XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu; Mônica Neves Aguiar Da Silva; Heron José de Santana Gordilho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-398-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. 4.Proteção.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Prezados leitores: a Revista de Direito Animal e Biodireito, apresenta volume 2, número 2, para divulgar trabalhos de pesquisa em Bioética e Direito Animal produzidos pelos programas de pós-graduação do Brasil.

O artigo A INFLUENCIA DA BIOÉTICA NO BIODIREITO, de Lívia Rosa Franco Ferreira e Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes, professores da Faculdade de Saúde e Ecologia Humana (MG) abordarão a vedação do non liquet no biodireito brasileiro.

O artigo A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO, de Raphael Rego Borges Ribeiro, doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (BA), avaliará se a reprodução assistida é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo O DILEMA ENVOLVENDO A TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A TRANSFUSÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de Marcos Jose Pinto, professor da Universidade federal de Mato Grosso do Sul (MS), analisará o conflito entre os direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa nos casos em recusa a transfusão de sangue por motivos religiosos.

O artigo A RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE NA ATUALIDADE: POR UMA VISÃO ALÉM DO DEBATE ENTRE AUTONOMIA E INFORMAÇÃO, de Marina Carneiro Matos Sillmann, professora da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas gerais (FALESTE-MG) e Marcelo De Mello Vieira, Carlos Alexandre Moraes, PROFESSOR DA FACULDADE DE ESTUDOS ADMINISTRATIVOS DE MINAS GERAIS (MG), vai analisar modelos colaborativos entre os profissionais de saúde e os pacientes,sem que isto represente uma redução de autonomia daqueles que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Carlos Augusto Lima Franco, Mestre em Ciências da Religião pela Universidade do Estado do Pará se propõe a analisar, pelo artigo SACRIFÍCIO DE ANIMAIS, PROTEÇÃO AMBIENTAL E LIBERDADE: UM DIÁLOGO POSSÍVEL?, os aspectos constitucionais da prática de sacrifícios animais enquanto manifestação da liberdade religiosa. Procura, ainda,

enfatizar que esta só tem sentido enquanto modo de se determinar em razão da crença, havendo precípua necessidade de respeito às distintas expressões de fé, ainda que não pertencentes à denominada "cultura majoritária".

A revista inicia com o artigo ANIMAIS NÃO-HUMANOS E O INSTITUTO DA GUARDA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA, das professoras Leonora Roizen Albek Oliven e Mery Chalfun, da Universidade Veiga de Almeida (RJ), analizarão a necessidade de reconhecer a natureza jurídica dos animais como sujeito de direitos, atribuindo a guarda responsável em casos de rompimento ou modificação da relação familiar.

O artigo E DIREITO: O AFETO COMO FUNDAMENTO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, de autoria da professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira, professora do programa de mestrado em Direito da Universidade Paranaense (PR), irá demonstrar a importância dos estudos teóricos e empíricos desenvolvidos pela antrozoologia e sua repercussão jurídica nas discussões sobre a família multiespécie.

O artigo A DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FLUMINENSE N. 2.895/1998, de Cleuber Lucio Santos Júnior, mestrando em Direito pela Dom Helder Câmara, que analisará os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Fluminense n. 2.895/98.

Mayana Sales Moreira, Mestre em Direitos Sociais e Novos Direitos, busca analisar pelo trabalho intitulado "O TESTAMENTO VITAL E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SEU CONTEÚDO" quais situações casuísticas permitem ou não a recusa de tratamentos médicos, no sentido de que nem todo conteúdo do testamento vital poderá ser atendido pelo médico, haja vista a necessidade de se analisar sua compatibilidade com o Código Penal Brasileiro que proíbe, por exemplo, a eutanásia.

O artigo A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PET SHOP, MÉDICO E CLÍNICA VETERINÁRIAN PELOS DANOS CAUSADOS AOS ANIMAIS, de Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, professores da Faculdade de Direito da UNICESUMAR, analizará a responsabilidade civil dos profissionais que desenvolvem suas atividades em clínicas veterinárias e pets shops, em razão de danos causados aos animais sob os seus cuidados.

A autora Liliana Maria Gomes, em seu artigo intitulado “ANIMAL: SUJEITO OU INSTRUMENTO?”, aborda a relação do homem com os animais não humanos, analisando o

pensamento de autores que tratam do tema, como Peter Singer, apontando a utilização de animais vivos em práticas de ensino superior e em pesquisas científicas. Como conclusão, “os animais podem e devem ser utilizados na pesquisa/educação, porém, não como objetos de estudo, mas enquanto sujeitos, como pacientes, assim como os humanos participam nas pesquisas clínicas, sendo tratados com respeito à sua integridade física e com o mínimo de sofrimento possível.”

DIREITO DO MAR: PESCA E PROTEÇÃO AO ATUM EM ALTO-MAR, da autoria de Cristiana Nepomuceno De Sousa Soares e André de Paiva Toledo, procura analisar a aplicabilidade e efetividade da Convenção de Montego Bay na proteção do Atum Azul da pesca predatória. Cabe, então, ao direito do mar apresentar respostas à preservação de algumas espécies de peixe, considerando que a Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNDUM) é um instrumento jurídico internacional, representando um avanço no direito internacional ambiental. Os autores ressaltam a importância da decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar no caso do atum de barbatana azul envolvendo a Austrália e Nova Zelândia contra Japão para preservação desta espécie para o ecossistema marinho e os limites da pesca, colocando o sistema de quotas de pesca como fundamental para a sustentabilidade da exploração econômica dos recursos naturais do alto-mar.

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros e Paloma Rolhano Cabral no DIREITO DOS ANIMAIS E AS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO CONTROLE DE ZOONOSES: UMA CRÍTICA AO TRATAMENTO DA LEISHMANOISE questionam a efetividade dos tratamentos utilizados no Brasil, tendo em vista a existência de condutas alternativas que preservam a vida do animal. Para as autoras, “as medidas adotadas pelo Ministério da Saúde desrespeitam o preceito de constitucionalidade das ações governamentais e não encontram eco entre as medidas juridicamente aceitáveis para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.”

O problema da possibilidade e limites do uso de técnicas de seleção embrionária é tratado com afinco por Ana Letícia Valladão Giansante e Sérgio Nojiri no título "DESIGNER BABIES: ASPECTOS BIOÉTICOS DA SELEÇÃO EMBRIONÁRIA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA". Discutem a possibilidade de uso dessas técnicas estabelecendo uma distinção entre finalidade terapêutica ou não terapêutica. Concluem pela ausência de um critério específico mesmo naquele caso.

Suelen de Souza Fernande, a seu turno, no artigo “OS ANIMAIS, OS ZOOLÓGICOS E O CONFLITO DE DIREITOS” analisa a situação jurídica dos animais no ordenamento jurídico pátrio e sua efetiva proteção. O reconhecimento dos direitos aos animais não humanos afastaria o seu uso da prática cultural de mantê-los presos em zoológico.

CARNIVORISMO E CIÊNCIA: A DOMINAÇÃO MASCULINA PERPETUADA PELO DIREITO é tema do artigo trazido pela mestranda Gabrielle Tabares Fagundez e Paulo Roney Ávila Fagundez. Buscam os autores analisar, criticamente, a subjugação reproduzida pelos hábitos alimentares, ciência e direito sobre os animais, traçando parâmetros comparativos com a dominação realizada sobre as mulheres na sociedade patriarcal.

Isadora Orbage de Britto Taquary, sob o título O DIREITO À MORTE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, destaca que a compreensão da morte e do morrer vem sofrendo grandes mudanças no decorrer da história, juntamente com as transformações da sociedade em relação às atitudes frente à morte. Analisa, ainda, os conceitos de morte e sua definição para o fim de compreender a eutanásia, o suicídio assistido , a distanásia e a ortotanásia, averiguando suas esferas no Brasil e buscando a reflexão desses métodos que amenizam o sofrimento à luz da dignidade da pessoa humana.

Aracelli Mesquita Bandolin Bermejo e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador estudam os limites da autodeterminação nos negócios biojurídicos e a autonomia bioética a eles aplicada no artigo A AUTODETERMINAÇÃO NOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS: UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA SOB O ASPECTO LIBERAL.

Temos a certeza de que o público leitor encontrará nesta versão da Revista material de alto padrão.

Profª. Drª. Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (Dom Hélder

Câmara) Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

O DILEMA ENVOLVENDO A TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A TRANSFUSÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DILEMMA INVOLVING JEHOVAH'S WITNESS AND BLOOD TRANSFUSION: AN ANALISYS FROM BIOETHICS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Marcos Jose Pinto [1]

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar o conflito entre princípios fundamentais, como o direito à vida, em face dos direitos à intimidade, privacidade e autonomia do ser humano. Tem-se como objeto de estudo o caso das Testemunhas de Jeová e sua recusa em realizar a transfusão de sangue, quando ocorre recomendação médica. Será efetivada uma investigação sobre este dilema, à luz da bioética e dos direitos fundamentais, a fim de se verificar até onde o Estado pode interferir nas relações ou escolhas, de ordem privada.

Palavras-chave: Transfusão de sangue, Testemunha de jeová, Bioética, Direitos fundamentais, Intervenção estatal

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the conflict between fundamental principles, such as life's rights, towards the intimacy right's, privacy and human life autonomy. It objects to study the Jehovah's Witness and their refusal to realize blood transfusion when the medical recommendation occurs. One investigation about this dilemma will occur based on the principles of bioethics and fundamental rights, in order to verify how far the State can interfere in private relations or choices made privately.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Blood transfusion, Jehovah's witness, Bioethics, Fundamental rights, State intervention

[1] Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Promotor de Justiça e Professor Universitário.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo central a investigação acerca do conflito entre princípios fundamentais, à exemplo do direito à vida, em confronto com os direitos à intimidade, privacidade, autonomia, e a liberdade de crença religiosa e a de consciência. Até onde o Estado pode caminhar interferindo nas decisões pessoais do ser humano?

O objeto de estudo está relacionado com a situação fática das Testemunhas de Jeová, e a sua recusa quanto à realização da transfusão de sangue nos casos em que há recomendação médica, pois existe risco de vida.

A metodologia utilizada será basicamente a pesquisa bibliográfica, acompanhada do estudo de alguns casos concretos alusivos ao tema.

O direito à vida é absolutamente indisponível? À luz da bioética, como ficam os princípios da autonomia e do consentimento informado? Existe algum direito (princípio) que deve prevalecer? Procura-se fazer uma análise desta questão à luz da bioética e dos direitos fundamentais do cidadão, em especial, a autonomia e a liberdade, elementos capitais que integram a dignidade da pessoa humana, e devem ser sempre observados.

São estas algumas das interrogantes a serem respondidas ao longo deste trabalho.

Almeja-se despertar a discussão com (mais um) um salutar debate sobre assunto tão polêmico e conflitante, que envolve, aparentemente, um choque de princípios fundamentais, a saber, entre a vida e o direito à intimidade/privacidade/autonomia.

2 A TESTEMUNHA DE JEOVÁ E O DILEMA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

Aqui salta aos olhos a luta da objeção de consciência (por fatores religiosos) contra a unicidade da ciência médica. Temos a negativa de tratamento, via transfusão de sangue, *versus* a decisão médica que entende que a transfusão é o meio mais adequado como tratamento, sem se buscar alternativas.

Pensamos que os dogmas religiosos devem ser respeitados. A simples recusa da Testemunha de Jeová em realizar transfusão de sangue, por si só, não os torna passíveis de serem considerados fanáticos ou “xiitas” suicidas, que preferem morrer a realizar tal procedimento médico.

Em verdade, essa questão constitui um grave preconceito que temos, na maioria das vezes, por total ignorância da realidade que permeia este caso concreto.

O primeiro equívoco a se esclarecer é que a Testemunha de Jeová não recusa tratamento para salvar sua vida (ou de uma criança) por motivos religiosos. O que ela não aceita, embasados nos ensinamentos bíblicos, é realizar a transfusão de sangue. Porém, qualquer outro tratamento alternativo é tolerado.

E por que a recusa em aceitar a transfusão sanguínea?

As Testemunhas de Jeová se baseiam na Bíblia para sua recusa na utilização e consumo de sangue, humano ou animal. Elas entendem que esta proibição foi dada à humanidade em geral visto que foi transmitida por Deus a um homem que a Bíblia apresenta como ancestral de todos os homens, Noé. Além disso, reforçando esta aplicação geral, a ordem teria sido dada na ocasião em que Noé, tal como o primeiro homem, Adão, iria dar um novo início à sociedade humana.

Como explica Álvaro Villaça Azevedo[1], "as Testemunhas de Jeová iniciaram sua atividade nos tempos modernos na década de 1870. Eram chamadas, no início, de Estudantes da Bíblia. Todavia, em 1931, adotaram o nome bíblico de Testemunha de Jeová".

Sua postura em relação ao uso de sangue na medicina e na alimentação é uma das mais controversas e criticadas ao longo dos anos. Baseando-se na sua singular interpretação da Bíblia, entendem que o uso de transfusões de sangue total ou dos seus componentes primários é proibido pela lei divina. A utilização de sangue ou dos seus componentes em medicamentos ou procedimentos médicos é usualmente conhecida por hemoterapia.

Ignorância? Fé cega, exagerada? Não nos cabe julgar. Quem somos nós para tal?

3 ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUDAMENTAIS

O conceito de Bioética, conforme João dos Santos do Carmo e Jusele de Souza Matos é: "a disciplina que busca discutir, refletir e lançar bases criteriosas para a prática da ética nas pesquisas, nas decisões e nas aplicações biotecnológicas que envolvem seres humanos e outros seres viventes".

Para a Encyclopedia of Bioethics, Bioética é definida como o: "estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão, decisão, conduta e normas morais das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar". E

---

[1] AZEVEDO, Álvaro Villaça.**Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos constitucionais brasileiros.** Parecer Jurídico. São Paulo, 08.02.2010.

ainda como um: “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios éticos”.

Falando sobre a Bioética Jurídica, o Professor Eduardo Luis Tinant[2], ensina que:

> Bioética jurídica es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional. Bioética y derecho. La bioética es en su “núcleo duro” una parte de la ética, pero es también algo más que ética. Fenómeno social y actividad pluridisciplinar que procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos y en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados, se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, procurando no solo interpretar sino también orientar los extraordinarios avances de la moderna tecnociencia y los cambios sociales y culturales de la globalización. Se plantea así la necesidad de volver a considerar la dignidad del hombre como un valor superior al de la utilidad económica y de afirmar la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnología sobre la vida.

O campo da Bioética, assim, é bastante amplo, tratando de assuntos variados, como o do tema em questão (direito à vida e a intimidade), envolvendo administração da vida e morte em todos os seus aspectos, tais como: pesquisa com seres humanos e animais; direitos reprodutivos/reprodução assistida; engenharia genética; aborto; eutanásia; transplante de órgãos e tecidos, etc. Citamos Bruno Marini[3], que realiza, como se observa a seguir, uma breve análise sobre os quatro princípios angulares da bioética: Autonomia, Consentimento Informado, Beneficência e Justiça.

O **Princípio da Autonomia** (também chamado de "Autodeterminação") é aquele que visa reconhecer o direito da pessoa humana de decidir acerca da utilização de determinado procedimento ou tratamento médico, livre de interferência ou pressão externa, levando-se em conta seus valores mais íntimos. Affonso Renato Meira, Professor titular de medicina da USP e Presidente da Associação Brasileira de Ética Médica (Abradem), em seu artigo intitulado "O

---

[2] TINANT, Eduardo Luis. **Bioética Jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 2ª ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

[3] MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>. Acesso em: 01 ago. 2016.

direito de dizer não", publicado no jornal O Estado de São Paulo[4], define o referido princípio do seguinte modo: “A autonomia se refere a um conjunto de diversas noções, incluindo autogovernança, direito à liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade para seguir seus desejos e decidir sobre seu comportamento. Enfim, ser sua própria pessoa”.

No mesmo sentido, o Doutor Marco Segre[5], também Professor titular de medicina da USP, em um Parecer sobre o assunto em análise, define: “**Autonomia**, de acordo com sua etimologia grega, **significa capacidade de governar a si mesmo**... é a capacidade de autogoverno, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores... é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom”.

Destarte, indagamos: Pode a Testemunha de Jeová, mesmo correndo risco de vida, optar por não querer fazer transfusão de sangue? De acordo com os Princípios Bioéticos ora analisados, sim.

Os parlamentares/legisladores de nossa Constituição incumbiram-se de assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade. Eles reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que somente uma parte da dor, do prazer, e das satisfações na vida são encontradas nas coisas materiais.

Da "Autonomia" decorre inexoravelmente outro **princípio** bioético denominado "**Consentimento Informado**" (também conhecido como "Consentimento Conscientizado"). Segundo o referido princípio, antes de uma intervenção o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia (bem como alternativas), deixando com que o paciente expresse seu consentimento para o tratamento que considera ser o mais adequado aos seus interesses. Assim, notamos que é muito importante o médico ter uma mentalidade democrática e estar disposto a explicar ao seu paciente de maneira clara e didática os fatores envolvidos. Ao passo que na maioria dos casos os pacientes optarão pelo tratamento aconselhado pelo médico, em outros casos pode ocorrer de escolher a terapia que não é a preferida do profissional, e é neste momento que entra o "Consentimento Informado", ou seja, o médico não utilizará um tratamento que não lhe foi consentido.

---

[4] "O direito de dizer não", "O Estado de São Paulo", 11 de Outubro de 1994.

[5] Parecer "Situação ético – Jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente – religioso na aceitação de transfusões de sangue", São Paulo, SP, 4 de julho de 1991

O "Consentimento Informado" e a "Autonomia" são realidades tão próximas que ambos são tratados juntos sob o tópico "Derecho a la Autodeterminación", na "Declaración de la Associación Médica Mundial sobre los Derechos Del Paciente", a qual foi adotada na 34ºAssembléia Médica Mundial em 1981 na cidade de Lisboa (Portugal) e emendada na 47º Assembléia Geral no ano de 1995, na cidade de Bali (Indonésia). O referido tópico determina:

> Derecho a la Autodeterminación:
> A) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.
> B) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

Desse modo, em resposta à indagação que fizemos (Pode a Testemunha de Jeová se recusar a fazer transfusão de sangue), entendemos que cabe ao adepto desta religião, obviamente se for maior e plenamente capaz de responder por seus atos, deliberar sobre o que é (ou não) melhor para si.

O **Princípio da Beneficência** é aquele que inspira o médico a direcionar sua atividade e intervenção sempre em benefício do seu paciente. Está expresso no Juramento de Hipócrates (médico grego): “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”.

No entanto, surge uma questão interessante: ao analisarmos o juramento hipocrático parece que este disponibiliza ao médico o direito de utilizar-se dos meios que ele acha ser o mais benéfico independente da concepção do paciente, pois diz que usarei o tratamento... de acordo com minha habilidade e julgamento. Assim sendo, será que há um conflito entre o Princípio da Beneficência e o Princípio da Autonomia (bem como do Consentimento Informado)?

Inicialmente, não podemos esquecer que a visão tradicional hipocrática sobre a "Beneficência" deve ser encarada num contexto histórico diferente do nosso. De fato, vivemos numa era em que cada vez mais os direitos do paciente e do cidadão (e aqui se inclui à autonomia) vêm ganhando mais destaque na bioética e na ciência jurídica. Ao contrário do que ocorria na Idade Média, o médico não é mais encarado como uma autoridade (de caráter quase que mítica) inquestionável e autoritária. Aliás, tal posição era até mesmo constrangedora não só para o paciente que ficava a mercê de critérios e preferências alheias, mas até mesmo para o médico, pois toda a responsabilidade recaia sobre seus ombros.

De fato, agora o médico pode compartilhar com seu paciente (se este o desejar) a responsabilidade e a análise do melhor tratamento não só do ponto de vista físico, mas levando em consideração o "homem inteiro", ou seja, sua estrutura axiológica. E no caso em análise, há boas técnicas e tratamentos isentos de sangue que vem sendo desenvolvidos graças a essa atitude compreensiva e altruísta de vários profissionais da medicina.

Os professores Muñoz e Almeida delineiam com clareza e lógica a relação que há entre beneficência e autonomia: “Respeitar a autonomia das pessoas competentes pressupõe beneficência: quando as pessoas são competentes para escolher, ainda que a escolha não seja a que faríamos respeitar suas escolhas é um ato beneficente. Isto permite que seus desejos sejam respeitados em circunstâncias que os afetem diretamente”.

Assim sendo, longe de haver um conflito, na realidade o Princípio da Beneficência reforça o respeito à "Autonomia".

O Professor Affonso Renato Meira, em um artigo para "O Estado de São Paulo", raciocinou: “Dentro de sociedades autocratas, com o domínio de uma camada sobre outras, o médico, com seu etnocentrismo profissional e com seu desejo de fazer o bem, determinava o que devia e o que não devia ser feito quando se tratava de saúde... Com as tendências renovadoras da segunda metade do século 20 mostrando o caminho da democracia às sociedades autocratas e, realmente, com o aparecimento do pensamento bioético, o entendimento do papel do médico e dos demais profissionais de saúde se viu modificado... É necessário saber o que é bom, qual o bem que o paciente considera para si. Do seu ponto de vista, este seria o maior bem para o paciente".

Diante do exposto, numa visão moderna do Princípio da Beneficência, notamos que o médico deve “fazer o bem” sob a ótica do paciente, o qual é o destinatário da intervenção médica. Em nossa visão, isso vale em gênero, número e grau, para aplicação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário de entorpecentes).

O Professor Marco Segre chama à atenção de que o termo “saúde”, para a Organização Mundial de Saúde, não se refere apenas à ausência de doença, mas também o bem estar do indivíduo no aspecto mental e social, incluindo a não violação de seus valores ético-culturais.

O Código de Ética Médica, no seu artigo 46, diz ser vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente, ou de seu responsável legal**,** salvo em iminente perigo de vida. Na realidade, a parte final deste artigo é um resquício da visão hipocrática da Beneficência e entra em choque com os princípios bioéticos da Autonomia e do Consentimento Informado.

Assim, ao abordar a parte final do artigo 46 do Código de Ética Médica, o professor Marcos Segre, deixou claro: "Não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente a sua vontade, conforme muitos querem crer... Poderá o médico intervir por sua própria vontade, quando ele não veja outro meio de salvaguardar a vida de seu paciente, não se podendo, entretanto ver nessa 'exceção' uma recomendação ou obrigação a ser seguida".

É importante ressaltar que o Código de Ética Médica não pode se sobrepor às liberdades públicas e clássicas garantidas aos cidadãos na Constituição. No dizer de Foucault: "[...] a disciplina sobre os corpos humanos, não pode fabricar corpos submissos e exercitados, ou seja, corpos dóceis e úteis".[6]. Portanto, diante desta evolução principiológica, concluímos que médicos e pacientes devem num espírito de cooperação buscar soluções e alternativas que "façam o bem", ou seja, não viole a consciência da pessoa humana sob quaisquer circunstâncias. Do que adiantaria lograr um resultado físico mediante o aniquilamento dos valores mais íntimos do indivíduo? Não seria mais razoável buscar meios que curam a enfermidade física do paciente sem ferir-lhe psicologicamente?

O **Princípio da Justiça** consiste em promover, dentro do possível, um igualitário acesso dos cidadãos aos bens da vida. Desta forma, Justiça envolve respeitar as diferenças existentes na comunidade, e ao invés de discriminá-las ou segregá-las, deve-se buscar meios de compreendê-las e satisfazê-las. Este dever envolve os preceitos religiosos, a classe médica e o Estado.

Podemos observar um exemplo verificado no famoso **caso Bahamondez**[7], ocasião em que a Corte Suprema da Argentina proferiu o seguinte julgado:

> Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: … protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud

[6] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1993/04/06. **Bahamondez**, Marcelo. Buenos Aires, 6 de abril de 1993.

> mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Não paira nenhum laivo de dúvida de que os direitos fundamentais do cidadão, como a liberdade de crença religiosa (art. 5º, VI, da CF), os direitos de personalidade, relacionados à intimidade, vida privada, honra, etc. (art. 5º, X, da CF), devem ter prevalência sobre quaisquer outros, em atenção à dignidade da pessoa humana, que, em qualquer situação tem de predominar.

Não nos esqueçamos, em direito nada é absoluto. Nem mesmo o direito à vida. Nossa própria Constituição prevê a pena de morte, em seu artigo 5º, XLVII – "não haverá penas: a) de morte, **salvo** em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

Adentrando na seara penal, nosso Código Penal permite o aborto em dois casos: o legal e o necessário, como vemos a seguir:

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> **Aborto necessário**
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Em suma, temos o conflito de princípios: direito a vida versus direito a intimidade. O primeiro está elencado no artigo 5º, caput, da nossa Constituição Federal (CF), *in litteris*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]"

Já o direito à intimidade se encontra no rol do artigo 5º, X, da CF, *in verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Também protegem o paciente-cidadão particular as seguintes previsões constitucionais, todas do artigo 5º, da CF/88:

> **II** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
> **VI** - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> **VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de 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.

O mesmo ocorre com nosso Código Civil de 2002: "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

Nossa jurisprudência entretanto, segue vacilante e indecisa. Ora se decide por obrigar a transfusão, em apelo ao direito a vida, ora de modo contrário, a favor da autonomia dos pacientes. Segue como exemplo do primeiro caso (decisão a favor do direito à vida), a sentença a seguir transcrita:

> [...] Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. **Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos**. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. **Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová**, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, parágrafo 3º, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. **O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluído a liberdade de religião**; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois ai se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que se precisam sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. **Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.** (O Desembargador Osvaldo Stefanello acompanhou, no mérito, o voto do Relator, advertindo: "**Não aceito que, por convicção de qualquer espécie, se induza à morte ou se permita que alguém morra**." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n. 595.000.373. Relator: Osvaldo Stefanello. 28 de março de 1995) (grifo nosso).

Em outra decisão[8], no mesmo sentido, de prevalência do direito à vida, foi asseverado que ninguém pode ser privado de seus direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. Com esse entendimento, a Juíza Luciana Amaral autorizou os médicos Hospital São Salvador a fazer transfusão de sangue no idoso José Paz sem necessidade de autorização de qualquer pessoa da família. A medida foi solicitada pela filha do paciente, professora Regina Paz, com o argumento de que seu pai, sua mãe e parte dos irmãos são adeptos da religião Testemunhas de Jeová e assinaram um documento no hospital desautorizando a transfusão.

Como já foi dito, por razões religiosas, as Testemunhas de Jeová não aprovam a transfusão de sangue, De acordo com atestado emitido pelo médico Glaydson Jeronimo da Silva e juntado aos autos, José Paz está internado na Unidade de Terapia Intensiva do hospital com quadro de hemorragia digestiva e vem desenvolvendo instabilidade hemodinâmica com risco iminente de morte.

A Juíza lembrou que a religião da qual José Paz é adepto considera o sangue como sendo de natureza sagrada e não permite que seus seguidores submetam-se à transfusão. Admitindo que o artigo 5º da Constituição Federal estabelece como inviolável a liberdade de consciência e de crença, Luciana Monteiro salientou que o mesmo dispositivo legal dispõe, no entanto, que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política. "Malgrado haja previsão constitucional acerca do direito à crença, insta salientar que nenhum direito é absoluto, porquanto encontra limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal. Assim, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deve ser utilizado o princípio da harmonização. No presente caso, resta evidente o conflito acima referido, haja vista que a CF também garante o direito à vida", comentou a Juíza, entendendo que, entre o direito à vida e o direito de crença, deve prevalecer o primeiro.

Por outro norte, existem decisões judiciais que amparam as testemunhas de Jeová, em respeito à sua autonomia, como se vê no julgado a seguir mostrado:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da

[8] Consultor Jurídico, 30.07.2007<www.felipelemos.com/2007...autorizada-transfuso-de-sangue>

> dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar". (TJ-MG - Processo: 1.0701.07.191519-6/001(1) Relator: ALBERTO VILAS BOAS - Data do Julgamento: 14/08/2007)

Enfim, qual princípio deve prevalecer? Em nossa modesta opinião, o da intimidade/privacidade/autonomia. Vale a pena nos reportarmos ao Artigo 19, da Constituição Argentina, que diz:

> Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Atualmente, os chamados países mais desenvolvidos como a França, por exemplo, o aborto é permitido, cabendo à mulher a opção por prosseguir ou interromper sua gestação. No campo do Direito Penal a questão é tão problemática quanto na área médica, senão vejamos:

Situação jurídica dos pais ou responsável pelo paciente: se ele vem à óbito por não realizar a transfusão de sangue, os pais/responsáveis, por hipótese, podem responder penalmente por abandono de incapaz, homicídio culposo, auxílio ao suicídio. Eis os delitos e sua previsão no Código Penal Brasileiro:

> Artigo 121. **Homicídio culposo.** Matar alguém: § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos.
> Art. 122 - **Induzir ou instigar** alguém a **suicidar-se** ou **prestar-lhe auxílio** para que o faça:
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
> Parágrafo único - A pena é duplicada:
> Aumento de pena
> I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
> II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.
> Art. 133 - **Abandonar pessoa** que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo**, incapaz** de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
> Pena - detenção, de seis meses a três anos.

Situação jurídica do médico que não realizou a transfusão (ou a fez contrariando a vontade do paciente): na seara penal, ele pode ser incriminado com tendo

praticado omissão de socorro, pelo já citado acima homicídio culposo ou doloso e/ou constrangimento ilegal (se não houver iminente perigo de vida). Assim preconiza o CPB:

> Art. 146 - **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, **a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda**:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
> § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
> I - **a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida**.
> Art. 135 - **Omissão de Socorro** - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Assim seguem, tão longe, mas tão perto, o Direito Penal e a Bioética.

Mas quando princípios fundamentais se chocam, como é o caso? Direito à vida *versus* Direito à intimidade, privacidade e autonomia.

Como resolver este dilema? O que fazer quando dois princípios se colidem? Percorre-se os ensinamentos de dois expoentes filósofos, a exemplo de Robert Alexy, do direito alemão, e de Ronald Dworkin, do direito americano, que de modo eficaz abordam a questão relacionada à colisão entre princípios e suas possíveis resoluções.

Antes, vale lembra os ensinamentos de Canotilho[9] sobre a palavra chave para dirimir-se o conflito entre princípios que é a ponderação, pois ela "visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens".

Assevera o doutrinador português que há uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

Moraes[10] enfatiza que no conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a coordenar e combinar os bens jurídicos conflitantes, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando-se assim, uma redução proporcional

---

[9] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

[10] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013

do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas precípuas finalidades.

Alexy[11] preconiza que os princípios são mandados de otimização, e devem ser aplicados de acordo com os critérios da ponderação, utilizando-se métodos como o da proporcionalidade, a adequação e a necessidade, além da razoabilidade, tudo levando-se em conta o fato concretamente apresentado, em uma minuciosa análise fático-jurídica. Para Alexy os princípios devem ser aplicados no sentido de se levar em consideração uma solução justa, com a sua efetivação na maior medida do possível.

Assim, havendo colisão entre princípios, deve prevalecer a precedência condicionada, ou seja, um dos princípios deve ceder em razão da precedência do outro, que por ter maior peso (sopesamento) deve predominar.

Ronald Dworkin[12] preconiza que a integridade do sistema jurídico, ou seja, que mesmo nos "*hard case*" (casos de difícil solução), o Juiz deve dar uma resposta correta ao fato. Assim ele projetou a figura metafórica do Juiz Hércules, o todo poderoso, que a tudo sabe, e fornece soluções concretas e efetivas a quaisquer questões jurídicas.

Dworkin caracteriza os princípios por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para Dworkin, havendo concorrência entre princípios, o que se dá no caso em tela, a solução a ser dada pelo Juiz deve sopesar o valor destes princípios, avaliando a importância de cada um, a sua dimensão, enfim, o seu peso em face do caso concreto que lhe é apresentado com as suas especificidades.

Destarte, existindo antinomia, assim como aduz Alexy, a questão resolve-se por meio da ponderação e do sopesamento destes princípios. Registre-se que a Teoria de Alexy sofreu forte influencia de Dworkin, como observa Cezne[13] inclusive enunciando-se que "a teoria dos princípios de Dworkin é o ponto principal que aproxima o pensamento de Alexy ao dele".

---

[11] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

[12] DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

[13] CEZNE, Andrea. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, v. 13, nº 52, p. 51-67. jul.set/2005

Desse modo, entende-se que este sopesamento dos princípios, no caso, o alegado direito à vida x intimidade-privacidade-autonomia, leva ao reconhecimento de que os últimos devem prevalecer.

4 TRATAMENTOS ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE

Enfatiza Nélson Nery Júnior[14], que havendo alternativas de tratamento médico, pode o paciente, através do consentimento informado, escolher qual é o tratamento que melhor lhe convém, isto tudo após ser ele amplamente informado pelo médico sobre os riscos, resultados esperados, enfim, sobre as consequências de sua decisão.

No mesmo sentido é a opinião de Celso Ribeiro Bastos[15], ao asseverar que, em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), as Testemunhas de Jeová podem recusar-se a receber transfusão de sangue, pois não há lei obrigando o médico a fazê-la, sendo certo que a realização de tal procedimento, sem consentimento do paciente, seria encarada como constrangimento ilegal.

É correto afirmar que a Testemunha de Jeová não é louca, nem suicida, nem fanática, pois se recusa unicamente em fazer a transfusão de sangue. Porém, nunca refuta outro tratamento alternativo qualquer. Quais seriam essas hipóteses?

No Estado de Mato Grosso do Sul, foi noticiado no site da TV Morena[16], em 18/10/2011, que: "**Em MS, fiéis que recusam transfusão buscam alternativas de tratamento".**

Enfim, quais seriam estas alternativas? Equipamento de autotransfusão funciona como filtro de sangue do paciente. Uma mulher de 55 anos, adepta da religião Testemunhas de Jeová e que mora em Campo Grande, aguarda vaga na Santa Casa para fazer uma neurocirurgia depois de ter sofrido acidente vascular cerebral (AVC). Como a religião dela

---

[14] NERY JÚNIOR, Nélson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.** Parecer Jurídico. São Paulo, 22.09.2009.

[15] BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. Parecer Jurídico. São Paulo, 23.11.2000.

[16] Hélder Rafael Do G1 MS < G1 - Mato Grosso do Sul g1.globo.com/mato-grosso-do-sul.> 18/10/2011

não aceita que sejam feitas transfusões de sangue devido a uma interpretação da Bíblia, familiares e amigos da paciente mobilizaram-se para trazer ao hospital uma máquina de autotransfusão.

O equipamento é fabricado na Itália e funciona como um filtro. O sangue do paciente, que normalmente seria desperdiçado durante a operação, é aspirado pela máquina, passando por um processo de filtragem, como explica a biomédica paulista Paula Frutuoso: "É uma espécie de centrífuga que separa as partes de acordo com o peso molecular, restando apenas o concentrado de hemácias. Esse concentrado é lavado para retirada de impurezas e, em seguida, sobe para uma bolsa de infusão".

A biomédica afirma que o procedimento não é restrito a pacientes religiosos, podendo ser largamente empregado em centros cirúrgicos. As vantagens da autotransfusão, segundo Paula, são a ausência do risco de rejeição e a economia de sangue e dinheiro. "Cada bolsa de concentrado de hemácias pode custar de R$ 200,00 a R$300,00 (reais) e são usadas no mínimo duas a cada cirurgia", conta. Apesar dos benefícios, há restrições em casos de cirurgia intestinal e de tumores, quando o risco de contaminação é elevado.

O advogado e filho da paciente, Fábio Coutinho, de 24 anos, conta que a mãe precisou ficar internada por mais tempo para recuperar-se de um quadro de anemia crônica. Ele reconhece o papel da fé no processo de recuperação, mas afirma que o quadro clínico é mais importante. "Ela está sem fatores de risco. Não fuma, não tem diabetes, nem pressão alta. Esperamos que ela se recupere bem e possa voltar para casa", diz Fábio. A cirurgia da mãe do advogado estava prevista para logo, mas teve de ser adiada. A mulher seguia internada no hospital.

De acordo com médicos que atuam em Campo Grande, não há máquinas de autotransfusão disponíveis nos principais hospitais que atendem a rede pública de saúde. O equipamento foi trazido com a ajuda de um grupo de estudiosos, ligados à congregação, que se dedica a encontrar alternativas de tratamento que não entrem em contradição com suas convicções religiosas.

Jorge Caldas Feitosa Filho, que é voluntário na Comissão de Ligação com Hospitais (Colih), conta que a proposta do grupo é pesquisar em artigos e publicações e entrar em contato com médicos, para compartilhar conhecimento sobre novos tratamentos. "Não queremos gerar sabedoria só para o nosso grupo. A população precisa saber que existem alternativas", afirma.

Posteriormente, a referida cirurgia foi realizada. Foi um sucesso total. A paciente passa bem. Além da máquina de autotransfusão, temos também os seguintes tratamentos

alternativos: Eritropoetina Humana Recombinante, que é um hormônio humano natural que estimula a medula óssea a produzir hemácias. Também se tem a Interleucina Recombinante, o Ácido Aminacopróico e Tranexâmico, enfim, várias alternativas, sem o uso de sangue de outrem para se salvar uma vida.

Sobre isto, existe um "folder" denominado "Alternativas Médicas à Transfusão de Sangue – Práticas - Eficazes - Seguras", impresso pelo serviço de informações sobre hospitais para as Testemunhas de Jeová, esclarecendo-se sobre as opções de tratamento.

Que o bom senso sempre guie médicos e familiares das pessoas envolvidas com a questão. Razoabilidade e ponderação, estas são as palavras mais adequadas para resolver este dilema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta aos problemas inicialmente invocados, entendemos que as decisões sobre tratamentos médicos envolvem tanto a incerteza, quanto conflitos de julgamento e de valores. Ninguém, nem mesmo a sociedade, a igreja, o mundo jurídico ou médico, pode avaliar o que é melhor para um cidadão do que ele próprio. O direito à vida, assim como qualquer direito, não é absolutamente indisponível.

O Estado, ou seja, o todo poderoso "Leviatã", um monstro grande e forte, na concepção de Hobbes, não tem o direito de interferir na intimidade/privacidade do cidadão maior de idade, plenamente capaz de escolher o que é melhor para si, ainda que, à vista da ciência, sua escolha possa não parecer a mais correta. O médico deve considerar a autonomia do paciente, no caso de objeção de consciência, para não querer receber transfusão de sangue. Que se respeite sua vontade. Isso tudo em homenagem ao Princípio da Autonomia e do Consentimento Informado.

Entretanto, pensamos ser diferente o caso de uma criança, menor incapaz de expressar sua vontade. Aí sim, de modo contrário, pode prevalecer os princípios éticos médicos do bom senso, razoabilidade e proporcionalidade, em relação à negativa de seus pais em realizar a transfusão de sangue, isso tudo quando não houver outro modo de salvar a vida do infante (incapaz) enfermo, que não seja realizando a transfusão sanguínea. Há que se verificar qual o melhor interesse para o menor, a natureza de sua patologia e sua gravidade, o tipo de tratamento indicado (só a transfusão de sangue ou há outras opções?). Há que se

sopesar sobre os possíveis riscos de vida, enfim, agasalhar uma vez mais (e sempre) o Princípio da Razoabilidade.

No campo da Bioética, seguindo brevemente uma linha kantiana, a questão pode ser encarada de modo a lembrar que a pessoa humana é um fim em si mesmo. O Estado é um instrumento a serviço da pessoa humana e tem o inescusável dever de tratar o ser humano como fim em si mesmo, e nunca como meio para alcançar outros fins, oposto de tal maneira, ao fim subjetivo e ao fim relativo, vale dizer, os fins intermediários que uma vontade possa propor sem atribuir valor universal. O fim em si, em troca, é fim objetivo, necessário, e por tanto, absoluto e incondicionado. O conceito de dignidade, opera necessariamente como pano de fundo.

Se respeitarmos a autonomia dos pacientes, é porque eles são sujeitos e não objetos, ou seja, é dizer que eles possuem dignidade. Se protegermos de um modo especial os seres humanos mais vulneráveis, é porque, além de suas deficiências físicas ou psíquicas, eles possuem, enquanto seres humanos, um valor intrínseco, ou seja, uma dignidade. Se cuidarmos da integridade física das pessoas, é porque seus corpos não são meramente coisas, sobre as quais se tem direito de propriedade, mas sim, pessoas com dignidade. Enfim, nem o respeito à autonomia, a proteção aos mais fracos, a proteção à integridade das pessoas, encontram qualquer justificação sem a existência da ideia de dignidade.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos constitucionais brasileiros.** Parecer Jurídico. São Paulo, 08.02.2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. Parecer Jurídico. São Paulo, 23.11.2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Transfusão de Sangue**. in http://neofito.direito.com.br/artigos/art01/juridi84.htm .

CEZNE, Andrea. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, v. 13, nº 52, p. 51-67. jul.set/2005

CHAVES, Antonio. **A Ordem Religiosa Testemunhas de Jeová não Admite Transfusões de Sangue. Como Ficam as Operações de Crianças em Perigo de Vida?** in Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, nº 14.

CONDE, Francisco Muñoz. **A objecção de consciência em processo penal**, in http://www.smmp.pt/conde.htm.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro**, in http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ELDER, Lee. **Por Que Algumas Testemunhas de Jeová Aceitam Sangue e Rejeitam Conscienciosamente a Política Oficial da Sociedade Torre de Vigia a Respeito do Sangue**, in http://www.geocities.com/osarsif/jmele.htm .

FERREIRA, Telmo. **A Transfusão de Sangue e as Testemunhas de Jeová**, in Arquivos da Polícia Civil, 1º semestre, 1977, v. XXIX.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 1987.

GOLDIM, José Roberto. **Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová**, in http://www.ufrgs.br/HCPA/gppg/transfus.htm.

NERY JÚNIOR, Nélson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais.** Parecer Jurídico. São Paulo, 22.09.2009.

MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>. 01 ago. 2016

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013

MURIEL, Christine Santini. **Aspectos Jurídicos das Transfusões de Sangue**, in RT 706/30 a 35 e http://www2.e-net.com.br/hemonline/aspectos.htm.

RAULINO NETO, Francisco. **Transfusão de Sangue em Criança Testemunha de Jeová**, in http://www.mppr.com.br/teses/Teses/Tema%203%20-%20Tese%2032.htm.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética Jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 2ª ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues (organizadora); MARTINS, Érica Silvana Saquetti. **Ensaios de Bioética e Direito. Testemunhas de Jeová e a recusa em receber transfusão de sangue.** Brasília: Consulex, 2012. p. 93-115.