

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FACE A RECUSA DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA POR QUESTÃO DE CRENÇA RELIGIOSA

Daiane Leandro dos Santos Soares de Menezes¹

Rebeka Lycia Brito dos Santos²

Rillary de Almeida dos Santos³

Yslaine Conceição Santos⁴

Tanise Zago Thomasi⁵

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O trabalho analisa a responsabilização do médico perante a recusa de transfusão sanguínea motivada por questões religiosas. O objetivo principal considerou a conduta médica mediante a escusa absolutória religiosa do paciente enfatizando o embate entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença. O trabalho também demonstrou a colisão entre tais direitos e questionou a necessidade de conceder prioridade à dignidade da pessoa humana, que é o princípio de maior grau axiológico na Constituição Federal de 1988. Para a realização desta pesquisa se fizeram necessários os métodos de abordagem dedutivo e dialético, ademais, os métodos de procedimentos comparativo e experimental. O Método de abordagem dedutivo se fez útil para que fosse possível observar se o desrespeito, quando há risco de vida, à vontade do paciente em não ser submetido à transfusão sanguínea, em razão de sua crença religiosa, está em consonância com o princípio da dignidade humana. O método de abordagem dialético foi desenvolvido expondo a linha dúplice que se encontra nesta situação em questão. Para tanto, também foi de grande importância o método de procedimento comparativo que por meio do qual, comparou-se decisões que protegeram as testemunhas de jeová e as que salvaguardaram a ação dos médicos. Além disso, o método de procedimento experimental, onde submeteu essa prática do médico em testemunhas de jeová às óticas do Direito à vida, Liberdade de Crença Religiosa com o escopo de sopesar esses princípios, sobre a visão do Mínimo Existencial e Reserva do Possível por serem estes, forças contrárias.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à Vida. Liberdade Religiosa. Dignidade Humana. Testemunha de Jeová.

ABSTRACT

The paper analyzes the physician's accountability to the refusal of blood transfusion motivated by religious issues. The main objective considered the medical conduct through the patient's religious absolute excuse emphasizing the clash between the right to life and the right to freedom of belief. The work also demonstrated the collision between such rights and questioned the need to give priority to the dignity of the human person, which is the principle of the highest axiological degree in the 1988 Federal Constitution. Dialectic, in addition, the methods of comparative and experimental procedures. The Deductive Approach Method was useful for observing whether disrespect, when life threatening, the patient's unwillingness to undergo blood transfusion because of his or her religious belief, is in line with the principle of dignity. Human The dialectical approach method was developed by exposing the twofold line in this situation. To this end, the method of comparative procedure was also of great importance, whereby decisions were compared that protected Jehovah's Witnesses and those that safeguarded the doctors' actions. In addition, the method of experimental procedure, where he submitted this practice of the physician in Jehovah's Witnesses to the optics of the Right to Life, Freedom of Religious Belief with the scope of weighing these principles, on the view of the Existential Minimum and Reservation of the Possible for being these, opposing forces.

KEYWORDS

Right to life. Religious freedom. Human dignity. Jehovah's Witness.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a responsabilidade civil do médico em face de recusa de transfusão sanguínea por questão de crença religiosa, tema que é alvo de incessantes discussões jurídicas, diante da colisão de direitos fundamentais. Para tanto o estudo observou os dispositivos legais referentes à recusa de transfusão sanguínea e seus respectivos motivos religiosos, dissecando o conflito entre direitos fundamentais, destacando o direito à vida e a crença. A necessidade do trabalho surgiu a partir da proposta na disciplina de responsabilidade civil, ministrada em 2018.2, pela professora Tanise Zago Thomasi.

O objetivo da asserção é tratar, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, da responsabilidade civil do médico em face de recusa de transfusão san-

guínea por questão de crença religiosa. Além disso, o estudo busca evidenciar uma possível solução referente ao conflito entre o direito à vida e ao direito à liberdade religiosa, por meio da ponderação entre os direitos fundamentais e a implementação de tratamentos alternativos. A concretização desse estudo consistiu em confrontar o direito à vida com a liberdade de crença, considerando as normas constitucionais.

Na sequência, foram selecionadas jurisprudências que consubstanciam a divergência de posicionamentos, para finalmente, concluir, pela possibilidade do Brasil ser responsável pelo custeio de tratamentos alternativos aos indivíduos que elegem a liberdade religiosa como primordial a sua dignidade. Nessa perspectiva ainda resta superada a colisão de direitos entre a vida e a liberdade religiosa.

2 A COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal apresenta um rol exemplificativo de direitos individuais e coletivos, recebendo destaque direitos básicos como à vida, à propriedade, à segurança, à liberdade de crença religiosa; não há hierarquia entre os direitos fundamentais, logo, não há superioridade entre eles, significa que nenhum direito pode ser considerado maior que o outro.

Apesar da simultaneidade desses direitos, pode haver situações conflituosas entre eles, surgindo, assim, a necessidade de se priorizar um em detrimento de outro por meio do Sopesamento. Exemplo concreto é a transfusão sanguínea realizada por médicos de forma desautorizada em pacientes que recusaram o procedimento por motivos de crença religiosa; neste caso, ocorre um choque entre o direito à vida e à liberdade de crença.

2.1 PROTEÇÃO À VIDA DIGNA

O direito à vida é assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º e garante ao indivíduo a sua existência, ou seja, seu direito de permanecer vivo. A vida é um bem jurídico reconhecido e protegido, ainda que não haja consenso quanto ao seu início. Alguns defendem o marco inaugural como o momento da concepção, outros, o da nidação (fixação do embrião) e, recentemente, o começo da atividade cerebral em analogia com a constatação da morte encefálica. Contudo, certo é que a vida é essencial, como aduz Alexandre de Moraes (2000 p. 45):

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Merece destaque, o fato de o direito à vida não englobar somente a possibilidade de permanecer vivo, mas também de possuir uma vida digna. Nesse sentido in-

corpora também o direito à habitação, educação, vestuário, alimentação e liberdade. Inclusive, este último, concede a possibilidade ao indivíduo de viver da forma que lhe convém, proporcionando respeito às suas escolhas, ou seja, respaldando sua crença e, portanto, seu agir conforme suas convicções.

Já Luis Roberto Barroso trata de uma das conceituações basilares da dignidade da pessoa humana afirmando que:

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2013, p. 23).

O professor Barroso recorda, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana faz parte de um conjunto de valores civilizatórios incorporado a humanidade, desta forma:

A dignidade deve ser delineada com o máximo de neutralidade política possível, com elementos que possam ser compartilhados por liberais, conservadores ou socialistas. É importante, em relação a múltiplas implicações da dignidade, a existência de um regime democrático. (BARROSO, 2013, p. 19).

Ou seja, para que a dignidade humana não esteja sujeita a modulações e esteja afastada de doutrinas abrangentes ela deve expressar uma visão unitária do mundo, que faça com que seus conteúdos básicos sejam universais e multiculturais, a fim de abrigar a todos e corroborar com o regime democrático a partir de sua neutralidade.

2.2 A LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

A liberdade de crença religiosa está disposta no art. 5º, VI da Constituição Federal nos seguintes termos: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias” (BRASIL, 1988, on-line).

Tal direito assegura ao indivíduo a não intervenção do Estado no que diz respeito a sua forma de pensar e acreditar em tudo aquilo que julgar apropriado e, ainda, no livre desdobramento de sua forma de pensamento próprio. Segundo Branco (2016, p. 319):

O reconhecimento explícito da liberdade religiosa pela Constituição, bem como as suas demais disposições em apoio

e proteção a práticas dessa ordem, revela haver o sistema jurídico tomado à religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado.

Destarte, o direito à liberdade religiosa, sendo um direito fundamental de mesmo nível hierárquico que o direito à vida, é considerado no aspecto intelectual, espiritual e, também, físico. É uma forma do indivíduo olhar para si mesmo e para o mundo, de acordo com suas perspectivas, ou seja, tal direito deve ser respeitado para que se respeite também a vida digna de cada um.

No mesmo contexto, Alexandre de Moraes aduz em sua obra que a abrangência de tal preceito:

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 compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-lo a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria diversidade espiritual. (MORAES, 2011, p. 137).

Assim, a decisão das testemunhas de Jeová revela uma convicção, embasada a qual carrega consigo a força de um credo e cujo desrespeito exaure sua própria condição de ser humano pois, antes de tudo, deve ser respeitado o seu direito de escolha, independentemente da motivação, com base na dignidade humana e autonomia da vontade.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO BASE DE PONDERAÇÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é o fundamento com maior grau axiológico previsto na Constituição Federal de 1988. Constitui, portanto, base para a integralidade do ordenamento jurídico nacional e, as ações que partem do Estado devem estar adequadas a esse propósito, inclusive no que diz respeito às suas decisões judiciais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 105) expõe: “não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa”.

Há um pensamento equivocado de que o direito à vida é supremo em relação aos outros direitos, proporcionando a concepção de que vale usar qualquer meio possível para preservá-lo, independentemente da necessidade concomitante de se observar outro direito que também esteja em cena. Isso nos leva ao insistente embate jurídico: direito à vida ou direito à liberdade de crença?

Pode-se pensar que o direito à vida prevalece, afinal, como seria possível exercer

seu direito à liberdade de crença sem estar vivo? Contudo, não há hierarquia entre direitos fundamentais. Há a necessidade de ponderá-los. Na prática, significa que é preciso observar a preferência ao direito que abarque de forma mais abrangente o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Schreiber (2013, p. 52): “nem a liberdade, nem a vida, nem qualquer dos direitos individuais recebe proteção absoluta. São protegidos enquanto e na medida em que se dirijam a promoção da dignidade humana”.

Acredita-se, erroneamente, que as Testemunhas de Jeová, ao optarem pela não transfusão de sangue, estão escolhendo perder sua vida quando, na verdade, o que há é uma busca intensa por um tratamento alternativo que as permita continuarem vivendo, e sob ênfase, vivendo com dignidade. Não há aqui uma escolha entre viver ou morrer, mas um pedido de respeito às suas crenças de que tal ação – transfusão sanguínea – é vista como impura e isso implicaria, tristemente, na destruição de suas convicções e na impossibilidade de olharem para si com amor e respeito.

Não é uma escolha de vida ou morte, é um pedido de empatia e, uma rogatória ao Estado para que este cumpra seu dever de garantir-lhes um direito fundamental sem que isto lhes tire um outro direito, o que, neste caso, é plenamente possível com a disponibilização de tratamentos alternativos. Desta forma, há de se observar, no caso concreto, qual direito necessita, inicialmente, de uma maior atenção. Não se fala aqui em escolher entre liberdade religiosa e vida, mas sim em poder ter a condição de escolher um tratamento alternativo à transfusão sanguínea e, assim, viver dignamente, de acordo com seus valores e crenças.

Embora não seja o que acontece habitualmente, há decisões reconhecendo a liberdade de crença, fundamentada na dignidade humana, como o direito que prepondera nestes casos concretos. Exemplo foi o caso da decisão no processo nº 0013951-83.2016.4.01.3800, proferida pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região onde a autora buscava recorrer a decisão do Juízo Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. Na ocasião, uma mulher Testemunha de Jeová recorreu, TRF, de decisão que a forçava a realização de transfusão de sangue que seria realizado pela equipe médica do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais (gerido pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH). Alega que estava em risco de morte e que a única opção seria a transfusão sanguínea. O pedido da mulher foi acatado pelo magistrado Kássio Nunes Marques, que além de fazer à devida proteção à liberdade de crença religiosa, reconhecendo a dignidade humana que estava em questão, mostrou que existe tratamento alternativo tão eficaz quanto o que queriam impor a autora (BRASÍLIA, 2016).

A decisão acima exemplifica perfeitamente qual a solução quanto a colisão entre direito à vida e a liberdade de crença: disponibilização, por parte do Estado, de tratamentos alternativos.

2.4 MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL

O Mínimo Existencial, que não está expressamente contido na Constituição Federal, mas encontra sua contextualização nos direitos humanos, parece solucionar o

embate jurídico na preservação da vida e a liberdade de crença. Ademais, está intimamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Lei Suprema do Estado, eis que àqueles são indispensáveis à existência de todas as pessoas.

Bobbio, em *A era dos Direitos*, classifica os direitos fundamentais em dimensões ou gerações: os direitos de primeira geração, ligados à ideia de liberdade, são direitos negativos que necessitam de uma abstenção do Estado na vida dos indivíduos, permitindo que eles possam agir livremente no meio social. Os direitos de segunda geração, estes ligados à ideia de igualdade, são direitos positivos, que exigem do Estado prestações positivas que visam o alcance desses direitos a todos os indivíduos; é aqui onde visualizamos a atuação do Mínimo Existencial, no Estado proporcionando condições básicas e essenciais à vida digna de todo ser humano (BOBBIO, 2004, p. 32).

No entanto, este princípio – mínimo existencial – encontra uma resistente limitação, que é justamente outro princípio: a reserva do possível. Neste, o Estado, baseando-se na teoria alemã – caso conhecido como “*numerus clausus*”, onde se discutia a limitação de número de vagas nas universidades públicas alemãs –, que foi importada para o Brasil, tenta justificar, por falta de dotação orçamentária – crédito orçamentário para realizar as despesas públicas –, a falta de efetivação dos direitos fundamentais. A reserva do possível atua, assim, como um limitador, impedindo que o indivíduo tenha acesso a determinado direito fundamental, por alegada falta de condições financeiras do Estado.

É evidente que, para que o Estado possa agir de forma positiva na vida das pessoas, há a clara necessidade de, por várias vezes, dispor de seu financeiro. Apesar do dever de o Estado agir positivamente, sabe-se que os recursos são finitos. Sob essa ótica, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 270) demonstra:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor.

Por mais que seja uma limitação plausível, por vezes o Estado abusa, de forma imprópria, da reserva do possível para se esquivar do cumprimento de suas obrigações. Uma prestação estatal para com um tratamento alternativo seria a solução para o eterno embate entre direito à vida e a liberdade de crença religiosa.

A base do Mínimo Existencial está na ideia de justiça social. Portanto, o Estado não deve interferir na vida do indivíduo, mas sim assegurar que esta pessoa tenha à sua disposição, um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais por parte daquele. Além disso, o Estado não pode deixar de implementar essa parcela mínima de cada direito fundamental, pois, deixando de realizar tais prestações, se sujeita à intervenção do poder judiciário e fica sob pena de atentar diretamente contra a Constituição no tocante aos seus direitos e garantias.

Assim, neste trabalho, investigamos essa nuance nas situações envolvendo à recusa de transfusão sanguínea por convicção religiosa.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FRENTE À RECUSA DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA POR QUESTÃO DE CRENÇA RELIGIOSA

A liberdade religiosa tem sua devida proteção pela Constituição Federal de 1988, como explicamos em tópico anterior. Em razão disto o médico não pode realizar transfusão sanguínea quando a vontade do paciente é contrária. Entretanto, há algumas situações em que o médico tem o “direito” de agir mesmo contrário a vontade do paciente sob a justificativa da vida ser indisponível aliado ao seu dever de salvaguardá-lo.

3.1 A SUPREMACIA DA VIDA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

No código de ética médica, ou seja, as regras deontológicas que regula a atuação profissional dos médicos, o direito à vida é colocado como superior ao da liberdade de crença religiosa, uma vez que, em casos de risco de vida é possível não atender ao pedido do paciente e realizar a transfusão de sangue (CEM, 2010).

Vejamos, a redação do seu artigo 31: “é vedado ao médico: 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” (BRASIL, 2010, on-line).

A interpretação literal do artigo obriga a realização do procedimento, ou seja, da transfusão de sangue, ainda que aquele indivíduo não concorde com a prática, pois, de acordo com seu dogma religioso, sente-se culpado eternamente, além de ser segregado pela sua comunidade.

Surge então, a celeuma de compatibilizar essas regras.

3.2 É POSSÍVEL A COMPATIBILIZAÇÃO DO DEVER DE AGIR MÉDICO DIANTE DA VONTADE DO PACIENTE?

Evidente o conflito de interesses do profissional e da vontade do paciente. Dessa forma, é necessário que o ordenamento jurídico resolva o impasse, compatibilizando a aplicação dos direitos de ambas categorias, diante da escassez de regras de solução. Nesse propósito, utilizamos argumentos jurídicos conferidos pela responsabilidade civil.

Nosso ordenamento jurídico reconhece expressamente o dever de indenizar quando alguém por conduta comissiva ou omissiva viola direito de outrem lhe causando dano, ainda que exclusivamente moral, como está previsto no Código Civil, de acordo com o artigo 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, on-line).

Com isso, a ação voluntária do médico contra a vontade do paciente por convicções viola a liberdade de crença religiosa e lhe causa profundo dano moral, gerando o dever de indenizar. No entanto, em casos de urgência ou perigo de vida considera-se

que o médico agiu em estrito cumprimento do dever legal, o que exclui a ilicitude do ato, de acordo com art. 188: “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2002).

A tarefa é árdua e densa, pois, a simples transformação do ato em lícito não exonera o dever de indenizar. Contudo, quando o procedimento médico for realizado por profissionais do serviço público, cabe ao Estado reparar, exclusivamente em desrespeito ao desejo íntimo do indivíduo. Porém, se a mesma conduta for realizada em repartições privadas, nas hipóteses de exceções citadas, o dever de indenizar não é reconhecido pelo judiciário, na maioria dos casos.

As soluções controvertidas acima são reais, considerando exclusivamente a aplicação do Código de Ética Médica, que prioriza regras profissionais para a atuação, que desconsidera a ponderação dos direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa (CEM, 2010). Aliás, entende que o simples ato de viver é supremo.

Raros são os casos em que a vontade do paciente é reconhecida e protegida pelo judiciário. Há uma predominância maior das decisões em favor dos médicos, a exemplo a Apelação Cível nº 70020868162 onde o recurso foi desprovido, em 2006, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nessa ocasião, sua jurisprudência considerou que em casos de iminente risco à vida, o médico poderá agir contrário a vontade da pessoa ou de seus familiares (BRASIL, 2007, on-line).

Além dessa decisão, houve, em 2014, uma decisão da 6ª turma do STJ sobre um *Habeas Corpus*, a qual constatou que o médico tem o dever de realizar transfusão sanguínea em casos de urgência ou perigo à vida, independente da vontade do paciente, caso o médico não a faça nessas hipóteses, estará sujeito a responder por descumprimento ao art.31. do CEM/2010, tornando-se responsável pela morte do paciente (BRASIL, 2014, on-line).

São esses tipos de decisões que provocam no médico insegurança no seu dever de agir. Decisões a favor do médico a justificam como a única possibilidade de atuação profissional, diante da inexistência de outro tratamento seguro e eficaz. Infelizmente, ainda não reconhecem tratamentos médicos substitutivos a transfusão sanguínea como uma possibilidade de compatibilizar o desejo íntimo do paciente.

4 DEVER DO ESTADO EM CUSTEAR OS TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

Há tratamentos médicos alternativos à transfusão de sangue, ainda que o poder judiciário nacional os desconsidere, diante da sua insegurança e não comprovação de eficácia. Procedimentos médicos substitutivos em destaque são a eritropoetina, os adesivos teciduais, a doação autóloga, a pré-doação, a hemodiluição normovolêmica aguda (HNA), o reaproveitamento de sangue e as soluções carreadoras de sangue (ROCHA, 2016, on-line)¹. Todos eles capazes de atender à necessidade médica do paciente,

¹ Por questões técnicas optou-se por apenas citá-los, eis, que fogem da alçada dos autores os conhecimentos científicos próprios a esclarecer suas diferenças. Contudo, são: hormônio endógeno que é o principal regulador da produção de células vermelhas do sangue, muito utilizada em tratamentos de anemia; cola de fibrina

promovendo o mesmo resultado, respeitando sua convicção religiosa, porém, ainda não são custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Particularidade, que os vulnerabiliza ainda mais, os indivíduos carentes de prover seu próprio tratamento de saúde.

O fato de não ser disponibilizados gratuitamente já foi objeto de demanda judicial em diversas ocasiões. Contudo, na grande maioria dos casos, o pedido é indeferido. Exemplo é o seguinte acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE. MUNICÍPIO DE BOM JARDIM. CIRURGIA DE HISTERECTOMIA TOTAL ABDOMINAL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. LIBERDADE DE RELIGIÃO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. AUTORA OBJETIVANDO O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM INTERVENÇÃO CIRÚRGICA REALIZADA NA REDE PARTICULAR DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O PODER PÚBLICO NÃO TERIA AGIDO COM A URGÊNCIA NECESSÁRIA NO CASO, DEIXANDO A AUTORA COM DORES E HEMORRAGIA, FRUTO DO AGRAVAMENTO DE SEU QUADRO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, SOB FUNDAMENTO DE QUE NÃO PODE O PODER PÚBLICO SER OBRIGADO A SUSTENTAR SERVIÇOS DE SAÚDE QUE NÃO DECORREM APENAS DE PRESCRIÇÃO MÉDICA E QUE PODERIAM SER FACILMENTE PRESTADOS PELO SUS, POR QUESTÕES RELIGIOSAS, DE CUNHO INDIVIDUAL. INCONFORMISMO DA DEMANDANTE. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

(TJ-RJ - APL: 00002322920138190009 RIO DE JANEIRO BOM JARDIM VARA UNICA, Relator: JUAREZ FERNANDES FOLHES, Data de Julgamento: 30/Jan/2018, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/Fev/2018).

A cirurgia em questão, disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), causaria risco de hemorragia, para tanto seria necessário a autorização da paciente para a realização do procedimento, no entanto, a autora do pedido comunga da crença pregada pelas Testemunhas de Jeová, sendo assim, não poderia ser submetida à transfusão sanguínea. Por esta razão a autora pretende obrigar o Poder Público a promover-lhe a cirurgia de modo diferenciado por meio de procedimentos que não são realizados pelo SUS, visando o cumprimento do inciso VI do artigo 5º, da Constituição da República que garante a todas as pessoas a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Este direito, portanto, assegura (I) a livre escolha individual e (II) a manifestação desta escolha por meio de cultos ou ritos.

que serve para diminuir a perda de sangue; o sangue recebido é da própria pessoa; doa-se o próprio sangue em período pré-operatório para que o utilize depois; diminui a perda de sangue e consiste na substituição do sangue total por uma solução semelhante ao plasma, funciona como um expansor de volume que não contém sangue; reaproveita o sangue coletado; recuperação do sangue que foi perdido durante cirurgia ou de ferimentos; é uma espécie de sangue artificial, onde soluções promovem volume e transportam oxigênio (ROCHA, 2016, on-line).

Veda-se, por conseguinte, a imposição ao indivíduo de determinada opção religiosa, de renúncia à opção já feita ou de obstáculos ao seu exercício. Apesar disto, foi compreendido que a garantia deste se dá com maior eficiência por meio da abstenção do Estado, no sentido de não interferir na escolha e nas manifestações individuais. Assim, não compete ao Estado financiar tratamentos de saúde resultantes de escolhas religiosas ou de crença. Desta forma considerou sábia a decisão do magistrado de primeiro grau, portanto, o Poder Público ser obrigado a sustentar serviços de saúde que não decorrem apenas de prescrição médica e que poderiam ser facilmente prestados pelo SUS, por questões religiosas, de cunho individual, conseqüentemente, a apelação negou o provimento (BRASIL, 2018, on-line).

Além desta, com pensamento bastante similar, há a realizada pelo Tribunal Regional Federal:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRATAMENTO MÉDICO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICAS. DESCABIMENTO. (TRF-2 - AC: 01366287020134025101 RJ 0136628-70.2013.4.02.5101, Relator: ALCIDES MARTINS, Data de Julgamento: 21/Jul/2017, 5ª TURMA ESPECIALIZADA).

A devolução refere-se ao cabimento da condenação dos réus a fornecer tratamento oncológico à autora na rede privada, essa, por sua vez, se negou a assinar o termo de transfusão de componentes sanguíneos exigido pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA) no qual resta assinalado que os médicos, em caso de necessidade, podem se socorrer de transfusão sanguínea durante a realização de procedimento cirúrgico. Para tanto, autora citou o art. 196 da Constituição da República o qual assevera que a saúde é direito de todos e dever do Estado, competindo, na forma do art. 197, primordialmente ao Poder Público, a execução das ações e serviços que garantam ao cidadão, em última análise, o seu direito à vida.

Além disso, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS, de prestações na área de saúde. Foi constatado, também, que o Poder Judiciário deve buscar a efetividade da norma constitucional e a fiscalização do seu cumprimento, ainda que para assegurar o seu mínimo existencial, qual seja, as condições básicas da existência humana (BRASIL, 2017, on-line).

Houve violação às disposições da Lei nº 12.732/12, uma vez que, a autora comprovou o diagnóstico de neoplasia do reto e que, matriculada no Inca em 11 de julho de 2013 (fls. 23/30), ainda aguardava por mais de 3 (três) meses a realização de procedimento cirúrgico para retirada do tumor, sendo que a paciente tem direito de se submeter ao primeiro tratamento de quimioterapia e 1 radioterapia no SUS no prazo de até 60 dias. Diante de tais fatos, o Juízo a quo deferiu o pedido de tutela antecipada

para determinar que os réus providenciassem a imediata avaliação e início de tratamento da autora no INCA ou em qualquer hospital da rede privada apto a realização do procedimento, sob custeio do SUS (fls. 33/34).

Porém, de acordo com os documentos acostados às fls. 236/239, o procedimento não foi realizado, pois, autora em razão de ser Testemunha de Jeová, se recusou a assinar o termo de consentimento de transfusão de componentes sanguíneos. Com isso, neste caso, foi protegido o que está previsto no art. 22 do Código de Ética Médica o qual estabelece que em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida. Pois, ainda que a liberdade de religião seja expressão da dignidade da pessoa humana, não cabe ao Estado avaliar o mérito de qualquer crença, a apelação foi negada (BRASIL, 2017, on-line).

Ambas as decisões não reconheceram o pedido, alegando que o direito fundamental de liberdade de crença religiosa objetiva apenas limitar o Estado a não interferir nas escolhas alheias quanto à religião. Ademais, não possui relação com o os gastos financeiros que esta possa administrar, pois, para eles, não cabe ao Estado avaliar o mérito de qualquer crença mesmo que seja para efetivar direitos.

Apesar dos indeferimentos ao custeio estatal serem fundamentados no direito de crença religiosa, o argumento jurídico em questão vai além dessa conceituação. Ele sustenta a proteção da dignidade humana, uma vez que, os adeptos da crença conhecida como Testemunhas de Jeová se considerarão impuros (e, não poderão ingressar no "reino do céu"). Também suportarão a rejeição dos irmãos de fé, sendo segregados na respectiva comunidade, perdendo inclusive o sentido do viver. Consequentemente, será desrespeitado, humilhado e desconsiderado.

O custeio dos tratamentos alternativos a conhecida transfusão de sangue possibilitará sua dignidade humana, bem como o respeito a sua condição de integrante dessa comunidade religiosa, compatibilizando seu direito à vida. O revés acentuará as diversas formas de discriminação dos economicamente hipossuficientes, os vulnerabilizando ainda mais, justamente, por não serem agraciados com as práticas médicas substitutivas, capazes de resolver a colisão de direitos entre a vida e o credo religioso. Preferimos não enaltecer aqui, o direito à saúde garantido constitucionalmente, limitado a eficácia da garantia do mínimo existencial. Nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: Apelação cível - obrigação de fazer - Sistema Único de Saúde - Estado - tratamento adequado - Direito Constitucional - obrigação de custeio pelo Poder Público - laudo atualizado - ausência de tratamento alternativo - Tema 106, STJ - modulação de efeitos - urgência comprovada - recurso a que se nega provimento. 1. A saúde como direito constitucional deve ser promovida solidariamente pela União, Estados e Municípios. 2. A determinação ao Poder Público para que a paciente, pobre no sentido legal, tenha direito ao

recebimento da medicação adequada ao seu tratamento, às expensas do Poder Público, configura cumprimento da garantia constitucional de direito à saúde (art. 6º, da Constituição da República). 3. No quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de receituários do SUS, de não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva do possível.

(TJ-MG - AC: 10439170136212002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 04/12/2018, Data de Publicação: 14/12/2018)

Evidente o dever do Estado em garantir a saúde de todos e, em especial, daqueles que não possuem condições financeiras para custear tratamentos que ainda não são disponibilizados pelo Estado. Desarrazoada a alegação de isenção de não inclusão de tratamentos médicos alternativos em lista oficial, limitações orçamentárias ou ainda, fundamentados na teoria da reserva do possível.

Há sim, a imperiosidade de promover à saúde dos necessitados, como também, a dignidade humana, a crença religiosa e à vida para que seja possível proporcionar a garantia do Mínimo Existencial. Sinônimos concretos dessa necessidade é proporcionar vida digna compatibilizada com a prática religiosa escolhida por cada um. Obrigar indivíduos adeptos a tal convicção religiosa, ou seja, os conhecidos “Testemunhas de Jeová” a submeterem as convencionais transfusões de sangue, é desconsiderá-los, enquanto pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em concordância com tudo aqui exposto, entende-se que já existe no âmbito jurídico brasileiro uma grande discussão a respeito da recusa a transfusão sanguínea por questão de crença religiosa como é no caso dos Testemunhas de Jeová.

Por esse motivo, grande parte do estudo evidenciou o conflito entre o direito à vida, ao qual está inserido o direito a dignidade da pessoa humana e o direito a crença religiosa, de que a amplitude compreende a liberdade do indivíduo de exteriorizar sua crença e de não ser obrigado a realizar atos que vão de encontro com sua fé. Ademais, o debate adentrou nos princípios de respeito do médico a autonomia do paciente em decidir sobre seu próprio corpo, contudo como exposto anteriormente essa autonomia não é soberana, pois é limitada pela existência de perigo eminente a vida, priorizando então o direito à vida sobre a liberdade religiosa, e a autonomia do paciente.

A Constituição Federal de 1988 é expressamente fundamentada na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não possibilitar o exercício da convicção religiosa própria, nesse caso específico, das conhecidas “Testemunhas de Jeová” é ofensivo ao direito à vida desses indivíduos.

Imperioso a compatibilidade do direito à vida com o da liberdade religiosa, sem hierarquia entre eles, como preconizou o constituinte. O contrário ignora, desconsidera e ofende o indivíduo e sua própria concepção de vida, proporcionado sua segregação. A efetividade do princípio do mínimo existencial é capaz de justificar o custeio dos tratamentos alternativos a transfusão de sangue àqueles que justificarem sua recusa baseados em convicções religiosas e comprovarem hipossuficiência para tal prática.

Essa prática será capaz de findar com a colisão de direitos entre a vida e liberdade religiosa, beneficiando o desejo íntimo do paciente e atuação profissional dos médicos, enaltecendo a vida digna a cada um deles, estimulando a busca da tão almejada sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. **Código de ética médica**, Resolução 1.931/09, de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. São Paulo, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 268.459**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100795/Julgado_1.pdf. Acesso em: 26 de mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). **Recurso de Agravo de Instrumento nº 0017343-82.2016.4.01.0000/MG**. Relator: Kassio Nunes Marques. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/120003778/trf-1-jud-trf1-07-07-2016-pg-2583?ref=serp>. Acesso em: 26 mar 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70020868162**. Relator Umberto: Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 29 de agosto de 2007. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs?ref=serp>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (5ª Turma Especializada). **Apelação nº 0136628-70.2013.4.02.5101**. Relator: Alcides Martins. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2017. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507006418/apelacao-ac-1366287020134025101-rj-0136628-7020134025101?ref=serp>. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0000232-29.2013.8.19**. Relator: Juarez Fernandes Folhes. Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584072885/apelacao-apl-2322920138190009-rio-de-janeiro-bom-jardim-vara-unica?ref=serp>. Acesso em: 19 de jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10439170136212002**. Relator: Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659186761/apelacao-civel-ac-10439170136212002-mg?ref=serp>. Acesso em: 19 de jan. 2019.

MENDES, G.M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

ROCHA, Karine Watanabe Oliveira. **Técnicas de recomposição de componentes do sangue para fins terapêuticos**. Disponível em: <http://www.rbac.org.br/artigos/tecnicas-de-recomposicao-de-componentes-do-sangue-para-fins-terapeuticos>. Acesso em: 25 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

Data do recebimento: 30 de janeiro de 2019

Data da avaliação: 18 de março de 2019

Data de aceite: 18 de março de 2019

1 Graduada do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT, campus Estância.

E-mail: Daiane.lmenezes@gmail.com

2 Graduada do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT, campus Estância.

E-mail: rebekalycia@outlook.com

3 Graduada do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT, campus Estância.

E-mail: rillaryalmeida@gmail.com

4 Graduada do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT, campus Estância.

E-mail: yslaine.santos@outlook.com

5 Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora Titular na graduação e pós-graduação stricto sensu da Universidade Tiradentes – UNIT e da Universidade Federal de Sergipe – UFS. E-mail: tanisethomasi@gmail.com