

3.1.3 Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová

Silvia Vieira Damião

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional*

Cada vez mais os Promotores de Justiça, os Procuradores do Estado e os Juizes de Direito vêm se deparando com o dilema da transfusão de sangue aos pacientes Testemunhas de Jeová. O tema envolve valores constitucionais importantíssimos, quais sejam: vida e liberdade. Por isso, imprescindível uma avaliação prudente, partindo da análise se há perigo iminente de vida ou não.

Partindo da legislação existente, tem-se o Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM nº 1.246/88, segundo o qual é vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida; art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida; art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Assim, havendo recusa da transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: se não houver perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis. E aqui entram em conflito dois direitos fundamentais: vida e liberdade.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, “o reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado”¹.

Por outro lado, a vida humana é um direito fundamental, indisponível, inviolável, também previsto no art. 5º, “caput” da CF e não pode ser desprezada, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos. O direito à vida é um critério orientador do sistema normativo, daí decorrendo inclusive a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III).

Contudo, os “direitos fundamentais podem ser objetos de limitações, não sendo, pois, absolutos”² e fazendo-se imprescindível proceder ao juízo de ponderações.

Segundo Gilmar Mendes:

o juízo de ponderação liga-se ao princípio da proporcionalidade. (...) O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais po-

dem ter ‘pesos abstratos’ diversos. (...) É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. (...) Deve-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial³.

Assim, uma simples declaração de vontade do paciente não tem o condão de tornar absoluto o direito à liberdade religiosa em detrimento do direito à vida. **Vislumbra-se, pois, que caso se opte pela liberdade religiosa, restará suprimido o núcleo essencial do direito à vida, tendo em vista o iminente perigo que corre o paciente.** Caso se opte pelo direito à vida, ainda prevalecerá a possibilidade de o paciente continuar professando sua fé, ainda que, em parte, essa situação tenha sido, justificada e excepcionalmente, desrespeitada. O Estado, tendo a possibilidade de evitar tais condutas, tem o dever de impedi-las, sob pena de eliminar o direito fundamental vida, em seu **núcleo essencial**. Assim, no confronto entre os valores vida e liberdade religiosa, esta última não pode prevalecer se aniquilar por completo a vida.

Some-se a isso que o Estado possui o dever de proteção para com seus cidadãos e aqui surge uma observação importante levantada pela Professora Roberta Kaufmann⁴:

(...) a renúncia a direitos fundamentais também não se revela absoluta e não pode significar a opção pela morte, sob a responsabilidade do Estado. Tal fato se revela de importância lapidar quando se está diante de situação na qual o paciente submeteu-se, voluntariamente, à tutela estatal, internando-se em hospital público. Nesses termos, o Estado se vincula, por meio do seu dever de proteção, a salvar a vida da paciente, ou a empreender todos os meios possíveis para tal mister. Assim, não é dado ao Hospital das Clínicas abster-se de realizar os procedimentos médicos recomendados pela ciência para salvar a vida do paciente, sob o argumento de que o paciente os recusa. Destarte, se em determinado caso concreto se tiver de realizar a ponderação entre os valores autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito à vida, esta haverá de prevalecer, porquanto revela um dever de agir do Estado de proteger a vida dos pacientes internados em hospitais públicos. (...)

Assim, também nos hospitais privados, surge o direito/dever do médico de empreender todos os esforços possíveis para salvar a vida do paciente, cumprindo o dever que lhe impõe sua profissão. Caso assim não faça, pode responder pela sua omissão.

Todo o arcabouço legislativo legitima a transfusão de sangue, ainda que sem o consentimento do paciente, em casos de eminente perigo de vida. Para fins criminais, a atuação médica nesses casos estaria resguardada pela autorização normativa

¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. P. 409.

² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 120.

³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. P. 275.

⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. O caso dos pacientes testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007.

prevista no §3º do art. 146 do Código Penal⁵, o que nos faz concluir que o legislador infraconstitucional, seguindo o disposto na Constituição Federal, preferiu o direito à vida. Também a jurisprudência majoritária autoriza a transfusão de sangue nesses casos⁶.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos e havendo prova de iminente perigo de vida, na tentativa de compatibilização entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, deve-se optar pela vida, pois, caso contrário, haverá a supressão do núcleo essencial de tal direito.

⁵ 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: (....)§ 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.

⁶ Apelação cível nº 595000373, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 28/03/1995.