XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ADRIANA FASOLO PILATI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati Scheleder; Juraci Mourão Lopes Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O Grupo de Trabalhos "Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico" apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI contou com pesquisadores das mais diversas localidades do país, representadas pelos variados programas de pós-graduação stricto senso. Os trabalhos trouxeram reflexões sobre múltiplos aspectos afetos ao tema, com enfoques próprios e muitas vezes complementares.

Houve trabalhos ocupados da análise crítica de julgamentos, aplicando conceitos e abordagens próprios do nível profundo de teorização do Direito a fim de evidenciar equívocos subjacentes às decisões. Em abordagem complementar, foram verificadas pesquisas ocupadas de um modo geral com o ativismo judicial e a judicialização da política, articulando conceitos e parâmetros gerais para construção de referencial adequado para compreensão de fenômeno bastante presente na realidade nacional atual. É possível apontar, pois, esses dois temas como centrais das discussões realizados no grupo.

A teoria dos princípios, especificamente, bem como a revisão, aplicação e detalhamento do pensamento de autores com Herbert Hart, Ronald Dworkin, Walter Benjamin, Luigi Ferrajoli e Karl Popper tiveram espaço em textos que demonstram o amadurecimento das discussões sobre suas ideias e a aplicação do referencial para o enfrentamento de questões teóricas e mesmo dogmáticas. Evidencia-se, assim, um maior grau de precisão nas reflexões desenvolvidas a cada ano no Brasil.

Os debates ocorridos após as apresentações levantaram questões correlatas àquelas tratadas expressamente, suscitaram dúvidas prontamente respondidas, indicaram melhorias, reforçaram e conformaram hipóteses. Os leitores dos trabalhos ora publicados terão oportunidade própria, portanto, de também poderem ampliar seus horizontes e perspectivas.

Boa leitura a todos.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder – UPF

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSENTIMENTO INFORMADO DOS PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. O QUE DEVE PREVALECER? O DIREITO À VIDA OU O DIREITO À LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA?

INFORMED CONSENT OF JEHOVAH'S WITNESS PATIENTS. WHAT SHOULD PREVAIL? THE RIGHT TO LIFE OR THE RIGHT TO FREE RELIGIOUS BELIEF?

Suraia de cassia Nasralla souza [1]

Resumo

Resumo: o presente artigo ira versar sobre o conceito e a estrutura do consentimento informado, e como ele se estabelece frente aos pacientes Testemunhas de Jeová, e a sua recusa diante desta difícil situação. De um lado está o livre-arbítrio do paciente em não receber determinado tratamento ou procedimento médico, e de outro, a situação do médico diante desta recusa. Se o médico respeitar a vontade do paciente e este for a óbito, responderá por homicídio culposo ou até mesmo doloso tanto pelo Estado, como pelo seu conselho.

Palavras-chave: Consentimento informado, Escolha consciente, Recusa, Testemunhas de jeová, Transfusão

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: the informed presence, and how it establishes itself in front of Jehovah's Witness patients, and their refusal in the face of this difficult situation. On the one hand is free will to receive certain treatment or medical procedure, and on the other, the situation of the doctor facing this refusal If the doctor respects the will of the patient and the patient is dead, he will be responsible for manslaughter or even State, as by his advice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: informed consent, Conscious choice, Refusal, Jehovah's witnesses, transfusion

---

[1] mestranda

I - Introdução

A grande pergunta é: O que deve prevalecer diante da recusa dos pacientes Testemunhas de jeová nos tratamentos de transfusão sanguínea e hemoderivados? O direito à vida? Ou o direito à convicção religiosa?

Os Testemunhas de Jeová fazem parte de uma crença religiosa que foi fundada em 1870 por Charles Russel nos Estados Unidos na cidade de Pittsburgh. No entanto, essa decisão em recusar ou receber transfusões de sangue foi uma decisão datada de 1945. Posteriormente, com a evolução da medicina, e o surgimento dos hemoderivados, foi determinada também que os integrantes da religião recusem o recebimento de hemoderivados, inclusive na iminência de morte. Existem atualmente mais de 2,6 milhões de adeptos desta religião em todo planeta.

Porém, essa recusa dos pacientes Testemunhas de Jeová em receber a transfusão de sangue e hemoderivados que podem ser o tratamento diferencial entre a vida e a morte, choca-se com o Juramento de Hipócrates. Esse juramento é considerado Patrimônio da Humanidade pela sua importância e comprometimento com a garantia da dignidade humana. É um compromisso solene aos novos médicos, sendo ele um norteador para esses jovens profissionais que irão exercer a bela arte de curar.

Entretanto, devemos respeitar a vontade do paciente em recusar determinado tratamento ou procedimento médico, sendo uma garantia constitucional. Nesta relação conflituosa qual bem tem maior valor? A vida humana ou à livre convicção religiosa? A vontade do paciente ou o dever médico de salvar a vida?

Os nossos tribunais não são unanimes quando o assunto diz respeito aos pacientes Testemunhas de Jeová. Há sentenças onde os juízes entendem que deve ser respeitada a vontade dos pacientes, e há julgados que entendem que o dever do médico é realizar o tratamento necessário para salvar a vida, independentemente do consentimento do enfermo ou seus familiares.

Assim, no decorrer do trabalho iremos apresentar dois casos *in concreto*, onde serão analisadas as situações onde diante da recusa da transfusão de sangue por convicções religiosas é necessário levar em consideração à vontade do paciente, bem como a situação em que o médico deve realizar a transfusão e proteger a vida, considerando ela o bem maior.

A nossa Carta Magna de 1988 veda o constrangimento ilegal, bem como o Novo Código Civil Brasileiro em seu art.15que dispõe que: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

No entanto, nos casos de risco iminente de morte, em virtude dessa recusa, o caso *in concreto* deve ser analisado criteriosamente. Essa é uma situação extremamente complicada para aquele profissional que foi treinado para salvar vidas.

Por que os pacientes Testemunhas de Jeová se recusam as receber as transfusões de sangue ou os hemoderivados? Esta religião ou seita religiosa estabelece que o paciente que aceitar esses tratamentos será excluído da igreja, inclusive os menores de 18 anos, como forma de punição, pois ao receber o sangue se tornam pessoas impuras.

Neste interim questionamos: quem é o responsável pelas crianças e adolescentes nesta situação, quando seus pais ou representantes legais se recusam ao tratamento? O Estado deve intervir? Para responder estas perguntas iremos primeiramente tratar do Consentimento Informado e da Escolha consciente do enfermo ou seus familiares.

O presente artigo terá como métodos de pesquisa a apresentação de casos e pesquisa teórica sobre o tema a ser avaliado.

II - Conceituando Consentimento Informado

O consentimento informado seria a manifestação de vontade do paciente autorizando o profissional da saúde a realizar determinado tratamento ou procedimento.

Assim, o paciente consente livremente que o profissional da saúde o assista. A anuência do paciente é fator determinante para a validade do consentimento informado, sendo que a sua ausência tornará o consentimento cerceado de vícios.

Quanto às informações dirigidas ao paciente, é fundamental que seja ele informado sobre as condutas e procedimentos a serem realizados, seus riscos e possíveis consequências. Se for menor de idade ou incapaz, seus pais ou responsáveis serão os que receberão a informação. A partir desta informação e esclarecimento, é que se vai conseguir o consentimento para a realização do ato médico E, que seja um consentimento esclarecido, isto é, que seja feito pelo profissional de forma clara, com linguagem acessível, isento de qualquer coação, ou indução. Sobre este tema, consentimento, França reforça esta tese:

> Com o avanço cada dia mais eloquente dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais. Isso atende ao

> *princípio da autonomia ou da liberdade*, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo rumo que quer dar a sua vida. (FRANÇA, 2001, p.247)

Para cada ato ou procedimento necessário durante o tratamento deve ser obtido o consentimento, pois o consentimento dado para um ato é restrito a este, e não abrangente a outros. Pode o paciente, ou seus responsáveis, revogarem este consentimento a qualquer tempo. Poderá haver casos em que não haverá tempo hábil para conseguir-se o consentimento, ou o paciente nega-se a dá-lo. Diante de iminente perigo de vida, e inadiável necessidade do ato salvador, posiciona-se França:

> Em tais circunstâncias estaria justificado o tratamento arbitrário, em que não se argui à antijuricidade do constrangimento ilegal nem se pode exigir sempre um consentimento. Diz o bom senso que, tratando-se do inadiável e do indispensável, estando o próprio interesse do paciente em jogo, deve o médico realizar por meios moderados aquilo que aconselha a sua consciência e o que seria mais adequado para a saúde do paciente (*princípio da beneficência*). (FRANÇA, 2001, p. 248)

Em Portugal o não consentimento do paciente é respeitado. Se o enfermo não consentir para determinado tratamento, este não deverá ser realizado.

No Brasil, muitos médicos ainda são céticos nesse sentido, ignorando a real importância que o consentimento informado tem no cotidiano da medicina.

Também é dever do profissional médico a informação ao colega que vai avaliar ou, no caso de transferência do paciente, devendo conter nesta informação toda a evolução da doença, exames realizados, e tratamento já proposto.

Entretanto, quando não for possível o consentimento devido ao perigo de morte iminente, o médico deverá sempre respeitar o bem maior, que é a vida do paciente, com o máximo de prudência, evitando assim, o abuso ou desvio do poder.

O jurista Miguel Kfouri Neto enfatiza: o consentimento deveria ser documentado e registrado, pena de o profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo-fato que também poderá redundar em consequência gravosa, no âmbito cível. (KFOURI, 2002, p.297)

O consentimento informado do paciente passa a ideia de uma relação contratual. Um contrato propriamente dito, onde se estabelece os direitos e obrigações de contratante e contratado.

Países como Brasil e Portugal entendem como sendo indispensável o consentimento claro e consciente do enfermo para à terapêutica recomendado pelo profissional da saúde e sua equipe.

Baumam cita o renomado mestre, Rui Stoco: o dever de informar obriga em primeiro lugar o doente e seus familiares, pois, serão eles que inicialmente fornecerão aos profissionais e instituições de saúde os elementos necessários a concluir sobre os males que o atinge e a prática recomendável a ser ministrada. (LIMA, 2005, p. 15)

Na Escola Americana, o paciente tem o direito de *saber a realidade de seu estado de saúde. Genival Veloso França preconiza: O ato médico não implica um poder excepcional sobre a vida ou saúde do paciente. O dever de informação é imperativo como requisito prévio para o consentimento. (* FRANÇA, 2001, p.249)

Ainda, Genival fala no consentimento continuado que seria***:***

> Sempre que houver mudanças significativas nos procedimentos terapêuticos, deve-se obter o consentimento continuado, pois a permissão dada anteriormente tinha tempo e atos definidos (princípio da temporalidade). Admite-se também que em qualquer momento da relação profissional, o paciente tem o direito de não mais consentir certa prática ou conduta, mesmo já consentida por escrito, revogando assim a permissão outorgada (princípio da revogabilidade). O consentimento não é um ato inexorável e permanente.

O Eminente jurista português Dr. André Dias Pereira em sua obra O Consentimento Informado Na Relação Médico-Paciente entende como sendo um princípio fundamental do consentimento informado, a pessoa ter a possibilidade de revogar livremente a qualquer tempo o seu consentimento.

Aqui, há uma preocupação com as consequências dessa desistência quando o tratamento preconizado para o caso já está em andamento ou bastante adiantado, pois haverá em muitos casos a perda de uma chance de cura.

Sabemos que ao abandonar o tratamento, os riscos inerentes a essa atitude podem trazer consequências irreversíveis para o paciente. Pode-se exemplificar ficticiamente, o caso de um Testemunho de Jeová, que não consente a transfusão de sangue de parente em acidente automobilístico. Depois, mudando de ideia, consente na transfusão. No entanto, este consentimento sendo tardio, já não mais mudará o quadro clínico do paciente que vai a óbito. Houve no exemplo acima a perda de uma chance de cura.

Explicando melhor: quando do atendimento do trauma, cada período de tempo que transcorrer, o quadro clínico do paciente poderá e certamente vai piorar fazendo que a gravidade do caso aumente, e a estabilidade geral do paciente se deteriore. Quanto mais tarde for decidido a intervenção ou procedimento, maiores os danos e riscos advindos do atendimento tardio, e por consequência, maiores o risco de quem atende (médico) de ter um resultado insatisfatório, com os riscos à vida e saúde do paciente.

Isto caracterizaria a perda de uma oportunidade de um melhor resultado, seja em qualidade da saúde do paciente (deixar ou não sequelas) ou, pela sua sobrevivência.

O consentimento informado não pode faltar em um tratamento ou procedimento cirúrgico. Primeiramente vem a informação e posteriormente o consentimento do paciente. Porém, ambos devem estar unidos. Jamais poderá haver consentimento, sem antes ter havido a informação.

> As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas75. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes76. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões77 e de autores que têm se dedicado ao tema78, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV). (Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010, Luís Roberto **Barroso Nota de Roda** pé. LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE RELIGIOSA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS[1]

À vista disso, quanto à informação, podemos dizer que esta deverá ser clara o suficiente para que o paciente entenda e possa escolher o tratamento ou tratamentos apresentados. Devemos ficar atentos aqui, aos lapsos temporais exigidos para determinados procedimentos. Há casos no Brasil onde se exige um tempo maior, como

---

[1] **Trabalho desenvolvido com a colaboração de pesquisadores do Instituto Ideias, notadamente o doutorando Eduardo Mendonça e o mestrando Thiago Magalhães Pires. Agradeço a ambos pela contribuição valiosa. Sou grato, igualmente, à Professora Ana Paula de Barcellos, pela leitura atenta e sugestões importantes. O texto se beneficia, muito intensamente, de minha interlocução com Letícia de Campos Velho Martel, de quem fui orientador de doutorado, bem como da pesquisa e das ideias materializadas em sua tese Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida, mimeografado, 2010, defendida no âmbito do Programa de [1]Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e aprovada com nota máxima.**

no caso de esterilização (laqueadura), onde o prazo no Brasil a **Lei 9.263/96** do Planejamento Familiar fala em 60 (sessenta) dias no mínimo, entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico.

Ao paciente devem ser colocados todos os riscos prováveis e os benéficos que se pretendem alcançar. O médico não poderá prometer a cura do paciente, eis que sua responsabilidade é de meios e não de resultado (exceção da cirurgia estética).

Como entendimento majoritário no ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento informado é um ato jurídico. Assim, quando um consentimento conter vício ou algum defeito que o macule, poderá ser anulado. (Gilberto de Lima, s.p.)

> Em suma: o paradigma paternalista deu lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico. Ao profissional não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importe recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências. (BARROSO, 2010, p. 7)

Como ato jurídico que é, o consentimento informado também é considerado como um negócio jurídico. Um verdadeiro contrato, gerando direitos e obrigações aos seus contratantes.

Gilberto de Lima cita Francisco Amaral nesse sentido:

> Quando tais atos consistem em declarações da vontade humana destinadas a produzir determinados efeitos, permitidos em lei e desejados pelo agente, isto é, quando contém determinada intenção, chamam-se 'negócio jurídico', como contratos, o testamento, as declarações unilaterais de vontade. Temos então que, no ato jurídico, a eficácia decorre da lei, é 'ex lege', enquanto no negócio jurídico decorre da própria vontade do agente, é 'ex voluntate'. Outra diferença existe na circunstância de que o ato jurídico em senso estrito é simples atuação de vontade, enquanto o negócio jurídico é instrumento de autonomia privada, poder que os particulares têm de criar as regras de seu próprio comportamento para a realização de seus interesses. (LIMA, 2005, p.53)

O contrato requer a manifestação de duas ou mais vontades, bem como a capacidade genérica dos contraentes. O art. 104 do Código Civil Brasileiro entende que somente as pessoas capazes podem consentir. Os considerados incapazes serão representados por seu representante legal.

Este estudo versa sobre o consentimento de paciente capaz, com lucidez para compreender e consentir livremente naquilo que lhe estão propondo, mas também de menores representados pelos seus progenitores. Dessa forma, não entraremos no mérito dos absolutamente ou relativamente incapazes (doenças mentais temporárias ou permanentes). Nestes casos, haveria a necessidade de apuração técnica sobre o

comprometimento da capacidade de compreensão de cada paciente. O estudo então deveria ser mais aprofundado, havendo a necessidade de perícia médica para cada caso.

O paciente pode no seu consentir, informar inclusive quem poderá ter acesso às informações sobre a sua condição de saúde. Nesse caso, o médico estará protegido de qualquer acusação em relação à intimidade do paciente. Não há que se falar aqui em quebra de sigilo médico.

No Brasil, menor de 18 anos de idade que for emancipado pode exercer o seu consentimento, dentro é claro, de um equilíbrio jurídico prudente.

Há uma maior preocupação, quando o paciente for portador de doença mental muitas vezes imperceptível. Nesse sentido, a apuração técnica sobre o comportamento do paciente seria o caminho do meio, o mais prudente.

Em relação à capacidade de consentir ou não do paciente, o profissional da saúde deve ficar atento as diretrizes ditadas pelo Código Civil Brasileiro e demais regulamentações para os casos de absolutamente ou relativamente, ou até temporariamente incapazes (por determinada enfermidade).

André cita em sua obra Kuhlmann, Einwilligung, p.87. A doutrina entende que tendo em conta a extrema dificuldade desta operação deve ser garantido ao médico um espaço de discricionariedade na decisão sobre a incapacidade. (PEREIRA, 2004, p. 87)

Com todo o acima exposto sobre o conceito e formas de consentimento informado, será feito abaixo uma análise do CFM (Conselho Federal de Medicina Brasileiro) sobre como proceder diante deste tema tão conflituoso não somente para os pacientes Testemunhas de jeová, mas também pelos profissionais de saúde que são treinados para salvar vidas.

Conselho Federal de Medicina e a transfusão em pacientes Testemunhas de Jeová

O CFM editou em 1980 a Resolução 1021 que diz: “ Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue o médico, obedecendo o seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis”.

Diante desta resolução, os pacientes Testemunhas de Jeová sustentam haver uma incompatibilidade entre a resolução 1021 de 1980 e o Código de Ética Médica, requerendo que a mesma seja invalidada.

Os pacientes alegam que a resolução está ultrapassada frente aos conceitos morais e éticos da atualidade e em desequilíbrio diante a evolução da medicina.

Já no caso de pacientes menores, ou que não apresentem discernimento necessário para a tomada de decisões em caso de recusa de seus familiares, ou representantes legais, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) tem orientado os médicos a realizar o tratamento necessário para resguardar a vida sendo ela o bem jurídico maior, independentemente do consentimento e a invocação dos seus direitos religiosos.

Como esse tema é constante de entusiasmadas e exaltadas discussões, nem mesmo os nossos tribunais são uníssonos neste assunto, o que causa uma enorme insegurança jurídica tanto para o paciente Testemunha de Jeová, como para os profissionais de saúde. Em relação a isso Barroso dispõe:

> Em primeiro lugar, veja-se que o novo Código de Ética estabelece como princípio fundamental o respeito à dignidade do paciente, vedando violações a sua integridade, expressão que naturalmente não se limita à dimensão física98. A invocação da dignidade como diretriz fundamental abre caminho para todas as considerações desenvolvidas no presente estudo, no qual se pretendeu demonstrar que a recusa de tratamento por motivação religiosa deve ser regida pela incidência da dignidade como autonomia. Todas as demais previsões pertinentes do Código podem ser interpretadas em reforço a essa conclusão ou, quando menos, de forma a se afastar eventual contradição. Por sua relevância para o exercício profissional da medicina, o ponto merece ser explicitado. (BARROSO, p.37)

Na sequência, Barroso explica que o Conselho Federal de Medicina do Estado do Rio de Janeiro trata da recusa dos pacientes Testemunhas de Jeová especificamente, determinando assim, que os médicos façam a transfusão em risco de morte:

> No entanto, se é verdade que as disposições do Código de Ética do CFM comportam esse tipo de leitura, o mesmo não se pode dizer da Resolução nº 136/99, do CREMERJ – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que trata especificamente da recusa em receber transfusão de sangue e hemoderivados. Esse ato determina que os médicos tentem evitar a necessidade de transfusões, mas prevê a sua realização forçada em caso de risco iminente à vida. Pelas razões expostas ao longo do estudo, verifica-se aqui uma incompatibilidade incontornável com o princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva da autonomia, bem como violações adicionais à liberdade de religião, à igualdade e ao pluralismo. Diante dessa constatação, sequer é necessário enveredar pela discussão da incompatibilidade entre a Resolução e o novo Código de Ética do CFM, interpretado à luz da Constituição. (BARROSO, p.40)

Diante de todo o exposto acima, passaremos a apresentar dois casos processuais de tribunais brasileiros, para que possamos visualizar o quão grave e polêmico é esse assunto, não somente no Brasil, mas em todo o planeta.

PRIMEIRO CASO:

Processo números de origem: 00003389719938260590, 2577213, 3389719938260690, 993990853540. Relator (a): **Min. Maria Thereza De Assis Moura - Sexta Turma** TRIBUNAL DE ORIGEM: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE S.P.**

Juliana sofria de anemia falciforme e morreu aos 13 anos, após ser hospitalizada por causa de uma crise de obstrução dos vasos sanguíneos. Os pais da menina não autorizaram a transfusão de sangue que poderia ter salvo a vida de Juliana, pois são Testemunhas de Jeová. O médico e amigo da família também foi denunciado.

A grande incógnita deste processo é se os progenitores assumiram o risco da morte da filha e se importaram com isso – o então chamado dolo eventual - ou se a opinião dos pais não deveria ter sido levada em conta pelos médicos assistentes de sua filha no hospital.

No decorrer do processo supracitado a procuradora da Justiça Lígia Maria Martins afirmou que existem "provas inequívocas" de que os pais impediram a conduta médica, o que comprova o nexo de causalidade com a morte da vítima. E cita o art. 22 do CEM:

> Em seu artigo 22, o Código de Ética Médica em vigor prevê que é vedado ao médico "deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte". Da mesma forma, a resolução 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina orienta o médico a praticar a transfusão de sangue, mesmo sem consentimento dos responsáveis, em caso de risco de morte do paciente.

DECISÃO

Votação. Os desembargadores Souza Nery e Nuevo Campos, votaram a favor da absolvição do casal, enquanto os desembargadores Roberto Medella (relator), Francisco Bruno e Sérgio Coelho mantiveram a decisão de primeira instância, a de mandá-los ao Tribunal do Júri.

A 6ª turma do STJ proferiu decisão nos autos do HC 268.459-SP, por meio da qual inocentou os pais de uma menina pela morte de sua filha de 13 anos por recusa à transfusão de sangue que se fazia necessária.

DISCUSSÃO DO CASO:

A decisão do tribunal responsabilizou, exclusivamente –os médicos por supostamente (a) não ter desrespeitado a vontade do paciente e/ou de seu representante legal em prol da vida e (b) não utilizar de todos os métodos que estavam à sua disposição para salvar a vida da criança.

Dessa forma, a decisão do STJ invocou violações por parte dos médicos do quanto disposto nos arts. 31 e 32 do Código de Ética Medica em vigor em 2009 ("**CEM**"). Segundo consta da r. decisão, os médicos teriam o dever de (a) desrespeitar o direito do paciente e/ou de seu representante legal em caso de iminente risco de morte e (b) usar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamentos ao seu alcance em favor do paciente.

A interpretação dada aos artigos do CEM estaria equivocada?

Primeiramente, analisando o art. 31 do CEM percebeu-se que o dispositivo não cria um "dever" de o médico desrespeitar a escolha do paciente em caso de iminente risco de morte. Desse modo, o dispositivo meramente concede uma perspectiva ao médico de desconsiderar a escolha do paciente e/ou de seu representante legal resguardando a vida. O dispositivo não criou uma obrigação. Senão vejamos: Diz o artigo: *"É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte."*

Desse modo, se o médico desprezar a vontade do paciente e realizar a transfusão, é notório que o médico estará seguro sob o enfoque ético-profissional. No entanto, se o médico obedecer a vontade do paciente, está garantindo um direito deste, de ter sua vontade respeitada (autonomia da vontade/garantia constitucional).

Nesse sentido, os médicos não teriam infringido o dever ético-profissional ao respeitar a vontade do paciente e/ou de seu representante legal para que não fosse realizada a transfusão de sangue.

Assim, diante de todas as colocações e argumentos acima apresentados, evidencia-se a preocupação que este assunto - recusa dos Testemunhas de Jeová em relação a transfusão de sangue, tem causado, levando essa rejeição até as últimas consequências como no caso apresentado, gerando insegurança jurídica nos tribunais, na comunidade médica, e principalmente para os Testemunhas de Jeová.

Por consequência, se o médico desprezar a vontade do paciente e realizar a transfusão, é notório que o médico esteja assegurado sob o prisma ético-profissional.

No entanto, se o médico obedecer a vontade do paciente, está garantindo um direito deste, de ter sua vontade respeitada. E assim dispõe **WILSON L. VOLLET FILHO)**

> A interpretação dada pela r. decisão do STJ cria uma obrigação onde não há. Quisesse o Conselho Federal de Medicina estabelecer essa obrigação ética sugerida pela r. decisão do STJ, teria expressamente estabelecido essa obrigação no referido dispositivo, o que não foi feito. E se não há obrigação expressa, não se pode exigir que o médico tenha essa obrigação. Afinal, medidas restritivas de direito exigem interpretação restritiva. Trata-se apenas de uma permissão ao médico desrespeitar a vontade do paciente, não uma obrigação.

Em segundo lugar, em momento algum os médicos deixaram de observar todos os meios e recursos que estavam à sua disposição e ao seu alcance em favor do paciente. A bem da verdade, a transfusão de sangue não era um recurso posto à disposição dos médicos e/ou ao seu alcance, na medida em que os responsáveis legais pelo paciente expressamente não autorizaram a utilização desse recurso. Portanto, em momento algum se tratou de um recurso à disposição do médico, não havendo que se falar em violação do art. 32 do CEM.

Nesse sentido, os médicos não violaram qualquer dever ético-profissional ao respeitar a vontade do paciente e/ou de seu representante legal para que não fosse realizada a transfusão de sangue.

Responsabilizar o médico por essa situação serve apenas para se achar um culpado para um fato que não há culpado.

Trata-se de uma crença que deveria ser respeitada tanto pelos médicos, como principalmente pelos Tribunais pátrios, o que implicaria necessariamente em isenção total de responsabilidade do médico. Nada obstante, enquanto o primeiro demonstra respeito pelo direito da pessoa, o segundo não só desrespeita como cria um intransponível obstáculo à observância da liberdade religiosa pelos médicos.

Desse modo, diante de todas as colocações e argumentos acima apresentados, evidencia a preocupação que este assunto - recusa dos Testemunhas de Jeová em relação a transfusão de sangue, levando essa rejeição até as últimas consequências como nos casos apresentados, gera insegurança jurídica não só nos tribunais, mas também na comunidade médica, e para os Testemunhas de Jeová.

SEGUNDO CASO

Foi concedida uma liminar em julho de 2018 autorizando a Santa Casa de Rio Preto a realizar transfusão de sangue em um recém-nascido, filho de Testemunhas de Jeová. Esse procedimento é vedado pela religião. Porém, frente ao quadro de distúrbio de coagulação, hemorragia grave e anemia, o nosocômio recorreu à Justiça e obteve o direito de realizar a transfusão. O procedimento foi realizado e a criança foi salva. A criança, um bebê do sexo masculino, nasceu na Santa Casa no dia 17 de agosto, e foi internado um dia depois com quadro de desidratação e hipoatividade. Dois dias após o procedimento, a criança foi encaminhada para UTI Neonatal com quadro de piora. Depois de intubado, o recém-nascido apresentou distúrbio de coagulação, sangramento digestivo alto e, como consequência, anemia. E dessa forma o médico que atendeu o menor desabafa:

> "Entramos com a medicação necessária, mas chega uma hora que não tem jeito", disse o provedor da Santa Casa, José Nadim Cury. O relatório médico foi juntado no pedido, "concluiu que é indispensável a realização, em caráter de extrema urgência, de transfusão de sangue no recém-nascido da requerida, pois todos os tratamentos alternativos não apresentaram condições de reverter a piora de seu quadro clínico".

Apesar das explicações dos médicos do perigo iminente de morte, a mãe da criança negou a transfusão e assinou um termo de responsabilidade (consentimento informado) onde assumiu o risco do seu filho morrer pela falta da transfusão de sangue. Fundamentados no Código Civil, no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), e nos artigos 31 e 32 do Código de Ética Médica, o hospital mobilizou a Justiça. "Estamos cumprindo com a nossa função de salvar vidas", reafirmou o médico Dr. Nadim.

O direito à vida do recém-nascido deveria vir em primeiro lugar? Ou garantir a preservação das garantias constitucionais do direito a crença e culto religioso? No caso *in concreto*, o direito à vida foi protegido primeiramente pelo Estado, pois o direito à vida do menor pela sua grandiosidade deveria ser garantido, frente ao fumus bonijuris (perigo da demora).

O caso apresentado destaca a inevitabilidade da transfusão de sangue. "A documentação que veio acompanhando o pedido inicial revela o estado grave em que se encontra a criança, de molde a não prescindir da transfusão sanguínea, o que, como alega a autora na inicial (Santa Casa), se mostra provável, revelando, pois, a presença do periculum in mora", diz trecho da sentença.

Notificados no mesmo dia da concessão da liminar, a decisão já garantiu o procedimento. "Já está sendo feito", afirmou Nadim. Segundo ele, a decisão de procurar a Justiça foi baseada no princípio do hospital de salvar vidas em primeiro lugar. "Não tivemos outra alternativa, falamos com os pais, mas eles não nos autorizaram. Temos que respeitar a crença, mas o direito a vida vem em primeiro plano", ressaltou o médico.
https://www.diariodaregiao.com.br/_conteudo/2018/04/cidades/rio_preto/1104068-juiz-ordena-transfusao-de

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, diante de todas as colocações e argumentos acima apresentados, evidencia-se a preocupação que este assunto - recusa dos Testemunhas de Jeová em relação a transfusão de sangue, levando essa rejeição até as últimas consequências como nos casos apresentados, gera insegurança jurídica, não só nos tribunais, mas também na comunidade médica, e para os pacientes Testemunhas de Jeová.

O consentimento informado livre e esclarecido é obrigatório, e no primeiro caso pretendemos destacar a importância do consentimento informado na relação médico-paciente frente aos tratamentos propostos.

A lacuna ou desequilíbrio jurídico é visível, pois ao mesmo tempo em que a lei obriga o médico a fazer a transfusão de sangue para resguardar o bem maior que é a vida humana, por outro lado o médico deve respeitar o livre-arbítrio do paciente, sua autonomia de vontade garantida pela Constituição Brasileira e também pelo Código Civil Brasileiro.

O consentimento do paciente deve ser sempre respeitado. Porém, quando for menor de idade como nos casos apresentados, quem decide? Qual o bem maior a ser levado em conta? Liberdade religiosa ou a vida humana?

Essa situação requer muita cautela, devendo ser analisado cada caso em concreto, em suas diferentes situações, buscando sempre o equilíbrio para essas difíceis situações. No entanto, o profissional médico que foi treinado para salvar vidas ficará à deriva diante destes quadros. Se transfundir sem o consentimento, será processado pelo paciente. Se não transfundir e seu paciente for a óbito, será processado por homicídio (doloso ou culposo) tanto pelo Estado, como pelo Conselho de Medicina.

Mas há a prerrogativa do médico se recusar a atender o paciente Testemunha de jeová, no entanto, muitas vezes os casos são de estrema urgência, difícil locomoção do

paciente, e ainda ser o único especialista da área no município, o que coloca o médico em situação de risco de processos.

Nosso ordenamento jurídico preconiza que ninguém deve ser compelido a realizar um procedimento ou até mesmo um tratamento sem a sua vontade, e isso está relacionado ao consentimento informado do paciente. Este consentimento sendo obrigatório, vincula tanto o médico, quanto o paciente, em uma relação na qual o enfermo deve manifestar sua vontade, sua negação, e o médico esclarecer o perigo iminente de morte.

Desse modo, conclui-se que a vida não deve ser interpretada apenas em seu sentido biológico, mas também em seu sentido ético, pois a crença religiosa é inerente a própria dignidade humana. No entanto, em pacientes menores de idade a transfusão deverá ser realizada quando houver iminente perigo de vida.

REFERENCIAS

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 7. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001.

GONÇALVES, Carla. **Responsabilidade Civil Médica, um problema para além da culpa**. Coimbra Editora, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e o ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico**.7. ed. São Paulo: RT, 2010.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **RESPONSABILIDADE CIVIL**: a natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

LEX MEDICINAE. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 4 – nº 7, janeiro/junho 2007

LIMA, Giulberto Baumann. **Consentimento Informado na relação entre profissionais, instituições de saúde e seus pacientes.** Londrina, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito da Medicina**, v1, 2ª ed. Coimbra Editora, 2005

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O Consentimento Informado na Relação médico – Paciente.** Coimbra Editora, 2004

https://www.diariodaregiao.com.br/_conteudo/2018/04/cidades/rio_preto/1104068-juiz-ordena-transfusao-de

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO http://www.tjsp.jus.br/ **LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE RELIGIOSA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010 Luís Roberto Barroso**

Lei 9.263/96 do Planejamento Familiar

Código Civil Brasileiro, Editora Saraiva, 2016

Constituição Federal do Brasil, editora Saraiva, 2016

Código do Conselho Federal de Medicina**,** Resolução CFM n° 1.931/09