

A Colisão De Direitos Fundamentais Na Recusa A Transfusão Sanguínea Pelas Testemunhas De Jeová

The Collision De Basic Direitos In Recusa the Sanguineous Transfusion For the Witnesses De Jehovah

Tatiely Costa de Andrade¹

Resumo: O presente artigo visa estudar a colisão de direitos fundamentais existente no caso da recusa a transfusão sanguínea feita pelas Testemunhas de Jeová por conta de suas crenças religiosas. Contrárias à negativa desses pacientes estão o direito à vida e a obrigação do médico de tentar salvar a vida dessas pessoas. Assim, resta evidente que essa é uma problemática complexa que envolve diferentes paradigmas e garantias constitucionais. O objetivo desse trabalho é discutir os limites entre o direito à liberdade religiosa e o direito à vida. Será analisado um caso concreto para demonstrar o entendimento jurisprudencial brasileiro acerca da problemática. Por fim, será apresentado o método da ponderação dos interesses e bens jurídicos tutelados como forma de solução para a colisão em questão, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Transfusão sanguínea. Testemunhas de Jeová. Direitos fundamentais. Colisão.

Abstract: This article aims to study the collision of fundamental rights existing in the case of refusal of blood transfusion made by Jehovah's Witnesses because of their religious beliefs. Contrary to the denial of these patients are the right to life and the obligation of the doctor to try to save the lives of these people. Therefore, it remains evident that this is a complex problem involving different paradigms and constitutional guarantees. The purpose of this paper is to discuss the limits between the right to religious freedom and the right to life. A concrete case will be analyzed to demonstrate the Brazilian jurisprudential understanding of the problem. Finally, the method of weighing the interests and legal assets will be presented as a form of solution for the collision in question, since no fundamental right is absolute according to the understanding of the Federal Supreme Court.

Keywords: Blood transfusion. Jehovah's witnesses. Fundamental rights. Collision.

1. Introdução

O presente artigo tem como escopo demonstrar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da recusa dos adeptos da religião “Testemunhas de Jeová” em realizar a hemotransfusão, ou seja, a transfusão de sangue. Nesse norte ainda persiste grande controvérsia e discussão, não só no âmbito jurídico, mas também médico e social.

A hemotransfusão é a transferência de sangue de um hemocomponente (componente do sangue) de um indivíduo (doador) a outro (receptor). Sendo realizadas para aumentar a capacidade do sangue de transportar oxigênio para restaurar o volume sanguíneo no

¹ - Bacharel em Direito

organismo, para melhorar a imunidade ou corrigir distúrbios da coagulação, além de complementar àqueles que perderam relevante quantidade de sangue por algum caso superveniente. Esse procedimento só pode ser autorizado por médico.

A realização ou não da hemotransusão, quando há indicação médica, envolve, nesses casos, um choque entre o direito à vida e à liberdade religiosa, havendo um conflito de direitos constitucionalmente garantidos.

Essa questão abrange fundamentalmente os adeptos da religião Testemunhas de Jeová, que se recusam a receber sangue, de modo que as discussões sobre o tema são bastante recorrentes na sociedade e também nos tribunais brasileiros e afora. Isto se dá, pois em sua exegese dos textos bíblicos está claramente explícita a ordem divina de se abster do sangue, não apenas no sentido de doar, mas também de receber, haja vista o sangue ser um bem da vida.

Esse artigo tem como objetivos conceituar e analisar individualmente cada direito fundamental com fulcro em desenvolver um entendimento jurídico sobre o tema, explicitando os motivos que levaram os adeptos dessa religião a serem contra determinado tratamento médico, apresentar um estudo jurídico acerca do assunto e o método teórico mais adequado para a solução da controvérsia.

A pesquisa a ser realizada nesse trabalho é exploratória, visto que o objetivo é proporcionar mais informações sobre o assunto investigado, facilitando a delimitação do tema, fixando os objetivos e a formulação das hipóteses acerca da questão abordada, mediante pesquisas bibliográficas e estudo de caso.

Quanto à abordagem, essa pesquisa é qualitativa de forma direta, uma vez que a preocupação desta é compreender os fenômenos através de pesquisas, estudando as particularidades do tema em comento.

Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa são contrários ao pressuposto que defende um único modelo de pesquisa para todas as ciências, no entanto as ciências sociais têm suas particularidades, o que pressupõe uma metodologia própria.

Assim, os pesquisadores que utilizam a pesquisa qualitativa recusam o modelo positivista, pois o pesquisador não pode fazer julgamentos, tampouco permitir que seus pensamentos e crenças contaminem a pesquisa.

O método a ser utilizado é o dedutivo, tendo em vista que esse método permite ao pesquisador fazer a pesquisa, partindo do geral ao específico, atentando-se às particularidades do caso em questão. Além de fazer com que o surgimento de um problema motive o

pesquisador a procurar compreender as situações acerca do tema, no qual uma delas será apresentada por meio de um estudo de caso.

Por fim, o procedimento aplicado a este trabalho será o de pesquisa bibliográfica, onde será traçado um paralelo entre todos os pontos abordados, colidindo os dois direitos fundamentais em cheque, apontando suas eficácias e validades no âmbito jurídico e jurisprudencial, observando, é claro, os princípios e os direitos individuais atinentes a cada situação.

2. Direito À Liberdade Religiosa X Direito À Vida

A recusa da transfusão de sangue pelos adeptos da religião Testemunhas de Jeová, quando há uma indicação médica de que este procedimento deve ser feito, é um conflito muito conhecido no mundo jurídico por se tratar de uma colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à liberdade religiosa e o direito à vida.

Tal recusa baseia-se em interpretações bíblicas, nas quais acreditam que a bíblia proíbe tanto a transfusão quanto a doação de sangue, pois este é único de cada pessoa e, portanto, intransponível.

Como esse é um tema que causa uma grande divergência na sociedade, visto que estão pautados numa perspectiva religiosa, ética e moral, acaba impedindo a existência de uma solução única, cabendo mais de uma interpretação juridicamente possível, embora, contrapostas. Uma vez que os argumentos, ainda que contrários, seguem uma lógica essencialmente fundamentada.

Por conta do alto grau de moralidade e das peculiaridades que envolvem esse tema, o mesmo é considerado, pela Filosofia do Direito, um dos chamados desacordos morais razoáveis, sendo denominadas assim matérias polêmicas e complexas, nas quais existe a possibilidade de se admitir soluções divergentes, porém constitucionalmente legítimas, como o caso em questão.

Muito embora a transfusão seja um método frequentemente utilizado pelos médicos, por ter mostrado ser muito eficaz em situações que envolvem grande perda de sangue, esses conflitos acabam sendo muito recorrentes, dividindo opiniões doutrinárias, jurisprudenciais e sociais. Visto que a liberdade de crença está relacionada à autonomia de vontade que cada indivíduo tem e o direito à vida a se manter vivo e a viver de forma digna.

Em consequência disso, surgem diversos problemas jurídicos, como o caso de Luis Gonçalves da Silva Neto, que poucos dias após ter nascido apresentou problemas de

coagulação, sangramento digestivo e anemia, precisando que fosse feita a transfusão de sangue para ser mantido com vida, no entanto, este procedimento foi negado pelos pais.

Parte da doutrina entende que os pais, de acordo com as suas crenças, têm autonomia em escolher qual tratamento pode ou não ser realizado em seus filhos, já a divergência aduz que nessas situações deve ser ampliado o dever de proteger o paciente, apesar da vontade expressa e contrária de seus representantes legais, devendo prevalecer o direito à vida do menor.

Por conta desses conflitos, eis a questão: deve-se prevalecer a liberdade de crença ou o direito à vida, quando ambos são garantidos pela Constituição?

3. A Transfusão De Sangue Nas Testemunhas De Jeová

As Testemunhas de Jeová é uma organização religiosa que possui nome, estrutura e doutrina própria. Possui cerca de 8 milhões de adeptos espalhados em 240 países. Sendo conhecidas pela pregação de seus princípios e dogmas feitos pelos adeptos nos domicílios e em locais públicos.

Procuram basear todas as suas práticas e doutrinas em interpretações bíblicas feitas pela Sociedade Torre de Vigia, que é o grupo de homens responsáveis pelas atividades mundiais das Testemunhas de Jeová, no livro denominado Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas.

Dessa forma, os seguidores desta religião vivem de acordo com os seus preceitos bíblicos e obedecem às leis humanas que não entrem em conflito com as leis divinas. Por conta disso, eles recusam tratamentos médicos que conflitem com a sua religião, como a transfusão de sangue.

Sua recusa é baseada em interpretações da Bíblia, onde eles acreditam que aceitar o sangue é proibido por Deus, conforme o livro Atos 15:20;28-29, Levítico 17:14 e Gênesis 9:4:

20 Mas lhes escrever para que se abstenham de coisas contaminadas por ídolos, de imoralidade sexual, do que foi estrangulado e de sangue.

28 Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: 29 que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês se guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês.

14 Pois a vida de todo tipo de criatura é seu sangue, porque a vida está no sangue. Por isso eu disse aos israelitas: “Não comam o sangue de nenhuma criatura, porque a vida de todas as criaturas é seu sangue. Quem o comer será eliminado”.

4 Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.

Perante o exposto, percebe-se que, para quem segue essa religião, o sangue é um símbolo que significa a própria vida e, por conta disso, não pode ser transfundido, mesmo que não tenha nenhuma previsão expressa sobre a proibição da transfusão na Bíblia.

Devido a isso, é proibida qualquer prática de hemoterapia total e a de qualquer um de seus quatro principais componentes (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasmas) em seus adeptos, pois acreditam que eles mantêm a simbologia bíblica do sangue. Contudo, quanto aos hemoderivados fracionados (ibumina, as imunoglobulinas e os preparados para hemofílicos) cabe ao fiel decidir o que para ele será considerado violação dos mandamentos divinos ou não.

Além disso, o fato de existir um grande risco de contaminação através das transfusões e muitas delas serem desnecessárias, ou seja, realizadas quando podiam ser utilizados métodos alternativos, corrobora com a negativa desses fiéis.

No entanto, a transfusão é um dos métodos mais utilizados pelos médicos, pois eles a consideram um meio fácil e eficaz de melhorar a condição do paciente em situações que envolvam grande perda de sangue. Por isso, acabam sendo contra a recusa, principalmente quando há risco de morte, uma vez que eles fazem o juramento de Hipócrates, considerado o pai da medicina, em que se comprometem a tratar a vida do paciente como primeira preocupação.

Por conta dessa situação, foram criadas as Comissões de Ligações com Hospitais (COLIH), que é dirigida pelo Corpo Governante das Testemunhas de Jeová, com a finalidade de amparar os fiéis em sua escolha de recusar a transfusão e, também, assessorar os médicos e hospitais nesses tratamentos, para que eles possam ser devidamente tratados sem violar seus preceitos bíblicos (CARVALHO e CAMPOS, 2016).

Tais comissões são convocadas pelos anciões congregacionais, quando há alguma situação onde o paciente precise de um médico que coopere com a realização de práticas alternativas à transfusão ou quando houver ameaça a Testemunha de Jeová ser forçada a fazê-la.

De acordo com o Parecer 12/2014 do Conselho Federal de Medicina, o Brasil ainda conta com escassos hospitais realizando tratamentos alternativos, os existentes estão situados nas cidades de São Paulo, Jundiaí e Belo Horizonte, porém tem mais de 4.500 médicos

conhecedores de terapias e técnicas de gerenciamento e conservação do sangue, dispostos a tratar as Testemunhas de Jeová sem hemotransfusão.

Ademais, segundo Lara e Pendloski (2013) é possível preservar a decisão do paciente de forma preventiva por meio de um documento de antecipação de vontade, juridicamente válido por preencher os requisitos do artigo 104 do Código Civil, denominado de “Instruções e Procuração para Tratamentos de Saúde” que delineia as decisões quanto ao tratamento de saúde tomadas previamente pelo paciente, bem como nomeia dois procuradores para tomarem decisões em seu nome, no caso de impossibilidade de manifestar-se. Tendo sido reconhecido por autoridades e tribunais do mundo todo.

Este documento também serve para isentar os médicos de qualquer responsabilidade civil ou penal por não ter forçado a transfusão em um paciente que não a queria. Para dar uma maior credibilidade ao documento, o site oficial das Testemunhas de Jeová (JW.org) recomenda que o mesmo seja renovado anualmente e assinado por testemunhas.

5. Direito À Vida

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura a todos, como direito e garantia fundamental, a inviolabilidade do direito à vida, que, segundo Alexandre de Moraes, é o mais fundamental de todos os direitos, já que é pré-requisito à existência e exercício de todos os outros.

Por isso, deve-se garantir a vida, antes de se garantir qualquer outro direito, afinal é ele que garante a efetividade dos demais previstos na Constituição, seja ele direito à intimidade, à igualdade ou até mesmo à liberdade. Portanto, não seria possível salvaguardar qualquer outro direito, sem a existência da vida.

É importante salientar que o enquadramento jurídico deste direito se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ou seja, com o início da gravidez. Sendo o embrião considerado como um ser individualizado, que não pode ser confundido com o pai ou com a mãe, mas como uma vida autônoma que tem assegurado o seu direito à vida.

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 6º, III, diz que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei e ninguém poderá ser, arbitrariamente, privado de sua vida”. Logo, a vida é indisponível, ninguém pode dela dispor, mesmo em nome de qualquer outro direito, uma vez que todos têm direito à vida e não sobre a vida.

Visando isto, o Código de Ética Médica, em seu artigo 22, diz ser vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal, salvo em caso de risco iminente de morte.

Dessa forma, o médico deve observar duas circunstâncias. Sendo a primeira delas quando não houver iminente perigo de vida, onde deverá ser respeitada a vontade do paciente ou de seus responsáveis, devendo o médico buscar meios de trata-lo mediante procedimentos alternativos que não violem sua liberdade religiosa. A segunda é quando houver risco de morte, no qual o médico deve salvar a vida do paciente, independentemente do consentimento dele ou dos seus responsáveis.

Portanto, quando estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou quando o paciente for menor de idade, deve a vida ser priorizada, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque, a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida (LENZA, 2017).

Então, mesmo havendo a recusa, se houver o risco do paciente perder a sua vida e a transfusão for o único recurso viável que pode salvá-lo, o médico deve garantir seu direito à vida, mesmo que fira a sua liberdade de crença, pois, como visto anteriormente, não se tem liberdade sem ter vida.

Neste seguimento, dispõe Maria Helena Diniz que:

Como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser a escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida.

No entanto, embora a vida seja considerada como a mais indisponível, nenhum dos direitos e garantias fundamentais tem caráter absoluto, podendo ser restringido a depender da situação, conforme o julgamento do Mandado de Segurança 23.452 de relatoria do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar

a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A legislação e a jurisprudência brasileira têm admitido algumas formas de restrição do direito à vida, como é o caso do aborto por gravidez resultante de estupro ou por anencefalia, a legítima defesa, a possibilidade de pena de morte nos casos de guerra, tornando esse direito não absoluto.

Ocorre que admitir estes casos em que há prevalência de outra garantia em detrimento da vida não significa igualar de plano as posições subjetivas do direito à vida as de todo e qualquer direito fundamental, pois o direito a vida é especial, o bem por ele protegido é diferenciado e, por isso, precisa de muito zelo. (PEDRINI e SILVA, 2015).

Assim, surgiu uma posição intermediária a fim de amparar as situações envolvendo a negativa à hemotransfusão, posicionando-se no sentido de que a vida deve ser salvaguardada em casos extremos, onde a transfusão seja o único recurso capaz de salvar a vida da Testemunha de Jeová e que tenham sido exauridos todos os meios alternativos para preservar a vida do paciente.

Vale ressaltar que a vida está intimamente relacionada à dignidade da pessoa humana, que é considerada um dos fundamentos do Estado no artigo 1º da Constituição, uma vez que o ser humano não tem apenas o direito à vida, mas também o direito a uma vida digna. Assim, denegar ao indivíduo um direito inerente a ele poderá desrespeitar ou, até mesmo, negar-lhe a sua dignidade. No entanto, a dignidade da pessoa humana também implica na proteção do direito à vida, em defendê-la com todos os meios que estiverem à sua disposição.

6. Direito À Liberdade De Consciência E Crença Religiosa

Para Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo encontrada na razão prática, ou seja, na vontade. Portanto, seria a capacidade do indivíduo de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão. Cabendo a ele traçar seus próprios caminhos e fazer suas próprias escolhas, sem qualquer intervenção estatal, religiosa e afins, que restrinja sua autonomia de vontade. Levando em consideração essa autonomia, a Constituição em seu artigo 5º, inciso VI, consagra a inviolabilidade do direito à liberdade de consciência e de crença religiosa.

A liberdade de consciência está relacionada à capacidade que o indivíduo tem de elaborar juízos, ideias e opiniões sobre si mesmo e o mundo ao seu redor. É a garantia

constitucional que o ser humano tem de que o Estado não pode interferir na esfera do seu pensamento, impondo qualquer tipo de concepção.

De acordo com Mello Filho, a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular.

Já a liberdade à crença religiosa está ligada à prerrogativa que cada pessoa tem de acreditar ou não em alguma divindade, podendo escolher livremente e professar sua fé sem qualquer interferência pública ou privada. Por conta disso, o Estado não pode adotar, incentivar ou promover qualquer religião, tendo que ser laico, ou seja, manter a imparcialidade em assuntos religiosos.

Dessa forma, o Estado não pode impor condições ao exercício dessa liberdade, pois se impuser, apesar de conceder constitucionalmente este direito, não haverá realmente uma liberdade.

Do mesmo modo, a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo XVIII dispõe que:

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

Assim, se uma pessoa adere a uma religião, tem o direito de seguir os dogmas dela, inclusive de não fazer a transfusão de sangue, se isso for contra seus preceitos religiosos, cabendo ao paciente decidir o que melhor lhe couber, independentemente de correr risco iminente de morte, pois, como visto anteriormente, a Constituição garante a todos a sua liberdade de consciência.

Além da Constituição, o Código Civil de 2002 em seu artigo 15 estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Portanto, o paciente deve ter autonomia de vontade sobre os tratamentos que lhe serão ministrados. Podendo recusar um tratamento que fira sua liberdade de crença.

Neste sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves que a regra desse artigo 15 obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano.

A recomendação do CFM 01/2016 afirma que os cuidados devem ser redobrados para que a solução deste conflito seja a menos problemática possível, ressaltando que a recusa deve ser respeitada e que deve ser considerada a busca por alternativas terapêuticas. Visando o respeito à autonomia do paciente, que é um princípio defendido atualmente pelo Comitê de Bioética (UNESCO).

Além dessa recomendação, em 2005 foi adotada pelo Brasil a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que deu uma nova visão para a bioética no século XXI, inclusive em relação a liberdades fundamentais, como o caso em questão, estabelecendo que:

Artigo 3

- a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade.
- b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Artigo 5

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais.

Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Esta declaração deu um maior enfoque a autonomia do indivíduo, dando-o prioridade para tomar suas próprias decisões, o que está inteiramente relacionado ao direito de exercer a sua liberdade de consciência.

No caso em questão, seria a autonomia de recusar a transfusão por violar seus preceitos religiosos, sem que o Estado possa obriga-lo a fazê-la, pois ao obrigar ele não estaria garantindo a liberdade, mas privando o indivíduo dela.

Para Thaiana Cirqueira Gonçalves, quando há um conflito que envolva o direito à vida e o direito à liberdade, quem deve escolher o que irá prevalecer é o próprio titular desses direitos, apesar de que manter a liberdade pode acarretar um grave risco de morte e, por mais paradoxal que seja para alguns preferir a morte à perda da liberdade, deve ser respeitada a escolha.

Ademais, nos casos específicos das Testemunhas de Jeová, a jurisprudência internacional tem entendido que deve ser respeitada a vontade do paciente, independente dos riscos dela decorrentes.

No entanto, embora os adeptos a Testemunha de Jeová recusem esse tratamento, isso não quer dizer que eles têm o desejo de morrer, é justamente o contrário, pois eles buscam

tratamentos alternativos eficazes que preservem a sua saúde e também a sua vida sem ferir o seu direito à liberdade religiosa. Defendem que a evolução da medicina já proporciona tais tratamentos e que estes não ferem a sua religião, pois não fazem o uso do sangue em si e tampouco de seus derivados.

Argumentam também que a escolha pertence ao paciente e não ao Estado, assegura o direito à dignidade da pessoa humana, pois os médicos irem contra a sua vontade é uma afronta à liberdade de crença e suas convicções religiosas, o que lhe tiraria sua dignidade e também violaria seu direito à vida, uma vez que o direito à vida não está relacionado apenas a existir, mas também a existir com dignidade.

7. A Transfusão De Sangue Em Menores

Muito se discute na área jurídica a questão de pais adeptos a religião Testemunhas de Jeová recusarem a transfusão sanguínea em seus filhos menores de idade. Uma vez que os pais possuem poder familiar sobre os filhos e podem tomar essas decisões por eles, já que estes são considerados incapazes por não possuírem completa formação física e mental para tomar uma decisão desse porte, sem observar as devidas consequências.

Assim, cabe aos pais decidirem quais tratamentos médicos podem ou não serem realizados em seus filhos, podendo inclusive recusar a transfusão por esta ser contrária a sua fé, preferindo tratamentos isentos de sangue. No entanto, existem duas situações referentes ao menor que devem ser levadas em consideração, quais sejam: quando houver risco iminente de morte e quando não houver.

Havendo a possibilidade de o tratamento ser feito por meios alternativos, que não violem o direito a liberdade de crença da família, não há porque os mesmos não serem realizados. Devendo o médico priorizar esses tratamentos, para assim assegurar os benefícios dos pacientes impúberes, sem desrespeitar o direito a fé de seus progenitores.

De acordo com Azevedo (2010), a escolha do tipo de tratamento médico que o filho receberá é um direito legítimo e integrante das características do direito familiar. Embora os filhos sejam o foco principal de atenção e proteção, o poder familiar deve ser exercido nos interesses da família, o que inclui pais e filhos. Argumenta também que o exercício deste direito faz parte do desenvolvimento da personalidade dos pais, sendo uma manifestação da dignidade da pessoa humana e, por isso, merece ser resguardada.

Entretanto, quando são feitos tratamentos alternativos e estes restam infrutíferos ou até mesmo quando não houver outra alternativa de tratamento, sendo a transfusão, em ambos

os casos, a única solução para que a criança permaneça viva e os pais recusem esse procedimento, grande parte da doutrina e da jurisprudência têm defendido que o direito à vida do menor deve ser priorizado em relação ao direito a crença dos pais.

Por conta disso, nesses casos, o hospital geralmente recorre ao judiciário mediante uma ação de tutela antecipada explicando a urgência e necessidade do procedimento, para que este possa ser realizado mesmo contra a vontade dos pais.

Em defesa, as Testemunhas de Jeová solicitam a aplicação da teoria do menor amadurecido, que é aquele adolescente dotado de capacidade para tomar decisões acerca de intervenções médicas, que consegue entender a natureza e as consequências do tratamento proposto, podendo exercer seu direito de escolha de forma livre e voluntária, inclusive o da prevalência da liberdade de crença religiosa, garantido no artigo 16 do ECA.

Deixar prevalecer a vontade dos pais Testemunhas de Jeová em situações que a vida do menor está em risco, pode ser considerado como um abuso do direito à liberdade de crença religiosa, pois deve ser levado em conta que a vida em questão é a de um menor que não tem capacidade ainda de decidir a qual grupo religioso deverá aderir e que ainda não definiu seus valores como ser humano. Mesmo nos casos dos menores amadurecidos é questionável a magnitude da responsabilidade de tal decisão, pois, embora tenham certo grau de entendimento, podem não compreender realmente a dimensão de suas decisões.

Na 3ª Vara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a juíza Mônica Di Stasi Gantus Encinas no julgamento de uma tutela antecipada estabeleceu que:

A questão que se põe não é o confronto entre o direito e o respeito à livre convicção religiosa e o direito à vida. Conquanto óbvio que o primeiro deva ser respeitado, entendo que tal regra deve ser excepcionada quando ele se coloca em confronto com segundo, de primazia absoluta: se não há vida, não há motivo para a garantia de qualquer outro direito. Ainda mais quando se trata de paciente menor de idade, incapaz de expressar sua própria vontade: neste caso, salvo melhor juízo, não é dado aos pais escolher entre a vida e a morte de terceiro.

Em casos mais extremos, pode até mesmo ser ajuizada uma ação de suspensão do poder familiar por violação de dever inerente ao poder familiar qual seja: o de zelar pela vida e saúde dos seus filhos, visto que os pais têm a obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado (art. 129, VI do ECA).

Nesse contexto, Andréa Rodrigues Amin destaca que se um adolescente estiver à beira da morte, deve-se buscar, minimamente, assegurar os recursos para tentar mantê-lo vivo ou, se inevitável a morte precoce, que, ao menos, seja digna com tratamento e apoio.

Dessa forma, é considerado inaceitável que os pais, valendo-se do poder familiar, possam decidir que o filho abdique de sua vida por causa de convicções religiosas. Não havendo porque permitir que a vontade dos pais esteja acima dos direitos fundamentais do menor.

8. Caso De Luis Gonçalves Da Silva Neto

Em 14 de abril de 2018 nasceu Luis Gonçalves da Silva Neto na Irmandade da Santa Casa e Misericórdia em São José do Rio Preto/SP, por não apresentar nenhum problema de saúde, ele recebeu alta no dia 17 de abril.

No dia seguinte, retornou ao hospital para fazer o teste do pezinho, quando os médicos constataram que o recém-nascido estava desidratado e hipoativo. Devido a isso, a criança foi internada, mas seu quadro se agravou e ela foi levada para a UTI, onde apresentou problemas de coagulação, sangramento digestivo e anemia.

A equipe médica informou aos pais que a única solução viável para estabilizar o quadro clínico do bebê, seria a realização da transfusão de sangue. No entanto, esta foi recusada pelos pais por seguirem a religião Testemunhas de Jeová, que, não aceita esse procedimento.

A mãe, inclusive, redigiu uma carta² dizendo que tinha sido orientada pela equipe médica da UTI que, embora seu filho tivesse sido medicado com eritropoetina, noripurum e transamin (remédios para combater a anemia e o sangramento), a situação dele não havia mudado e que deveria ser feita a transfusão, que estava ciente que o bebê corria risco de morte e que, mesmo sabendo dos riscos e da gravidade, não autorizava a transfusão.

Como visto anteriormente, os pais detêm o poder familiar em relação ao seu filho, podendo escolher qual tipo de tratamento pode ou não ser usado no mesmo. Devido a sua recusa, os médicos optaram por tratar a saúde do bebê por meios alternativos, usando medicações para combater os problemas apresentados. No entanto, esse meio utilizado não apresentou mudanças no quadro clínico, tornando necessária a transfusão para mantê-lo vivo.

Nesse caso, entrou em conflito o direito à vida do recém-nascido e o direito a liberdade religiosa dos pais. Todavia, a efetivação do direito à vida e à saúde, no que se refere

² Notícia veiculada no site <https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/justica-autoriza-transfusao-de-sangue-a-crianca-de-familia-testemunha-de-jeova.ghtml>. Acessado em 02/05/2018.

a crianças e adolescentes, não é dever apenas dos pais, mas também da sociedade em geral e do poder público com absoluta prioridade, conforme o artigo 4 do ECA.

Por conta disso, o hospital, com fundamento no artigo 212 do ECA que admite todas as espécies de ações pertinentes para defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes, entrou com uma ação de Tutela Antecipada para conseguir a autorização por meios judiciais, tendo em vista a gravidade do estado de saúde do recém-nascido e o interesse de garantir o seu direito à vida.

No pedido, o advogado do hospital explicou a gravidade da situação e que haviam sido feitos tratamentos alternativos, mas que estes não surtiram efeitos, o que ocasionou na indispensabilidade da transfusão e que a mesma deveria ser feita em caráter de urgência, pois a criança corria perigo de vida.

Em 24 de abril de 2018, o juiz Lavínio Donizetti Paschoalão da 1ª Vara Cível de São José do Rio Preto, deferiu o pedido de antecipação de tutela, alegando que o direito à vida deve ser tutelado em primeiro lugar pelo Estado, dada a ordem de grandeza que envolve um e outro direito.

Com o amparo legal, os médicos realizaram o procedimento no mesmo dia e, logo após, o quadro de saúde do bebê foi considerado estável, mas teve que continuar na UTI Neonatal sem previsão de alta.

Dessa forma, restou evidenciado que, embora os pais tenham poder familiar, eles não podem decidir que seus filhos abdicuem de suas vidas pelo procedimento ser contrário a sua fé, mas sim que sejam feitos todos os tratamentos possíveis para mantê-lo com vida, mesmo que viole o direito a liberdade religiosa dos pais. Uma vez que, embora os filhos também tenham o seu próprio direito a crença, um recém-nascido, ainda não possui discernimento para exercê-lo e perca sua vida por conta disso.

9. Ponderação Na Colisão Entre Direitos Fundamentais

Primeiramente, cabe destacar a diferença entre conflito e colisão entre direitos fundamentais. Ocorre o conflito quando duas regras estão em desacordo, sendo que regras possuem caráter definitivo, ou seja, tem em seu bojo pré-determinado um fazer ou não fazer, é invariável.

Em função dessa rigidez das regras, para solucionar este conflito, deverá haver uma perfeita subsunção ao caso concreto. Então, quando há tais conflitos, estes só podem ser

solucionados se uma delas for declarada inválida ou se for introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, assim onde uma vale, a outra não valerá.

Já a colisão ocorre entre princípios, que são mandamentos de otimização, tendo aplicação *prima facie* ao caso concreto, que significa dizer que um princípio deve ser aplicado na máxima medida possível. Devido a isso, a colisão deverá ser solucionada pelo julgador, acerca de qual princípio deverá ceder de acordo com o caso concreto (ALEXY, 2008).

Para Dworkin a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Assim, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, não contribuindo em nada para a decisão. Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um para a solução do caso.

Leciona Vale que o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios. Dessa forma, o que poderá ocorrer é a colisão entre direitos fundamentais e não um conflito.

Quando ocorrer essa colisão, caberá ao aplicador da lei fazer uso do método da preponderância e, através da razoabilidade, ponderar os interesses e os bens jurídicos tutelados a fim de fornecer a melhor solução para o caso. Como, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nenhum direito fundamental é absoluto, o mesmo poderá ser relativizado de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido, a ADI 3.540 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Celso de Mello afirmou que:

A superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...], a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Assim, numa colisão entre direitos fundamentais tem que ser feito um exame de preponderância entre os direitos colidentes. Após esse exame de preponderância, um dos direitos deve ser considerado “mais importante” à luz daquela situação fática em detrimento do outro.

No entanto, isso não significa dizer que o outro direito se tornou inválido, apenas que, diante de certas circunstâncias, um terá precedência em relação ao outro. Sendo importante salientar que um direito fundamental não pode sofrer um esvaziamento completo, ou seja, ser totalmente desconsiderado.

Dessa forma, vê-se que a ponderação é a melhor maneira de se resolver essas colisões, onde devem ser analisadas todas as nuances do caso concreto e, assim, decidir qual direito deverá prevalecer.

10. Considerações Finais

A hemotransfusão é uma problemática complexa em que ainda persiste uma controvérsia muito grande na sociedade e no mundo jurídico. É cediço que o tema transcende às questões de direitos fundamentais envolvendo diversos paradigmas éticos e morais.

De um lado tem-se o direito à vida, do qual ninguém pode dispor, e do outro o direito à liberdade de consciência e crença religiosa, que não pode ser violado pelo Estado. No entanto, no caso em questão, um desses direitos terá que ser limitado, cerceado ou restrito devido à colisão com outro direito fundamental.

É incontestável que ambas as garantias estão previstas na Constituição Federal de 1988, devido a isso a preferência por um em detrimento do outro não é tão simples, mas tem que ser enfrentada, não só pelo judiciário, mas por toda a sociedade, pelos diversos meios existentes de discussão, audiências públicas, panfletagem e até mesmo as redes sociais.

Com a realização desse trabalho, pôde-se verificar que grande parte da jurisprudência tem sido favorável a realização da transfusão, mesmo diante da negativa expressa do paciente, baseando seu entendimento na primazia do direito à vida.

As doutrinas tem se mostrado dividida a respeito do tema. Algumas defendem a indisponibilidade do direito à vida, que deve preponderar frente a qualquer outro direito, visto que sem a garantia deste não se tem como garantir todos os demais direitos. Já outras acreditam que o paciente capaz deve ter sua autonomia e liberdade garantidas, cabendo ao

médico respeitar suas crenças sem impor a transfusão, que sendo realizada violaria não só a autonomia de vontade do paciente, mas também a dignidade da pessoa humana.

Se no caso do maior capaz já se tem uma grande controvérsia, quando se trata de um menor, por conseguinte incapaz, as coisas se tornam mais delicadas, pois aqui há também a questão do poder familiar previsto no Código Civil. Nesses casos os pais recusam a transfusão devido a aquilo que creem, porém não é dever só dos pais cuidar e garantir os direitos inerentes às crianças e adolescentes, também cabe ao Estado e a sociedade em geral de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conta disso, quando a questão envolve um menor correndo risco de vida, onde a transfusão seria a única solução possível, mas os pais a recusam, normalmente o corpo médico entra com uma ação judicial com o objetivo de conseguir uma medida de urgência para que possa ser feito o tratamento médico. Nessas situações tanto as jurisprudências quanto as doutrinas são majoritárias no sentido de que a vida do incapaz deve ser assegurada acima de qualquer outro direito.

O Supremo Tribunal Federal entende que nenhum direito fundamental é absoluto, já que pelo princípio da razoabilidade pode-se ponderar um direito frente a outro. Contudo, vale ressaltar que no tocante ao direito de consciência de crença religiosa ou de qualquer outro pensamento, pode-se considerá-lo como absoluto, já que não se é possível controlar o que o ser humano pensa. Assim, a liberdade para pensar é absoluta, não obstante, o direito de praticá-lo pode vir a ter o controle estatal, dependendo do caso concreto.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

AMIN, A. R.. et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue**. Parecer Jurídico. 2010.

BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Código de Ética Médica. 2009. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer 12/2014. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2014/12>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Recomendação 01/2016. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: 3.540. Relatoria do Ministro Celso de Mello, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança: 23.452. Relatoria do Ministro Celso de Mello, 2000.

CARVALHO, Marcos Cesar de; CAMPOS, Tiago Rodrigues. **O estigma religioso imposto às Testemunhas Jeová no Brasil em face da não aceitação da transfusão de sangue.** Revista Universitas Jus. Vol. 27, n. 3, 2016. ISSN: 1982-8268.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

FILHO, José Celso Mello. Constituição Federal anotada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Parte Geral.** Vol. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Thaiana Cirqueira. **Paradoxal relação da vida versus morte e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Jul/set, 2017. ISSN: 2358-1824.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LARA, Graziela Formaggi; PENDLOSKI, Josyara. **Os Enfermeiros diante do dilema ético: Transusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová.** Revista Uningá. Vol 16. 2013. ISSN: 2178-2571.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2018.

ONU. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 29 de maio de 2018.

PEDRINI, Tainá Fernanda; SILVA, Pollyanna Maria da. **Aspectos Jurídicos-Penais da Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová**. RCJ – Revista Culturas Jurídicas. Vol. 2, n. 4. 2015. ISSN: 2359-5744.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo: 0013577-27.2016.8.26.0635, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo: 1017091-80.2018.8.26.0576, 2018.

UNESCO. Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/publicacoes/biblia/nwt/livros/>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

_____. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/recebe-nascido-de-familia-testemunha-de-jeova-que-passou-por-transfusao-de-sangue-segure-na-uti.ghtml>>. Acesso em 29 de maio de 2018.

Bibliografia Consultada

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.