



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 627/2018 – SFConst/PGR
Sistema Único n.º 281438/2019

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.
IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRANSFUSÃO DE
SANGUE CONTRA A VONTADE DOS PACIENTES MAIORES E
CAPAZES. DIREITO À VIDA DIGNA. DIREITO À LIBERDADE
DE CRENÇA.**

A **Procuradora-Geral da República**, com fundamento no art. 102, §1º da Constituição da República, no art. 6º, III da Lei Complementar n.º 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e na Lei n.º 9.882/1999, propõe

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL,

com pedido de medida cautelar, contra o art. 146, §3º, I do Código Penal; o item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, do Conselho Federal de Medicina – CFM; os arts. 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018 (Código de Ética Médica); bem como contra o art. 3º da Resolução CREMERJ 136/1999, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro.

Esta petição se acompanha de cópia dos atos impugnados (na forma do art. 3º, parágrafo único da Lei n.º 9.882/1999) e de peças relevantes do Procedimento Administrativo 1.00.000.003302/2018-11.

I - OBJETO DA AÇÃO

Eis o teor dos dispositivos, objeto desta ação:

CÓDIGO PENAL

Constrangimento ilegal

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.

Aumento de pena

§1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§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;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

RESOLUÇÃO CFM 1.021/1980

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (...)

RESOLVE:

Adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida.

PARECER PROC. CFM 21/1980

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

1 – A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.

Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.

Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no artigo 32, letra “F”, do Código de Ética Médica:

“Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar”.

2 – O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.

Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la.

O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código.

No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:

“Artigo 1º – A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa...”

“Artigo 30 – O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional”.

“Artigo 19 – O médico, salvo o caso de 'iminente perigo de vida', não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal”.

Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu artigo 153, Parágrafo 2º, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu artigo 146 preconiza:

“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

Contudo, o próprio Código Penal no parágrafo 3º desse mesmo artigo 146, declara:

“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”.

A recusa do paciente em receber a transfusão sanguínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3º do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: “a coação exercida para impedir o suicídio”.

CONCLUSÃO

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

RESOLUÇÃO CFM 2.217/2018
(CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA)

Capítulo IV
DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

(...)

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

RESOLUÇÃO CREMERJ 136/1999

O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (...)

RESOLVE:

Art. 1º O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance.

Art. 2º O médico, sentindo a impossibilidade de prosseguir o tratamento na forma desejada pelo paciente, poderá, nos termos do Parágrafo Primeiro, do artigo 61, do Código de Ética Médica, renunciar ao atendimento.

§1º Antes de renunciar ao atendimento, o médico comunicará o fato ao paciente, ou a seu representante legal, certificando-se do seu encaminhamento a outro profissional e assegurando, ainda, o fornecimento de todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§2º A responsabilidade ético-profissional do médico somente cessará quando do recebimento do paciente pelo médico substituto, devendo, até então, fazer uso de todos os recursos ao seu alcance para manutenção do paciente.

§3º Na impossibilidade de se efetivar a transferência da responsabilidade ético-profissional, por quaisquer motivos, a orientação do tratamento caberá ao médico que estiver assistindo o paciente.

Art. 3º O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário, especialmente o Parecer CREMERJ n. 25/94.

Dos dispositivos grifados há de ser excluída a interpretação de que os médicos devem realizar a transfusão de sangue *mesmo contra* a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, dada a prevalência nestes casos do disposto nos arts. 1º, III e art. 5º, *caput*, VI a VIII da Constituição Federal.

II – NOTAS INTRODUTÓRIAS

As informações deste tópico foram retiradas da representação apresentada pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Rio de Janeiro à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que deu origem ao Procedimento Administrativo 1.00.000.003302/2018-11.

As Testemunhas de Jeová formam uma comunidade religiosa cristã, iniciada no século XIX por estudiosos da Bíblia. Segundo a interpretação que as Testemunhas de Jeová fazem da Bíblia, Deus permite o consumo da carne de animais, mas impõe a abstenção do respectivo sangue, que representa a alma e a vida. Seus membros são conhecidos pelo persistente proselitismo religioso, pela não intervenção em atividades políticas e militares e, mais especificamente, pela recusa a transfusões de sangue.

Individualmente, o consumo de sangue faz a Testemunha de Jeová se sentir impura e indigna do reino de Deus. Coletivamente, até o ano 2000, gerava a exclusão do membro da comunidade, perdendo a condição de “irmão” e, conseqüentemente, o convívio social. Desde então, porém, a comunidade passou a não mais excluir o membro que aceita a transfusão de sangue, deixando a cargo da Testemunha de Jeová a sua autoexclusão, segundo a sua própria consciência. O grupo começou a aceitar, ainda, que o membro decida pelo recebimento de elementos secundários do sangue, transmitidos da mãe para o filho na gestação, como, por exemplo, a albumina, as globulinas, as interleucinas e o interferão.

A recusa à transfusão de sangue não significa desejo de morte ou desprezo pela saúde e pela vida. A Testemunha de Jeová encara a vida como uma dádiva de Deus e não hesita em procurar assistência médica quando necessário. Defende e incentiva a existência e o desenvolvimento de métodos alternativos à transfusão de sangue, mas, na sua impossibilidade, prefere se resignar à possibilidade eventual de morte do que a violar suas convicções religiosas.

III - CABIMENTO DA ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato comissivo ou omissivo do Poder Público, quando não houver outro meio apto a saná-la (princípio da subsidiariedade). Segundo a Lei n.º 9.882/1999, cabe também a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, I).

Embora a Constituição e a Lei n.º 9.882/1999 não definam o que se entende por preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal já assentou a “*qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos 'princípios sensíveis' (art. 34, VII)*” (ADPF 388, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 1º.8.2016).

Nesta ADPF, aponta-se lesão à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição) e aos direitos à vida (art. 5º, *caput* da Constituição) e à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI a VIII da Constituição) por meio de decisões judiciais, por atos do Conselho Federal de Medicina e por atos de instituições de saúde que negam às Testemunhas de Jeová o direito de recusar a transfusão de sangue na hipótese de risco iminente de morte.

Tratando-se de controle abstrato de norma anterior à Constituição (Decreto-Lei n.º 2.848/1940 – Código Penal) e, considerando a relevância do fundamento da controvérsia constitucional (direito à vida digna e à liberdade de consciência e de crença), a ADPF é o instrumento adequado para que o Supremo Tribunal Federal resolva definitivamente a questão e confira segurança jurídica à comunidade médica e aos adeptos da comunidade religiosa Testemunhas de Jeová.

IV – A INSEGURANÇA JURÍDICA DO TEMA

A insegurança jurídica que se busca resolver tem origem na Resolução CFM 1.021/1980 que, conferindo “*interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida*”, estabeleceu o dever do médico de realizar a transfusão de sangue, “*apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la*”. A resolução parte de premissas como as de que a medicina tem por fim cuidar da saúde do homem sem preocupações de ordem religiosa (art. 1.º do então vigente Código de Ética Médica), de que a recusa do paciente em receber a transfusão de sangue pode ser encarada como suicídio e de que as excludentes do art. 146, §3º, I e II do CP permitem a realização de procedimento médico mesmo contra a vontade do paciente, em caso de iminente perigo de morte. Apoiados nessa resolução ou em premissas semelhantes, alguns doutrinadores defendem que os médicos devem realizar a transfusão de sangue, mesmo contra a vontade expressa do paciente, tendo em vista a prevalência do direito à vida. A propósito, defende Flávio Tartuce:

No segundo exemplo surge um *hard case*, um caso de difícil solução, tipicamente brasileiro. No mesmo exemplo antes exposto, se o paciente sob risco de morte, por convicções religiosas, negar-se à intervenção cirúrgica, mesmo assim deve o médico efetuar a operação? Com todo o respeito em relação ao posicionamento em contrário, entendemos que, **em casos de emergência, deverá ocorrer a intervenção cirúrgica, eis que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade, particularmente quanto àquele relacionado com a opção religiosa. Em síntese, fazendo uma ponderação entre direitos fundamentais – direito à vida X direito à liberdade ou opção religiosa –, o primeiro deverá prevalecer.** O Tribunal de Justiça de São Paulo tem seguido o posicionamento aqui defendido, afastando eventual direito à indenização do paciente que, mesmo contra a sua vontade, recebeu a transfusão de sangue: (...).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser extraída decisão no mesmo sentido, dispensando até a necessidade de autorização judicial para a cirurgia, em casos de risco à vida do paciente. Na verdade, o julgado reconhece que sequer há interesse de agir do hospital em casos tais: (...).

Não há discordar das duas decisões aqui transcritas, que traduzem o entendimento majoritário da jurisprudência e do senso comum jurídico. Por oportuno, esclareça-se, que há corrente de respeito que entende pela prevalência da vontade do paciente. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que “intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma ‘crença’, apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. (...) A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro”.

Também adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário (Enunciado n. 403): (...).

Com o devido respeito, não se filia ao entendimento adotado pelo enunciado doutrinário, pois **as convicções religiosas manifestadas pela autonomia privada não podem prevalecer sobre a vida e a integridade física.** (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2015) (grifei)

Rogério Greco ensina, por sua vez, que, não sendo possível tratamento alternativo, o médico deve realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade do paciente, dada a sua condição de garantidor:

11. 3. Testemunhas de Jeová

A seita Testemunhas de Jeová foi fundada, em 1872, por Charles Taze Russel e tem como um de seus dogmas não aceitar a transfusão de sangue, sob o argumento, *permissa venia*, equivocado, de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus.

O que fazer diante de uma situação em que um adepto da seita das Testemunhas de Jeová, depois de ferir-se gravemente em um acidente de trânsito, necessitando realizar uma transfusão de sangue, recusa-se a fazê-lo sob o argumento de que prefere morrer a ser contaminado com o sangue de outra pessoa, que passará a correr em suas veias?

Imagine-se a situação em que, sem a transfusão de sangue, a morte da vítima seja certa. Dessa forma, temos de observar os seguintes detalhes:

- a) o próprio agente, maior e capaz, recusa-se terminantemente a receber o sangue;
- b) seus pais, dada a falta de consciência do paciente, não permitem a transfusão;

c) a responsabilidade do médico diante dessa hipótese.

Entendemos que, no caso de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo a vítima maior e capaz, tal comportamento deverá ser encarado como uma tentativa de suicídio, podendo o médico intervir, inclusive sem o seu consentimento, uma vez que atuaria amparado pelo inciso I do §3º do art. 146 do Código Penal, que diz não se configurar constrangimento ilegal a "intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".

Os pais daquele que não possui capacidade para consentir são, conforme determina o §2º do art. 13 do Código Penal, considerados garantidores, tendo de levar a efeito tudo o que esteja ao alcance deles, a fim de evitar a produção do resultado lesivo. **Se o paciente, por exemplo, necessitava de transfusão de sangue, sob risco iminente de morte, também poderá o médico, deixando de lado a orientação dos pais que seguem a seita das Testemunhas de Jeová, realizar a transfusão de sangue, com fundamento no mencionado parágrafo do art. 146 do Código Penal.**

Agora, o que fazer com os pais que não autorizam a necessária transfusão de sangue, retirando até mesmo seu filho do hospital, o qual, em razão disso, vem a falecer? Embora a Constituição Federal, no inciso VI do seu art. 5º, diga ser 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 as suas liturgias, entendemos que, nesse caso, **deverão os pais responder pelo delito de homicídio, uma vez que gozam do status de garantidores, não podendo erigir em seu benefício a dirimente relativa à inexigibilidade de conduta diversa.**

Se permitíssemos esse raciocínio, outras seitas que apregoam o sacrifício de seres humanos, até mesmo mediante sua vontade expressa nesse sentido, também agiriam acobertadas por essa excludente da culpabilidade. **No que diz respeito à posição ocupada pelo médico, também acreditamos que, enquanto o paciente estiver sob os seus cuidados, deverá levar a efeito todos os procedimentos que estejam ao seu alcance, aí incluída a transfusão de sangue, no sentido de salvá-lo, pois que também é considerado garantidor.**

(GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2015, p. 209-210) (grifei)

No sentido de que a vida deve prevalecer sobre convicções religiosas, podem ser citadas algumas decisões judiciais mais remotas:

CAUTELAR. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, 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 DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS. IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL 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 TRANSFUÇÃO 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, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICAVA TAL URGÊNCIA. **O DIREITO À VIDA ANTECEDE O DIREITO À LIBERDADE, AQUI INCLUÍDA A LIBERDADE DE RELIGIÃO;** É FALÁCIA ARGUMENTAR COM OS QUE MORREM PELA LIBERDADE POIS, AÍ 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 PRECISAM SE SOBREPOR AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS; SOB PENA DE SE HOMOLOGAREM AS MAIORES BRUTALIDADES; ENTRE ELAS 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.
(TJRS, AC 595000373, Relator Desembargador SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA. Julgado em 28.3.1995) (grifei)

Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido.
(TJSP, AC 132.720.4/9, Relator Desembargador BORIS KAUFFMANN. DJ 24.7.2003)

Em parecer datado de 5.4.2010, o agora Ministro Roberto Barroso lembrou que por muitos anos prevaleceu na medicina a “ética hipocrática”, fundada no princípio da beneficência, que legitimava a intervenção do médico para restaurar a saúde ou prolongar a vida do paciente, sem a sua anuência ou mesmo contra a sua vontade. Ressaltou que, com o tempo, porém, esse paradigma, conhecido como *paternalismo médico*, cedeu aos princípios da autonomia do paciente e do consentimento informado, que consagram o direito do paciente de anuir ou não com o exame ou tratamento sugerido pelo médico (p. 4-5 do parecer jurídico anexado à representação).

Corroborando a afirmativa o fato de que o atual Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM 2.217/2018, prestigia o consentimento do paciente, estabelecendo ser vedado ao médico “*deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo*” (art. 24).

Diante desse contexto, decisões judiciais mais recentes começaram a reconhecer o direito do paciente de recusar a transfusão de sangue e de optar por tratamento médico compatível com suas crenças religiosas.

Em 2011, o Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado 403 na V Jornada de Direito Civil, conferindo ao art. 15 do CC a interpretação de que o direito à inviolabilidade de consciência e de crença aplica-se à pessoa capaz que recusa tratamento médico (inclusive a transfusão de sangue), desde que a oposição diga respeito exclusivamente a ela.

O próprio Conselho Federal de Medicina, embora ainda não tenha revogado a Resolução CFM 1.021/1980, vem sinalizando uma alteração na postura quanto à recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue. O Parecer CFM 12/2014 (anexo), de relatoria do Conselheiro Carlos Vital Tavares Corrêa Lima, sugere a publicação de resolução sobre transfusão de sangue e a revogação da Resolução CFM 1.021/1980, lembrando da evolução ética, moral, jurídica e científica dos últimos anos:

Se por um lado, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não permitem a exata comparação entre os transplantes de órgãos, **só realizáveis mediante autorizações dos titulares do direito à vida ou de seus representantes legais**, e as transfusões de sangue paradoxais à autonomia dos pacientes, por outro lado, há de se ter em mente que **estes mesmos princípios de direito e bom senso devem, em todas as suas dimensões, ser utilizados em casos específicos e peculiares de transfusões sanguíneas, como os daquelas realizadas em Testemunhas de Jeová.**

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos outros documentos internacionais como a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, do Conselho da Europa (art. 1º), Princípios da Ética Médica Europeia (art. 4º) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, respaldam a convicção da peremptória **necessidade de se envidar os maiores esforços para construção e interpretação hermenêutica legislativa e normativa, com alicerce na inarredável convergência da lei, da norma e da moral em benefício da dignidade da vida humana.**

Portanto, os ditames da Resolução CFM nº 1021/80, editada na vigência da CF de 1967 e do CEM de 1965, por seu pragmatismo decorrente, à época, de limites mais estreitos dos conceitos éticos e morais e da ciência médica, são desprovidos de maiores evidências e deixam, pela amplitude de interpretação, no campo da subjetividade o critério científico do termo “imminente perigo de vida”, ou seja, do risco imminente de morte, bem como não dispõe elementos técnicos precisos para os limites e parâmetros de indicação da transfusão de sangue e seus componentes, que possam orientar a terapêutica em casos específicos e individuais como os das Testemunhas de Jeová. **Assim, tornou-se temerária aos conceitos morais e éticos contemporâneos e inconsistente com o progresso científico da medicina.**

As adequações desta Resolução para sua compatibilização com a evolução ética, moral, jurídica e científica, estabelecida no decurso das últimas décadas, constituem um mister do Conselho Federal de Medicina.

Com substrato nestas considerações, penso que urge a publicação de uma nova Resolução e conseqüente revogação da Resolução CFM nº 1021/80, após a elaboração de precisas, claras e objetivas diretrizes técnicas, em um prazo máximo de seis meses, **determinantes dos limites e parâmetros da indicação para transfusão de sangue e seus componentes**, com participação de juristas e das sociedades de especialidades médicas, em plena consciência de um imperativo científico, ético e moral: na imensa maioria dos casos, baixos níveis de hemoglobina possibilitam a estabilidade clínica sem acarretar dano ao paciente, respeitando-se a sua dignidade, com raiz fincada na autonomia de sua vontade.
(grifei)

Da mesma forma, a Recomendação CFM 1/2016 (anexo), que “*dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*”, ressaltou a necessidade de se respeitar a autonomia do paciente maior e capaz que recusa a transfusão de sangue:

A interpretação constitucional, aliada aos princípios da liberdade e da autonomia, justifica o acatamento da vontade do paciente de recusar a transfusão, desde que seja maior e capaz.

Beauchamp e Childress (2002) consideram que os pacientes Testemunhas de Jeová fornecem consentimento de forma substancialmente autônoma pelo fato de ser dado por pessoa de firme convicção religiosa. Assim, não cabe ao médico oferecer alternativas ao caráter religioso do paciente, discutindo com ele sobre a interpretação religiosa do recebimento do sangue, mas apenas é sua obrigação dar as informações adequadas sobre a condição do paciente e oferecer as alternativas clínicas e cirúrgicas que o caso requer. Bonamigo (2011) afirma que os cuidados devem ser redobrados para que a solução de conflitos seja a menos problemática possível, ressaltando que a recusa do paciente deve ser respeitada e a busca de alternativas terapêuticas, considerada.

Essa tendência atual visa ao respeito à autonomia do paciente, princípio defendido pelo Comitê de Bioética/Unesco na atualidade, embora reconheça que antigamente o desfecho era pelo respeito à vida. Por outro lado, é inquestionável que o avanço da ciência contribuiu com várias alternativas terapêuticas à transfusão sanguínea, com a utilização de materiais sintéticos aceitos pelos que professam a crença das Testemunhas de Jeová.

Por sua vez, os médicos precisam conhecer essas outras opções. Portanto, parece evidente que, na existência de acesso a essas alternativas, o médico deve utilizá-las para evitar o conflito moral e ético. Também, claramente, nos casos em que não há risco iminente de vida para o paciente, é consenso que a transfusão de sangue deve ser evitada.

Resta, assim, a situação do risco iminente de morte e ausência de outras possibilidades terapêuticas, bem como a decisão sobre conduta em menores de idade. E é nessa linha de raciocínio que a questão do consentimento esclarecido deve ser discutida, lembrando também à equipe médica que ela precisa tomar conhecimento sobre as demais formas de abordagem de tratamento. Mesmo quando houver alternativas à transfusão sanguínea, em certas ocasiões a transfusão de sangue torna-se necessária, e é nessas situações que o médico precisa informar ao paciente os riscos e benefícios da realização do procedimento, assim como aqueles decorrentes da sua não aceitação. Esta, aliás, também tem sido a orientação jurídica, a de que deve prevalecer o bom senso e o respeito à autonomia do paciente. Recente proposta da comissão de juristas que elabora o Anteprojeto de Código Penal do Senado Federal propôs considerar crime a realização de procedimento médico ou cirúrgico, ainda que indispensável para salvar a vida do paciente, contra a vontade deste. Especificamente, conforme a proposta da Comissão, a intervenção médica ou cirúrgica realizada em paciente capaz, sem sua anuência, caracterizará crime de constrangimento ilegal. O relator da matéria, o procurador da República Luiz Carlos Gonçalves, atendeu a um pedido das Testemunhas de Jeová. Assim, caso a proposta da comissão seja aprovada, as Testemunhas de Jeová que não desejarem submeter-se a transfusão de sangue, mesmo em hipótese de risco de morte, estarão salvaguardadas pela legislação penal.

Se aprovada a proposta da comissão, os médicos passarão a responder criminalmente por mais um ato profissional, além dos quatro atuais: violação do segredo profissional, omissão de notificação de doença, falsidade de atestado médico e exercício ilegal da medicina.

A evolução da autonomia do paciente que recusa transfusão sanguínea, tanto no âmbito ético como no jurídico, adveio das alternativas proporcionadas pelos avanços da medicina e pelo vertiginoso desenvolvimento social da humanidade nas últimas décadas. Vale reprimir o Princípio Fundamental XXI do Código de Ética Médica, aprovado em 2009:

No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Assim, a conduta do médico já não pode limitar-se à constatação de risco de morte para transfundir sangue compulsoriamente, mas precisa levar em consideração as recentes alternativas disponíveis de tratamento ou a possibilidade de transferência para equipes com profissionais treinados em tratamentos através de substitutos do sangue. Sobre o assunto, o Papa João Paulo II mencionou que “obrigar alguém a violar sua consciência é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana”.

Embora toda essa evolução conduza ao **respeito à autonomia do paciente**, reconhecendo a liberdade de decidir, segundo as suas convicções religiosas, pela realização ou não de determinado tratamento, a **Resolução CFM 1.021/1980 continua sendo observada** por instituições de saúde, que, no caso de recusa por paciente membro da religião Testemunha de Jeová, fazem uso até mesmo da força para realizar a transfusão de sangue. A propósito, afirmou o representante:

Ao buscar informações junto às instituições de saúde, a respeito da recusa à transfusão de sangue em casos de risco iminente de vida, a maioria afirmou que segue a Resolução 1021/80, ou seja, **realizam a transfusão inclusive contra a vontade do paciente. Na maioria dos casos são Testemunhas de Jeová que, por conta de sua recusa veemente, acabam por ser sedados ou restringidos mediante o uso da força.**

Apesar de o próprio Conselho Federal de Medicina, após petição da Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, ter concluído pela necessidade de alteração da Resolução 1021, **decorridos dois anos, a Resolução 1021 segue vigente, surtindo efeitos, e o Conselho não assinala concretamente nenhuma mudança de postura**, sendo certo, conforme elementos coligidos, que as instituições de saúde seguem se baseando na Resolução para negar o direito de recusa à transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová.

Infelizmente, tais condutas muitas vezes são sufragadas por decisões judiciais, emitidas com base nas normas de ética médica vigentes e nas excludentes de risco iminente de vida, contidas no art. 146, §3º, do Código Penal, na Resolução 1021/80, e que também se reproduzem no Código de Ética Médica, sempre visando à proteção do bem maior da vida.
(p. 30 da representação – grifos no original)

A resolução definitiva do tema pelo Supremo Tribunal Federal conferirá segurança jurídica tanto aos médicos quanto à comunidade religiosa.

V - FUNDAMENTAÇÃO

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República, que atua como vetor de interpretação dos sistemas jurídicos. Segundo o Ministro Roberto Barroso, na dimensão individual (dignidade como autonomia), a dignidade da pessoa humana atua na capacidade de autodeterminação do indivíduo, que tem o direito de escolher os rumos da sua vida e definir os seus comportamentos. Na dimensão social (dignidade como heteronomia), por sua vez, a dignidade da

pessoa humana pode ser excepcionalmente limitada pelo Estado, especialmente para evitar que escolhas individuais interfiram em direitos próprios, de terceiros ou mesmo de toda a comunidade¹.

Bernardo Gonçalves Fernandes ensina que, na dimensão da autonomia existencial, a dignidade da pessoa humana “*garante a liberdade existencial, ou seja, a possibilidade dos mais variados projetos de vida, concepções de vida digna em meio ao pluralismo razoável em que vivemos*”. Segundo leciona, a dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligada ao direito à vida, “*como elemento intrínseco à condição de pessoa e de sujeitos de direitos*” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 300).

O direito à vida, embora de inegável importância e do seu enorme relevo – por ser imprescindível ao exercício dos outros direitos –, não é um direito fundamental absoluto. Encontra limitação na ordem constitucional, quando prevê a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a* da Constituição), bem como na legislação infraconstitucional, que, por exemplo, permite o aborto em situações excepcionalíssimas (art. 128, I e II do Código Penal). Trata-se de um direito fundamental que, em uma dimensão individual, deve ser lido como um direito à vida *digna*, que compreende o direito de viver segundo os seus próprios ditames, desde que lícitos, que não interfiram na liberdade e nos direitos fundamentais de outrem e que não ponham a sociedade em risco.

Dentre os direitos individuais que devem ser resguardados para o livre exercício do direito à vida digna está a liberdade de crença, consistente no direito de o indivíduo optar por esta ou aquela religião – ou mesmo por nenhuma –, sem sofrer repúdio do Estado ou de quem quer que seja. Neste aspecto, como qualquer direito fundamental, a liberdade de crença também é restrita à prática de ato lícitos que não invadam ou lesem direitos fundamentais de terceiros, ou que não prejudiquem a sociedade.

Ressalta, doutrinariamente, o Ministro Alexandre de Moraes, quanto à abrangência do direito à liberdade religiosa e quanto à impossibilidade de se constranger alguém a renunciar à sua fé:

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois, salientado por Themistocles Brandão Cavalcanti, é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por

1 BARROSO, Luís Roberto. “Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>, acesso em 21 de maio de 2019.

compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual. (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 75).

Como se sabe, a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová tem origem em firme convicção religiosa, seguida pelos membros da comunidade com muito afinco. A violação a esse mandamento religioso representa para a Testemunha de Jeová a exclusão do Paraíso, tornando-a impura diante não apenas de Deus, mas também de sua comunidade e, quiçá, de si próprio. Impor a realização de tratamento contra a sua vontade retira, para a eternidade, o seu direito à vida digna. Por essas razões, a realização da transfusão de sangue deve ser uma opção do paciente, a partir da ponderação dos seus direitos fundamentais à vida e à liberdade de crença.

No plano do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) possui jurisprudência em favor do princípio da autodeterminação e autonomia pessoal na escolha de tratamento médico por parte de adulto capaz. No *leading case* contra a Rússia, a Corte EDH decidiu que a liberdade de aceitar ou recusar determinado tratamento médico é protegida pelo direito à autodeterminação pessoal, liberdade de convicção e crença (religião), devendo ser respeitada a opção do paciente não importando se tal opção possa parecer irrazoada ou irracional. Por outro lado, esse direito de autodeterminação do paciente deve ceder em face de direitos da coletividade, como ocorre nos casos envolvendo vacinação em face de epidemias (proteção do direito à saúde de terceiros)².

Aqui, vale lembrar que a intervenção do Estado e a obrigatoriedade de realização de determinada conduta médica pode ser justificada quando houver (i) menores ou incapazes, (ii) risco à saúde pública ou (iii) danos a terceiros – hipóteses em regra não configuradas pela simples recusa à transfusão de sangue por membros da comunidade Testemunhas de Jeová –, como bem lembrou Nelson Nery Junior em parecer sobre a “Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais”, datado de 22.9.2009:

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular.

Nesse mesmo sentido, a Portaria n.º 1820/2009, do Ministério da Saúde, estabelece que a recusa a tratamento será sempre justificada, desde que não ponha em risco a saúde pública, algo que não ocorreria em razão de negativa em efetuar a transfusão sanguínea pelo praticante da religião Testemunhas de Jeová.

(p. 17-18)

2 Corte Europeia de Direitos Humanos, Case of Jehovah’s Witnesses of Moscow and others vs. Russia, julgamento de 10 de junho de 2010. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99221%22%5D%7D>, acesso em 24 de junho de 2019.

O citado autor assinala não haver colisão de direitos fundamentais na recusa à transfusão de sangue, seja porque não atinge negativamente o direito fundamental de outrem, seja porque não há ofensa ao direito à vida, como bem coletivo da sociedade, pois a Testemunha de Jeová não deseja a morte.

O direito ao pleno exercício da autonomia e da liberdade individual permite que o indivíduo escolha o tratamento que prefere, em atenção aos mandamentos da sua crença religiosa, como bem aponta André de Carvalho Ramos:

A recusa de determinado tratamento médico por motivo religioso é também tema polêmico. Há vários casos nos quais o paciente alega impedimento religioso para recusar determinado tratamento (por exemplo, *recusa de transfusão de sangue* por Testemunhas de Jeová), pondo em risco sua própria vida. Em que pese as decisões judiciais de 1º grau autorizando médicos a desconsiderar a vontade do próprio paciente, entendemos, como aponta Barroso, que *cabe ao paciente*, com a ressalva daqueles que não podem expressar de modo pleno a sua vontade (os interditados, as crianças e os adolescentes), *a escolha do tratamento*, em nome da liberdade e de sua autonomia. (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 685).

A recusa à transfusão de sangue efetivamente não pode ser encarada como suicídio, que, como dito, é uma das premissas da Resolução CFM 1.021/1980. Ao recusar o referido tratamento, a Testemunha de Jeová não tem a intenção de se matar, mas apenas de preservar as suas convicções religiosas. A comunidade aceita e incentiva a realização de tratamentos alternativos, que dispensam a utilização de sangue, e prezam por sua saúde e pelo desenvolvimento da medicina. A procura pela assistência médica e a demanda por tratamento alternativo são atitudes diametralmente opostas ao desejo de morte. Por essa razão, o médico que respeita a decisão do paciente em não se submeter a uma transfusão de sangue não pode ser condenado pela prática de crime de auxílio ao suicídio previsto no art. 122 do Código Penal, como entendem alguns juristas.

A premissa da Resolução CFM 1.021/1980 de que o médico deve agir mesmo contra a vontade do paciente, sem que isso configure o crime de constrangimento ilegal, por estar amparado pelo §3º do art. 146 do Código Penal, tampouco impressiona. Primeiro, pois não há tentativa de suicídio que justifique a excludente de “*coação exercida para impedir suicídio*”, presente no inciso II do dispositivo. Segundo, porque a excludente de “*intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida*” (inciso III) não pode ser interpretada como intervenção médica *contra* a vontade do paciente. Ela deve incidir apenas quando não houver possibilidade alguma de se obter o consentimento prévio e informado do paciente. É esta a interpretação que mais se coaduna com a Constituição, em

respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e em consonância com os direitos à vida digna e à liberdade de consciência e de crença.

Cumpre lembrar, ademais, que o crime de constrangimento ilegal consiste na “*vontade consciente de coagir a vítima, visando obrigá-la a fazer o que a lei proíbe ou deixar de fazer o que a lei não manda*”. Não havendo lei que proíba o paciente a recusar a transfusão de sangue, se o médico obrigar o paciente à se submeter ao procedimento contra a sua vontade, ele não estará amparado pela excludente do art. 146, §3º, I do Código Penal.

Por acréscimo, cumpre notar que o médico não pode responder por omissão de socorro (art. 135 do Código Penal), crime que demanda a “*vontade consciente de não prestar assistência (imediate ou mediata), quando possível fazê-lo sem risco pessoal*”. Respeitar a decisão do paciente em recusar a transfusão de sangue não significa vontade de não prestar assistência. O médico tanto quer prestar a assistência, que dá a opção de tratamento ao paciente. A recusa do paciente não exime o médico, porém, de realizar tratamentos alternativos disponíveis na instituição de saúde.

A interpretação conferida pela Resolução CFM 1.021/1980 ao §3.º do art. 146 do Código Penal não foi, portanto, recepcionada pela Constituição de 1988. Além de não respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos à vida digna e à liberdade de consciência e de crença, a resolução **representa possível discriminação religiosa**, que pode ser extraída dos comentários do relator na sessão em que ela foi aprovada, segundo as notas taquigráficas mencionadas pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Rio de Janeiro:

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

realmente, as Testemunhas de Jeová não fazem o serviço militar, se recusam a isto e àquilo, é uma enrolada única, todos os países têm problemas, e a Argentina, com os seus poderes discricionários, enfrentando o problema das Testemunhas de Jeová, no ano passado resolveu o assunto: “*É proibida a existência de Testemunhas de Jeová*” (risos).
(p. 19 da representação).

Segundo Nelson Nery Junior, a imposição da realização da transfusão de sangue às Testemunhas de Jeová configura ato de preconceito contra essa minoria religiosa:

Ou seja, a liberdade de um cidadão não pode ser ignorada/vilipendiada sob a frágil alegação de que sua vida será salva; esse fundamento além de não ter consistência jurídica, camufla um preconceito em relação a uma minoria. Exemplos que ilustrem nosso ponto de vista são facilmente demonstráveis, *e.g.*, não se cogita de submeter contra sua vontade um cidadão que se recuse a praticar uma quimioterapia para tratar câncer, ou que obrigue determinada pessoa a compulsoriamente se submeter a um transplante de órgão.

Entretanto, quando se trata de respeitar a recusa de um praticante da religião Testemunhas de Jeová em realizar uma transfusão de sangue, de maneira estorpedada, a maioria, incluindo parcela do Judiciário, não admite essa recusa como legítima, privando assim os praticantes

dessa religião de se direito fundamental de liberdade. (p. 16-17 do parecer jurídico anexado à representação).

A discriminação decorre, ainda, do tratamento diferenciado que se dá às Testemunhas de Jeová, quando não se aceita a sua recusa à transfusão de sangue por motivos religiosos, em relação, por exemplo, (i) aos **idosos**, que, segundo o art. 17, *caput* da Lei n.º 10.741/2003, têm direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável, se estiver no domínio de suas faculdades mentais, bem como (ii) aos **receptores** de transplante ou enxerto, que precisam consentir expressamente quanto ao procedimento (art. 10, *caput* da Lei n.º 9.434/1997). Tanto o Estatuto do Idoso quanto a Lei de Transplantes **não** condicionam a necessidade de consentimento à **ausência** de risco iminente de morte, como fazem a Resolução CFM 1.021/1980 e a Resolução CREMERJ 136/1999.

Importante lembrar, por fim, que a técnica da transfusão de sangue não é cem por cento segura ou eficaz. Erros procedimentais, transmissões de vírus e reações alérgicas, por exemplo, podem colocar em risco a saúde do paciente. Essa é mais uma razão por que nenhum indivíduo capaz deve ser obrigado a se submeter ao procedimento *contra* a sua vontade.

Somente quando não for possível obter o consentimento informado e quando não existir documento de declaração antecipada de vontade, o médico poderá adotar todos os tratamentos de que dispuser e que entender melhor para o paciente.

Diante de todo o exposto, deve ser declarada a não recepção parcial, sem redução de texto, do art. 146, §3º, I do Código Penal e, conseqüentemente, do item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, para excluir a interpretação de que os médicos devem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia ou atual dos pacientes maiores e capazes. Da mesma forma, deve ser declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018 e do art. 3.º da Resolução CREMERJ 136/1999. Deve ser compreendido que a recusa à transfusão de sangue não exime o médico de se valer de todos os demais recursos postos à disposição pela medicina para preservar a vida e zelar pela saúde do paciente. Enfatize-se que menores devem ter tratamento de transfusão, quando indispensável à tutela da vida, mesmo que a oposição seja expressa pelos seus pais ou responsáveis.

VI – DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Ainda diante da necessidade de se conferir segurança jurídica ao tema, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir sobre a validade de manifestação do direito à recusa a tratamento, especialmente quando baseado em convicções religiosas, em documento escrito previamente elaborado.

Neste ponto, entende-se que a recusa a determinado tratamento pelo paciente maior e plenamente capaz pode ser feita tanto no momento do atendimento médico como, por exemplo, por meio de documento escrito previamente elaborado. Não havendo prescrição legal sobre a forma da declaração de vontade (na espécie, a manifestação de recusa à transfusão de sangue), aplica-se a **regra da liberdade das formas** do art. 107 do CC.

Para se precaver e proteger suas convicções religiosas, algumas Testemunhas de Jeová carregam consigo um documento de diretivas antecipadas com instruções prévias sobre a recusa à transfusão de sangue. A providência confere maior segurança não apenas ao declarante, mas também ao receptor (a comunidade médica), que age consciente da manifestação de vontade do paciente.

Segundo noticiou o representante, as diretivas antecipadas de vontade são aceitas na comunidade médica, conforme se verifica do art. 2º Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue (*International Society of Blood Transfusion*), adotado pela Organização Mundial da Saúde, que estabelece que o paciente tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento e que qualquer instrução prévia válida deve ser respeitada.

O Conselho da Justiça Federal também reconhece a validade da declaração de vontade sobre a recusa a tratamento de saúde expressa em documento, como se vê do **Enunciado 528** da V Jornada de Direito Civil:

É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

Regulamentando as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes no contexto da ética médica, e disciplinando a conduta do médico em face delas, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM 1.995/2012 (anexo), definindo as diretivas antecipadas de vontade “*como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que tiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade*” (art. 1º). Impôs que, nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de se comunicar, ou de expressar de maneira livre e

independente a sua vontade, os médicos levem em consideração as diretivas antecipadas de vontade (art. 2º, *caput*) ou as informações apresentadas por representante designado (art. 2º, §1º).

Como defende Álvaro Villaça Azevedo, o documento de antecipação de vontade portado por Testemunhas de Jeová deve ser respeitado pelos médicos, sob pena de responsabilização legal e ética:

Assim, o documento “*Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde*” portado pelas Testemunhas de Jeová possui validade jurídica plena, sendo que declara as diretrizes antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos, bem como nomeia validamente dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade expressa no mesmo documento que devem ser observadas quando da inconsciência do paciente. Assim, a não observância das diretrizes prévias do paciente constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético (VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. A autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. Parecer jurídico, 2010, p. 38).

Ressalte-se, aqui, por oportuno, que a recusa à transfusão de sangue é ato personalíssimo, que não pode ser feita por terceiros.

VII – A SITUAÇÃO DOS INCAPAZES

Após a edição da Lei brasileira de Inclusão (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência; Lei n. 13.146/2015), o Código Civil estabelece como *absolutamente incapazes* os menores de dezesseis anos (art. 3º) e, como *relativamente incapazes*, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º).

Conforme André de Carvalho Ramos, “(...) Acertadamente não é a deficiência a causa da incapacidade relativa, mas sim a ausência de expressão da vontade. Com isso, as pessoas com deficiência que podem exprimir sua vontade são capazes”.³

As causas de incapacidade refletem alteração no discernimento e na capacidade de exercer plenamente os atos da vida civil.

Nas hipóteses em que houver prévio período de capacidade plena (como nos casos dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, dos pródigos e daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade), tendo a pessoa manifestado a sua vontade em diretivas antecipadas, estas deverão ser respeitadas. Na ausência do documento, porém, o Estado deve proteger o direito à vida, independentemente das opiniões e manifestações contrárias de

3 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 841.

familiares. Afinal, a escolha que coloca em risco a vida não pode ser presumida, nem tomada por terceiros, não titulares do direito fundamental.

Defendeu-se até aqui que, na concorrência dos direitos à vida e à liberdade de consciência e de crença de um mesmo titular, a ele cabe o exercício da ponderação e a escolha final, desde que trate de ato lícito, que não atinja direito de terceiros e nem represente risco à sociedade. Ao Estado cabe intervir não apenas quando a opção acarretar ato ilícito, lesionar terceiros ou colocar a comunidade em risco, mas também quando a pessoa não possuir capacidade ou discernimento para realizar consciente e livremente a ponderação de seus direitos fundamentais. A intervenção do Estado demanda, porém, um especial ônus argumentativo, por se tratar de exceção à regra da prevalência das escolhas individuais.

Embora a Constituição assegure a liberdade de crença, cabe ao Estado proteger a vida do incapaz, na hipótese aqui analisada, especialmente quando não houver métodos alternativos de tratamento na instituição de saúde, assegurando e respaldando a aplicação do tratamento médico necessário, segundo as técnicas médicas disponíveis. Isso porque as convicções religiosas são questões de caráter individual e íntimo de uma pessoa, que não podem ser asseguradas nem mesmo por familiares ou por pessoas de seu convívio próximo. **Não é possível presumir** que um paciente, em caso de risco de morte, abriria mão de sua vida para preservar mandamentos religiosos ou que a realização de determinado tratamento atingiria profundamente a sua dignidade, a ponto de ocasionar a morte de sua moral – ponderação essa que somente cada um pode fazer sobre a sua própria vida, os seus valores e os seus projetos pessoais.

O raciocínio é aplicado no caso das crianças e dos adolescentes, com o importante acréscimo de que, diante do dever do Estado de proteger a criança e o adolescente, impõe-se que, em caso de risco de morte e em não havendo métodos alternativos de tratamento, a realização da transfusão de sangue seja realizada mesmo contra a vontade do menor e de seus familiares ou representantes legais.

Afinal, o poder familiar não confere aos pais ou responsáveis a realização da ponderação de direitos fundamentais, especialmente quando uma das opções de escolha tiver como provável consequência a morte evitável.

VIII – PEDIDO CAUTELAR

É caso de suspensão da interpretação de que os médicos devem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, com respaldo no art. 10 da Lei n.º 9.868/1999, até julgamento definitivo desta ação.

A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está suficientemente demonstrada nesta petição inicial. O perigo na demora processual (*periculum in mora*) está na insegurança jurídica já apontada, em especial na notícia de que muitas instituições de saúde continuam aplicando a Resolução CFM 1.021/1980 e realizando a transfusão de sangue mesmo contra a vontade do paciente, ferindo os direitos à vida digna e à liberdade de crença das Testemunhas de Jeová, causando-lhes danos irreparáveis e eternos.

Pede-se, portanto, a concessão de medida cautelar, a fim de se suspender toda e qualquer interpretação do art. 146, §3º, I do Código Penal, do item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, dos arts. 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018, bem como do art. 3º da Resolução CREMERJ 136/1999, que permita aos médicos a realização de transfusão de sangue contra a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, que, por motivo de firme convicção religiosa, opõem-se ao tratamento.

IX – PEDIDO

Requer, ao final, que se declare a não recepção parcial, sem redução de texto, do art. 146, §3º, I do Código Penal e, conseqüentemente, do item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM 1.021/1980, bem como que se declare a inconstitucionalidade parcial, também sem redução de texto, dos arts. 22 e 31 da Resolução CFM 2.217/2018 e do art. 3º da Resolução CREMERJ 136/1999, para **excluir** a interpretação de que os médicos devem realizar transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia (por meio de diretivas antecipadas) ou atual dos pacientes maiores e capazes, que, por motivo de convicção pessoal, opõem-se ao tratamento.

Brasília, 9 de setembro 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República