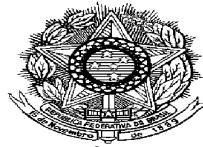
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento de saúde que repute melhor. Somente quando não esteja em condições de proceder à opção, esta poderá ser manifestada por curador, familiar ou inclusive pelo médico, em caso de iminente risco de vida e não haja tempo hábil para consultar o curador ou parente.

De igual modo, o art. 10 da lei 9.394/97 somente autoriza o transplante de órgãos e outros tecidos com o consentimento expresso do receptor, independentemente de se encontrar em risco de vida ou não.

A Lei 8.080/90, em seu art. 7º, III, define como princípio orientador do Sistema Universal de Saúde a autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, assim como a igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos de qualquer espécie (art. 7º, IV) e, de igual modo, a Portaria 1820, de 13 de agosto de 2009, do Ministério da Saúde, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde, estabelece em seu art. 4º, parágrafo único, que na rede de serviços de saúde é direito da pessoa o atendimento humanizado e acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de raça, cor, idade, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, patologias ou deficiências, garantindo-lhes, conforme inciso XI, o direito de escolher as alternativas de tratamento, quando disponíveis, assim como de recusar o tratamento. Em seguida, o art. 5º, V, da Portaria garante o direito ao consentimento prévio, livre, voluntário e informado a quaisquer procedimentos, diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, excetuados os casos de risco para a saúde pública, com a possibilidade de desistir do consentimento sem qualquer imposição de sanção moral, financeira ou legal.

Em suma, diversas outras Leis e atos normativos editados sob a égide da Constituição de 1988 já vêm adotando a mesma tese que se defende na presente ação. Lamentavelmente, a maioria das instituições de saúde permanece alheia à legislação contemporânea, seguindo como referência a Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, como interpretação autêntica do art. 146 do Código Penal, especialmente dirigida aos médicos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

IV – A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Um dos principais argumentos apresentados pelo Conselho Federal de Medicina, ao ser indagado sobre a inconstitucionalidade da Resolução nº 1.021/80 e à sua inadequação aos preceitos éticos contemporâneos da medicina, é a necessidade de se resguardar a proteção a crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, dentre outros.

Em função disso, a análise a seguir pretende comprovar que essa proteção já é assegurada de forma eficaz por lei.

IV.1 – Documentos de diretivas antecipadas.

Os documentos de instruções prévias, ou de diretivas antecipadas, como preferem denominá-los as testemunhas de Jeová no Brasil, consistem em um documento dobrável que se pode levar consigo e que contém: a) a declaração firmada no sentido de que o portador é testemunha de Jeová e que recusa a transfusão de sangue e seus elementos primários em qualquer caso; b) instruções a respeito de outros tratamentos de saúde aceitos, alergias, problemas de saúde e medicamentos em uso; c) nomeação de um procurador, outorgando-lhe plenos poderes para tomar decisões, solicitar informações médicas e tomar todas as providências necessárias ao cumprimento de sua vontade quanto a tratamentos de saúde e intervenções médicas; assim como d) a assinatura de duas testemunhas de que a declaração foi emitida pelo portador em sua presença, livre de coações. Defendem as testemunhas de Jeová que, quando há procurador designado pelo paciente, sua vontade deve ser respeitada inclusive quando contrária à de eventuais familiares.

Ainda que o documento de diretivas antecipadas não esteja previsto por lei, a Portaria 1.820 do Ministério da Saúde estabelece, dentre os direitos dos usuários de saúde, no art. 5º, VII, a indicação de a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.

Ressalta-se que tais documentos têm validade não só para as pessoas capazes que, por qualquer sinistro que tenham sofrido, venham a se encontrar em estado de inconsciência, mas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

também àquelas que, por qualquer motivo, tenham adquirido situação de deficiência psíquica que lhes impeça a livre manifestação da vontade.

Na doutrina, NERY JUNIOR entende que, se a testemunha de Jeová declarou validamente sua vontade em momento prévio à situação de iminente perigo de vida, expressando sua recusa a receber transfusão de sangue, não poderá o médico coagi-lo a tanto³⁹. De modo similar, conclui RIBEIRO BASTOS, para quem devem ser exigíveis somente os requisitos gerais de validade para qualquer ato jurídico: agente capaz, objeto não proibido pelo Direito e forma prescrita em lei⁴⁰. VILLAÇA AZEVEDO afirma que o documento portado pelas testemunhas é preciso, claro e inequívoco, delimitando com exatidão os poderes que competem ao procurador, não existindo qualquer impedimento na lei civil brasileira para que tal procuração seja outorgada por instrumento particular⁴¹.

O Enunciado nº 528 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proclama que é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou recusa a tratamento, que deseja em caso de encontrar-se sem condições de manifestar sua vontade.

Por outro lado, o Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue (*International Society of Blood Transfusion*) de 12 de julho de 2000, adotado pela Organização Mundial da Saúde, estabelece em seu art. 2 que o paciente tem direito de aceitar ou recusar o procedimento, e que qualquer instrução prévia válida deve ser respeitada.

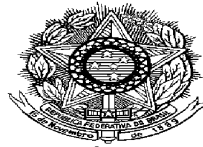
Não há como negar a validade do documento de diretivas antecipadas, pelo menos na forma em que costuma ser elaborado pelas testemunhas de Jeová. De fato, as testemunhas têm total consciência de que, a depender do centro hospitalar que os atenderá em casos de emergência, sua recusa à transfusão pode significar a morte, sendo justamente por seu total horror a esta que portam tal documento, havendo-se de preservar, portanto, sua autonomia.

Sem embargo, quando não houver declaração antecipada de vontade do paciente, nem designação de procurador, e não seja possível obter seu consentimento por motivo de inconsciência

³⁹ NERY JUNIOR, N., ob. cit., pág. 260.

⁴⁰ RIBEIRO BASTOS, C., ob. cit., pág. 982.

⁴¹ VILLAÇA AZEVEDO, A., *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*, São Paulo, 2010, pág. 38.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

ou outro similar, deverá o médico proceder de acordo com o que entende melhor para o paciente. Nesse caso, não se podem presumir as escolhas que o paciente faria se estivesse consciente, e a segurança jurídica impõe que não se reconheça a qualquer outra pessoa, ainda que familiares, a possibilidade de atuar em substituição, se não há designação prévia e a pessoa era capaz.

IV.2 – Pessoas com deficiência psíquica ou qualquer limitação da manifestação da vontade.

DWORKIN afirma que somente se pode respeitar a autonomia de alguém que está inconsciente se nos perguntarmos qual seria sua decisão em condições apropriadas, antes de se tornar incapaz, o que pode parecer fácil quando a vontade foi manifestada expressamente, ainda que não por escrito. Entretanto, não há garantia de que a pessoa não poderia vir a mudar de ideia em algum momento posterior à declaração de vontade⁴².

Esse é o principal problema do juízo de substituição que se costuma fazer na jurisprudência norte-americana, que não é aqui endossada, pois a opinião se baseia na percepção do julgador do que seria mais coerente com a personalidade do paciente. O que ocorre é que a decisão acaba por se tornar um exercício de ficção, especialmente porque as pessoas podem mudar de opinião a depender das circunstâncias ou fases da vida; e os familiares e amigos, que costumam ser ouvidos para se chegar a este tipo de decisão, podem ter opiniões contraditórias sobre o que pensaria a pessoa.

O autor prossegue desnudando o dilema ético sobre os casos em que há perda de capacidade, com ênfase nos casos de Alzheimer, que, sem embargo, são plenamente aplicáveis ao caso sob exame: para ter direitos é fundamental que se tenha um mínimo de capacidade mental? Os mentalmente incapacitados têm os mesmos direitos das pessoas normalmente competentes? Tais pessoas têm os mesmos direitos à autonomia, assistência, dignidade e nível mínimo de recursos?⁴³.

No caso de pessoas que se tornaram incapazes, como os acometidos do mal de Alzheimer, indaga que interesses prevaleceriam: se os de quando a pessoa tinha autonomia, consubstanciados em documento de instruções prévias, ou se seus interesses atuais, de modo a lhe tornar o que resta de vida mais agradável, conflito que não é fácil de responder desde o ponto de vista filosófico.

⁴² DWORKIN, ob. cit., pág. 270.

⁴³ Idem, pág. 311.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Partindo da concepção de autonomia centrada na integridade, que não pressupõe que as pessoas capazes tenham valores coerentes, ou que façam sempre as melhores escolhas⁴⁴, a opinião sobre terem ou não direito os pacientes incapacitados à autonomia depende do grau de sua capacidade geral de conduzir sua vida de tal forma. Quando as escolhas de um paciente com moderada deficiência psíquica são razoavelmente estáveis e coerentes com o caráter geral de sua vida anterior e, de modo geral, incoerentes e autodestrutivas na mesma medida em que também são as escolhas das pessoas plenamente capazes, poderá se considerar que ainda têm controle de sua vida e têm direito à autonomia.

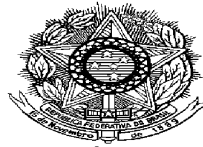
Sem embargo, se as escolhas, apesar de sua firmeza, são contraditórias de modo sistemático ou aleatório, evidenciando uma percepção de si mesmo sem coerência alguma, assim como a falta de objetivos discerníveis, se poderá presumir que o paciente perdeu a capacidade que a autonomia visa proteger. Nesses casos será aplicado o princípio de beneficência, ou seja, os médicos atuarão em benefício do paciente, de acordo com o que se presume consistirem suas necessidades vitais mínimas.

A situação das pessoas com deficiência psíquica seria provavelmente a mais delicada do ponto de vista ético, em virtude da dificuldade de medir o grau de capacidade e autonomia de cada um.

Não obstante, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, celebrada no âmbito das Nações Unidas em 2006 e promulgada pelo Brasil com status de emenda constitucional, elege como princípio, em seu art. 3º, “a”, o respeito à dignidade inerente à pessoa, à autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões e a independência das pessoas.

Prossegue, em seu art. 12, proclamando o igual reconhecimento como pessoa perante a lei, com capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida, devendo os Estados tomarem medidas para proporcionar acesso, às pessoas com deficiência, ao apoio que possam necessitar no exercício de sua capacidade jurídica e que, em seu âmbito, se proporcionem as garantias adequadas e efetivas para impedir os abusos, de conformidade com o direito internacional em matéria de direitos humanos, que assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica respeitarão a vontade e as preferências da pessoa; que

⁴⁴ Idem, pág. 319.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

não haja conflito de interesses nem influência indevida; que sejam proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa; que se apliquem no prazo mais curto possível; e que estejam sujeitas a exames periódicos por parte da autoridade competente.

Sobre a análise quanto ao grau de autonomia, dando maior concretude aos princípios proclamados na Convenção, a Lei 13146/2015, de inclusão das pessoas com deficiência estabelecendo uma verdadeira revolução no tratamento dos direitos das pessoas com deficiência, nos arts. 10 a 13 afirma que compete ao Poder Público garantir a dignidade da pessoa com deficiência em toda sua vida, que não poderá ser obrigada a submeter-se a intervenção clínica ou cirúrgica, nem a tratamento ou institucionalização forçada.

Além disso, no art. 12, proclama que o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização do tratamento, procedimento ou hospitalização e que, em se tratando de uma pessoa sob curatela, deve ser assegurada sua participação no maior grau possível para a obtenção do consentimento.

Por fim, o art. 13, espancando qualquer dúvida, dispõe que a pessoa com deficiência “somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”.

Não restam portanto, dúvidas a respeito. As pessoas com deficiência psíquica são consideradas, sob o ponto de vista legal, como plenamente capazes, cabendo tão somente às próprias dar o consentimento para intervenção médica, apoiadas por seus familiares quando necessário. Neste sentido, as alterações promovidas no instituto da curatela deixam claro que esta se limita aos aspectos patrimoniais – o consentimento para intervenções médicas, inserido na esfera existencial do indivíduo não é afetado, e a tomada de decisão apoiada é uma opção da pessoa com deficiência.

Em suma, o legislador, como autêntico intérprete da Constituição, já estabeleceu que as pessoas com deficiência são capazes e prestarão seu consentimento, com ou sem o apoio de pessoas de sua confiança e, no caso de deficiência que limite a manifestação de vontade, autoriza a intervenção sem o seu consentimento, para os casos de “risco de morte e emergência em saúde”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Portanto, já havendo legislação expressa neste sentido, com ou sem Resolução do CFM, seu direito já lhes resta assegurado.

IV.3 – Crianças e adolescentes.

Ao contrário do que ocorre na lei brasileira de inclusão, a situação dos menores de idade não contém regra expressa sobre o assunto, e não se lhes pode aplicar as mesmas regras de autonomia do paciente, já que são considerados civilmente como absolutamente incapazes até os 16 anos, em virtude da proteção legal conferida à sua personalidade, ainda em processo de formação.

A Convenção sobre os direitos das crianças de 1989 define criança como “todo ser humano menor de 18 anos de idade”, excetuados os casos que, em virtude da lei que lhes seja aplicável, haja alcançado a maioridade, o que ocorre nas situações excepcionais de emancipação.

A infância e a adolescência formam um período temporal de existência da pessoa humana que se caracteriza pela dupla consideração dos indivíduos como sujeitos autônomos de direitos e, ao mesmo tempo, como seres humanos com sua personalidade em formação, merecedores de proteção por parte dos ordenamentos jurídicos.

A Convenção estabelece alguns princípios gerais que destacamos:

a) O interesse superior da criança (Art. 3.1):

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

b) A supremacia da sobrevivência e desenvolvimento da criança (Art. 6):

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

c) A participação da criança nas decisões que lhe afetem (Art. 12):

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional

Estes princípios devem guiar a interpretação dos direitos das crianças e adolescentes em todos os países signatários, incluída sua autonomia e suas liberdades. Também é importante ressaltar a responsabilidade de proteção que recai sobre os poderes públicos, especialmente quando a família não consegue prestar o apoio necessário ao pleno desenvolvimento da criança, possibilitando ao Estado velar pelo correto desempenho das funções inerentes ao poder familiar, inclusive destituindo os pais deste poder e colocando o menor em família substituta.

Sobre a liberdade de religião, dispõe o art. 14 da Convenção que os Estados respeitarão o direito das crianças e adolescentes à liberdade de pensamento, consciência e religião, assim como o direito dos pais ou representantes legais de guiá-los com relação ao exercício de seus direitos de modo conforme a evolução de suas faculdades.

Quanto à saúde, o art. 24.1 da Convenção reconhece o direito das crianças de gozar do melhor padrão possível de saúde e que os Estados “envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança seja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários”. Em seguida, 24.2 e 24.3 elencam as medidas que os Estados adotarão para assegurar o direito das crianças à saúde, tais como reduzir a mortalidade infantil, e abolir as práticas tradicionais que sejam prejudiciais para a saúde das crianças.

A Constituição, no art. 227, afirma que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Estatuto da criança e do adolescente, por sua vez, considera criança toda pessoa menor de 12 anos de idade, e adolescente toda pessoa com idade entre 12 e 18 anos, garantindo-lhes todos os direitos inerentes à pessoa humana. Em seu art. 15 garante a todos o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como seres humanos em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos pela Constituição e pelas leis, incluindo, conforme art. 16, II e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

III, as liberdades de opinião, expressão, crença religiosa e de culto e, conforme art. 17, a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, da identidade, da autonomia, e de seus valores, ideias e crenças.

Não há dúvidas, portanto, de que crianças e adolescentes são titulares plenos do direito à liberdade de consciência e religião, inclusive quanto ao direito de professar crenças diversas das praticadas por seus pais. O que se questiona é de que forma será exercido, sobretudo quando haja conflito entre as crenças da criança ou adolescente e as de seus pais ou representantes legais e, notadamente, para o caso em debate, quando do resultado de suas decisões possa acarretar risco para sua vida.

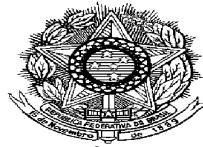
Nos casos de conflito de interesses entre menores de idade e seus pais, não há norma geral internacional expressa que diga a partir de que idade prevaleceriam as decisões dos filhos sobre as de seus pais. Os princípios e regras gerais da Convenção somente determinam que a criança possa participar das decisões que lhe afetem, ou até mesmo decidir com autonomia, sempre conforme o seu grau de maturidade.

A dificuldade estaria em avaliar o grau suficiente de maturidade da criança ou adolescente para tomar decisões que afetem sua saúde, especialmente nos casos de urgência em que haja risco para sua vida, em virtude de que, segundo os princípios gerais enunciados na Convenção, a capacidade para decidir, ou grau de maturidade, deve ser valorada em cada caso concreto, e não abstratamente.

No Brasil não existem regras legais específicas para os casos de consentimento informado de crianças e adolescentes para intervenções médicas, como ocorre em outros países. O “poder familiar” encontra-se regulamentado pelo art. 1.634 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002, que estabelece que este será exercido por ambos progenitores, consistindo na criação e educação do filhos, assim como sua representação judicial e extrajudicial para os atos da vida civil até os 16 anos e sua assistência, após esta idade, nos mesmos atos, através da suplementação do consentimento.

A regra geral, portanto, é a atuação do menor de 16 anos através da representação por seus pais, e do menor com idade entre 16 e 18 anos, assistido por seus pais.

Sobre a relevância do consentimento dos menores no ordenamento brasileiro, já é notório



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

que a maioridade penal começa também aos 18 anos e que somente os maiores de 16 anos podem votar nas eleições, conforme art. 4, § 1º, “c”, da Constituição de 1988. O Código Penal, em seu art. 217-A, tipifica a conduta de estupro de vulnerável, que consiste em ter relações sexuais ou praticar qualquer ato com fim libidinoso com pessoa menor de 14 anos. Nos arts. 218 e 218-A também se tipificam condutas que envolvem a participação de menores de 14 anos, de diferentes formas, em relações sexuais, todas a demonstrar que o consentimento do menor de 14 anos é irrelevante, no que se refere a relações sexuais.

Para os fins de doação ou transplantes de órgãos, o art. 5º da Lei nº 9.434, de 1997, permite a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo da pessoa juridicamente incapaz, desde que expressamente permitida por ambos os pais ou representantes legais. Em seguida, no art. 9º permite somente à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo para fins terapêuticos ou transplantes em familiares, quando se trate de órgão duplo e cuja retirada não impeça a vida sem risco. A disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo de incapazes somente está permitida, conforme art. 9º § 6º, em caso de medula óssea, com autorização de ambos os pais ou representantes legais ou autorização judicial, nos casos em que o ato não ofereça risco para sua saúde. Até mesmo o autotransplante, quando tratar-se de incapaz, depende do consentimento de um dos pais ou representantes legais, de acordo com o art. 9º, § 8º, da Lei nº 9.434/1997.

A Lei nº 9.263/1996, por sua vez, ao regular o planejamento familiar, em seu art. 10 restringe a possibilidade de esterilização cirúrgica aos maiores de 25 anos de idade.

O Código Civil, ao regular a sucessão testamentária, em seu art. 1.860 permite testar somente aos maiores de 16 anos e, quanto ao casamento, em seu art. 1.517 o permite aos maiores de 16 anos, porém exigindo-lhes autorização de ambos os pais ou representantes legais ou autorização judicial. O art. 1.520 permite o casamento a menores de 16 anos só excepcionalmente, por exemplo, em caso de gravidez.

De todos esses dispositivos legais que de alguma forma regulam a validade do consentimento dos menores de idade, o que se conclui é que, para a maior parte das atuações e decisões, se exige que o adolescente complete 16 anos, tais como o voto, o testamento, o casamento e os demais atos civis. Para questões de saúde que lhes possam acarretar consequências mais graves



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

e irreversíveis, como a doação de órgãos e tecidos, o ordenamento em geral não admite o consentimento de menores de 18 anos.

Em todo caso, em virtude da diferenciação que a legislação brasileira faz entre crianças e adolescentes, entendemos que, às crianças, seguramente não se lhes pode reconhecer capacidade legal, intelectual, nem emocional de prestar consentimento para intervenções médicas. Seu consentimento se dará por representação, sem grandes dilemas se os pais recusam as transfusões de sangue e não haja risco grave para a vida ou para a saúde do menor, como por exemplo, uma cirurgia eletiva e programada.

Nos casos sem urgência, portanto, se deve reconhecer o direito dos pais de escolher o tipo de tratamento médico que preferem para seus filhos, de acordo com suas crenças e convicções, caso se trate de criança, ou de menor sem grau suficiente de maturidade para decidir, sendo perfeitamente possível, na maioria dos casos, compatibilizar o interesse dos pais na busca de métodos alternativos de tratamento para seus filhos, com a proteção à saúde destes.

Com efeito, a eleição de métodos alternativos à transfusão pelos pais não implica abandono, maus-tratos ou qualquer ato ilícito contra o menor e deve ser respeitada, no âmbito do poder familiar que ostentam e que deve ser exercido em benefício de seus filhos.

No que se refere aos adolescentes com idades entre 16 e 18 anos, no direito brasileiro não são mais considerados absolutamente incapazes, mas relativamente incapazes com relação somente a determinadas atuações, com fulcro no art. 4º, I, do Código Civil. Sem embargo, a regra da assistência impõe que os pais ou representantes participem do ato, especialmente em casos de grave risco para sua saúde ou vida.

Já nos demais casos, de adolescentes com idade entre 12 e 16 anos, teria que ser verificado, em cada caso concreto, seu grau de maturidade, sempre considerado seu direito a ser ouvido, a ter levada em conta sua opinião, e com a participação dos pais no consentimento.

A responsabilidade para avaliar o grau de maturidade é, de certo modo, compartilhada. Cabe sempre em primeiro lugar aos pais, que devem saber se seus filhos possuem condições de decidir e opinar sobre as questões que lhes afetam. Por outro lado, também é dever do médico avaliar se o paciente é suficientemente maduro para compreender as vantagens e desvantagens de cada



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

tratamento disponível, e as eventuais consequências que a aceitação ou a recusa aos tratamentos lhes possam acarretar e, por fim, prestar seu consentimento.

Por outro lado, em caso de grave risco para a saúde ou vida do menor, a instituição médica deverá solicitar intervenção do Poder Judiciário que, com base no interesse superior do menor e no seu direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, determinará a intervenção médica em substituição ao consentimento dos pais.

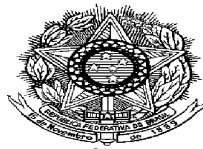
Se a urgência for de tal grau que não haja tempo suficiente para solicitar providências jurisdicionais nem utilizar técnicas alternativas à transfusão, entendendo o médico que a transfusão é o único meio de salvar a vida do paciente, os mesmos princípios que autorizariam a intervenção judicial, em conjunto com o princípio de beneficência que ampara a atuação dos médicos em seu aspecto ético e seu dever de atuar em prol da saúde do paciente, permitiriam a transfusão de sangue em menores de 18 anos, inclusive contra o seu consentimento ou de seus representantes legais.

Há de se reconhecer que, inclusive entre os adolescentes que têm um maior grau de compreensão sobre as consequências das decisões que afetam sua vida e sua saúde, a influência da família e da comunidade religiosa sobre sua personalidade ainda em formação demandam uma cautela extra.

Com efeito, o resultado irrevogável da morte de uma criança ou adolescente quando haja possibilidade de salvar sua vida sob o ponto de vista da ciência médica afronta o princípio do interesse superior do menor e a obrigação prevista no art. 6.2 da Convenção Internacional, de que os “Estados Partes garantirão na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”, especialmente à luz da possibilidade de que, no futuro, viessem a mudar de religião ou de convicções. Também afronta as obrigações do art. 24 da Convenção, que demanda dos Estados medidas para reduzir a mortalidade infantil.

Nos Estados Unidos, a Corte Suprema do Estado de Nova York, no *caso Matter of Melideo*, optou pela prevalência do interesse do Estado no bem-estar do menor sobre a autoridade dos pais em acomodar as condutas de seus filhos às suas próprias convicções morais, justificando a autorização judicial para a transfusão de sangue recusada pelos pais do paciente menor de idade.

No Canadá, ao contrário, o Tribunal de Recursos de New Brunswick já reconheceu o direito



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

de um paciente de 15 anos considerado suficientemente maduro para recusar uma transfusão de sangue, ainda que plenamente informado que tal decisão lhe poderia acarretar risco de vida.

Contudo, há de se reconhecer que o Brasil ainda é um país em que pouca parcela da população tem acesso à educação de boa qualidade, e os serviços públicos de saúde, especialmente as emergências, são caóticos. A doutrina do menor maduro funciona para casos em que não há urgência, porém para os demais casos são necessários parâmetros mais rígidos para orientar a atuação médica.

De toda forma, feitas todas essas considerações acerca da relevância do consentimento do menor, conforme seu grau de maturidade, e das diversas situações de conflito que possam ocorrer entre a opinião do menor, de seus pais e dos médicos, é importante se ater aos pressupostos indicados na Resolução nº 1.021/80, que são tão somente os casos de urgência e risco de morte. Caso revogada imediatamente a Resolução nº 1.021/80, tampouco há vácuo normativo com relação à situação do menor nestes casos, pois a ele se pode aplicar analogicamente o art. 13 da Lei 13146/2015.

Com efeito, a lei de introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4657/42), em seu art. 4º, e a doutrina jurídica, de modo geral, nos informam que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Pois bem, o primeiro pressuposto é a omissão legislativa – de fato, à época da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, não houve previsão de dispositivo expresso para intervenções médicas sem o consentimento do menor.

O segundo pressuposto é a existência de outra norma que regule situação semelhante. Nesse sentido, conforme mencionado anteriormente, as pessoas com deficiência poderão, quando tiverem limitações quanto à manifestação de vontade, ser consideradas relativamente incapazes e ter decretada sua curatela, que pode se dar por representação (quando houver limitação total para manifestação da vontade, como nos casos de pessoas em coma ou estado vegetativo), ou assistência.

O Congresso Nacional, autêntico intérprete da Constituição, para esses casos, entendeu que, apesar de a curatela somente abranger os atos negociais; apesar da necessidade de consentimento prévio livre e informado das pessoas com deficiência (inclusive mental) para intervenções médicas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

assegurada, em caso de curatela, a sua participação na decisão, em maior grau possível, esta poderá ser atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.

As crianças e adolescentes, da mesma forma que as pessoas com deficiência que possuem limitações para exprimir sua vontade, são reconhecidos como sujeitos de direito titulares de especial proteção do ordenamento jurídico, aos quais é assegurada autonomia no maior grau possível, também se encontrando sujeitos aos institutos da representação e da assistência. Não há, portanto, qualquer empecilho para que se lhes aplique, na ausência de norma expressa, o mesmo regramento para intervenções médicas, sendo de se observar, inclusive, que a Lei nº 1.3146/2015 utilizou o conceito de superior interesse, que foi justamente consagrado na legislação protetiva de crianças e adolescentes.

Ou seja, em casos de risco de morte e emergência em saúde, a criança ou adolescente, independentemente da idade, poderá ser atendida sem o seu consentimento prévio, livre e esclarecido, resguardado seu superior interesse.

Não obstante, quando ausentes os pressupostos de risco de morte e emergência em saúde, não fica o médico isento de buscar o melhor tratamento disponível que esteja conforme à vontade dos pais, assegurando-se ao menor a maior participação possível na decisão, conforme seu grau de maturidade, ou após os 16 anos.

V – DA JURISPRUDÊNCIA E DIREITO COMPARADO

No sentido de permitir, em casos concretos, a recusa à transfusão de sangue já decidiram, recentemente, a 10ª Vara Cível de Londrina - PR⁴⁵; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁶, que afirmou que inexistente um direito estatal de salvar a pessoa de si mesma quando suas decisões não impliquem em violações de direitos sociais ou de terceiros; o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que decidiu que contrariar a vontade e obrigar a pessoa a receber transfusão de sangue seria um ato monstruoso que invadiria a órbita da tortura⁴⁷, e também o Tribunal de Justiça do Rio de

⁴⁵ 10ª Vara Cível de Londrina-PR., medida cautelar nº 0039082-53.2015.8.16.0014, 13 de julho de 2015.

⁴⁶ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70032799041, Rel. Claudio Baldino Maciel, 11 de março de 2010.

⁴⁷ TJMG, Agravo nº 1070107191519-6/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 14 de agosto de 2007.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Janeiro⁴⁸

O próprio Conselho Federal de Medicina, em três ocasiões absolveu médicos processados por sua conduta ética, em virtude de haverem respeitado a recusa à transfusão por testemunhas de Jeová em casos de risco de vida, contrariando a própria Resolução nº 1.021/80, o que significa que nem na própria classe médica existe consenso sobre a justiça de seu conteúdo⁴⁹

A Suprema Corte de Mississippi nos Estados Unidos chega à mesma conclusão, com enfoque nos direitos à integridade corporal, intimidade e privacidade⁵⁰

Na Espanha muito já se discutiu na jurisprudência sobre o assunto, que hoje em dia se encontra pacificado por disposição expressa da Lei 41/2002 – que somente autoriza a intervenção sem consentimento do paciente em caso de risco iminente para a sua integridade física ou psíquica e ele não se encontre em condições de prestar o consentimento –, assim como na Europa, de modo geral, respeita-se a recusa a tratamentos médicos por qualquer paciente em virtude do que dispõe a Convenção de Oviedo.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já se pronunciou *obiter dictum* em dois casos: um que envolvia a violação de sigilo de dados pessoais de testemunhas de Jeová pelo Ministério Público da Rússia⁵¹ e outro, em mais detalhes, em que também a Rússia proibiu as atividades das testemunhas em seu território. Dentre outras justificativas, a Rússia declarava que as testemunhas aprovavam os suicídios e a recusa a tratamentos médicos. A Corte decidiu que a negativa à transfusão de sangue não pode ser considerada equivalente ao suicídio. Reconhecendo a complexidade legal da recusa à transfusão de sangue, que envolve o conflito entre o interesse do Estado em proteger a vida e a saúde de seus cidadãos e entre a autonomia individual na esfera da integridade física e da liberdade de religião, a Corte decidiu que a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento médico ou de escolher forma alternativa de tratamento é vital aos princípios de autodeterminação e autonomia pessoal. Para que tal liberdade tenha significado, deve-se respeitar o direito dos pacientes fazerem suas escolhas conforme seus valores e visões, independentemente de que possam parecer irracionais, imprudentes ou equivocadas às outras pessoas. Ainda que a

⁴⁸ TJRJ, Agravo nº13229/2004, 18ª Câmara Cível, Des. Marco Antonio Ibrahim, 05 de outubro de 2004.

⁴⁹ CRM-SC, Apelação nº 1251/11; CRM-SP, Apelação nº 654/00; CRM-SP, Apelação 5793/98.

⁵⁰ Supreme Court of Mississippi, 478 So 2d 1033 In Re Brown (Miss. 1985).

⁵¹ ECHR, Case of Avilkina and Others vs. Russia, 06 de junho de 2013



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

proteção da saúde e da vida dos pacientes seja um interesse legítimo, deve ceder em face do interesse superior do paciente em decidir o curso de sua vida, especialmente quando não há necessidade de proteger interesses de terceiros, como ocorre com as vacinas, em caso de epidemias. Ao final, a Corte declarou ilícita a ingerência na liberdade de religião das testemunhas de Jeová pela Rússia e que a sanção aplicada, de proibição de suas atividades foi extremamente severa e desproporcionada⁵²

Apesar de o Tribunal Europeu de Direitos Humanos analisar a questão à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que tal documento internacional garante a liberdade de consciência e religião com texto quase idêntico ao do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, podendo aplicar seus argumentos, *mutatis mutandis*, facilmente ao Brasil.

Os documentos de diretivas antecipadas também estão previstos no Direito espanhol, no art. 11 da Lei 41/2002, e no Canadá, onde já se teve oportunidade de julgar a favor da sua validade⁵³. Na Argentina, em caso concreto julgado pela Suprema Corte, se chegou à conclusão que não existiam provas claras e convincentes de que o paciente ao momento de expressar sua vontade não houvesse considerado a transcendência e as consequências de sua decisão; tampouco para considerar que essa vontade foi viciada por pressões de terceiros⁵⁴.

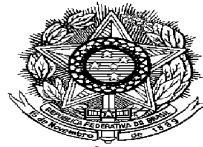
VI – DA CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que submeter pessoas adultas e capazes, em especial as testemunhas de Jeová, a qualquer tipo de intervenção médica, inclusive transfusão sanguínea, contra a sua vontade, viola os preceitos fundamentais da dignidade humana, autonomia, isonomia e proibição de discriminações odiosas, liberdade de consciência e religião, direito à intimidade e privacidade, à integridade física e psíquica, e da proibição da tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, sendo conduta, portanto, violadora da Constituição de 1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁵² ECHR, Case of Jehova Witnesses of Moscow and Others vs. Russia, 22 de novembro de 2010.

⁵³ Ontario Court of Appeal, Malette vs. Shulman et al., 30 de março de 1990.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.523 XLVIII, Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias, 01 de junho de 2012.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Portanto, faz-se necessário conferir interpretação conforme à Constituição à Resolução nº 1.021/80 e ao art. 146, § 3º, I do Código Penal, no sentido de que tais dispositivos não permitem a intervenção médica contrária à livre manifestação de vontade da pessoa adulta e capaz, somente permitindo a atuação sem o consentimento quando não é possível obtê-lo, em razão de se tratar de pessoa incapaz, por qualquer motivo, de manifestar a vontade.

VII – DA MEDIDA CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida liminar da ADPF que ora se propõe (art. 5º, Lei nº 9.882/99).

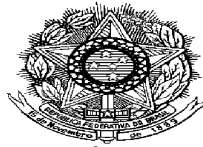
Quanto ao *fumus boni iuris*, ele se evidencia diante de toda a argumentação exposta ao longo dessa representação.

O *periculum in mora*, por sua vez, consubstancia-se no fato de que a submissão das testemunhas de Jeová à transfusão de sangue contra a sua vontade causa a esse grupo danos gravíssimos de caráter irreparável, cuja prevenção não pode ser adiada indefinidamente até a ocasião do julgamento do mérito da ação.

Com efeito, dentre os danos extrapatrimoniais, vale citar os abalos à autoestima das testemunhas de Jeová, decorrente da desvalorização pública e política de suas crenças, o estímulo à intolerância religiosa para com o grupo, sem falar no intenso sofrimento psíquico ao serem submetidos a uma intervenção médica não desejada, que muitas vezes se dá mediante o uso da força e de sedativos.

Assim, é necessária a medida cautelar ora sugerida para assegurar, até o julgamento definitivo da ação:

- a) que praticar a transfusão de sangue independentemente da vontade do paciente, mesmo em caso de risco iminente de vida, somente é permitido quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade, e que não a tenha deixado expressa em documento ou por qualquer outro meio idôneo;
- b) a proibição de qualquer intervenção médica, inclusive transfusão de sangue, quando haja



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

manifestação expressa em sentido contrário do paciente adulto e capaz.

VIII – DO PEDIDO

Ante o exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura de ADPF com o objetivo de:

a) declarar que praticar a transfusão de sangue independentemente da vontade do paciente, mesmo em caso de risco iminente de vida, somente é permitido quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade, e que não a tenha deixado expressa em documento, por meio de curador ou procurador, ou por qualquer outro meio idôneo;

b) declarar a proibição de qualquer intervenção médica, inclusive transfusão de sangue, quando haja manifestação expressa em sentido contrário do paciente adulto e capaz, ainda que em caso de risco iminente de vida;

c) conferir interpretação conforme à Constituição de 1988 à Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, no sentido de que esta só se aplica quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade e que não a tenha deixado expressa em documento, por meio de curador ou procurador, ou qualquer outro meio idôneo;

d) conferir interpretação conforme à Constituição de 1988 ao art. 146 § 3º, I do Código Penal, no sentido de que tal dispositivo não autoriza a intervenção cirúrgica quando houver manifestação expressa em sentido contrário do paciente adulto e capaz, autorizando somente a intervenção sem consentimento quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade e que não a tenha deixado expressa em documento, por meio de curador ou procurador, ou qualquer outro meio idôneo.

Brasília, 22 de maio de 2017



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Deborah Duprat

Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão