

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A Objeção de Consciência no Exercício da Medicina:
Conflitos entre o dever ético-profissional e a autonomia de
vontade do paciente**

MARCO AUGUSTO GHISI MACHADO

Itajaí-SC
2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A Objeção de Consciência no Exercício da Medicina: Conflitos entre o dever ético-profissional e a autonomia de vontade do paciente

MARCO AUGUSTO GHISI MACHADO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel de Abreu

Itajaí-SC

2016

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor **Pedro Manoel Abreu**, homem de fulgurante cultura jurídica e humanística, que ao longo de sua trajetória profissional na Magistratura e na Academia tem sido um grande incentivador e divisor de águas para o aperfeiçoamento profissional e pessoal da magistratura catarinense, levando-a a ser considerada a mais qualificada do Brasil.

Ao Professor Doutor **Alexandre Moraes da Rosa**, que com seu extraordinário conhecimento e cultura jurídica tem contribuído para destacar a magistratura catarinense nas mais diversas arenas acadêmicas, no Brasil e no Exterior, tornando-se inspiração para uma nova geração de magistrados.

Aos meus pais **José Clésio** e **Janete**, que nunca deixaram de incentivar os filhos em todos os seus projetos pessoais e profissionais, sendo um porto seguro nos vários momentos de aflição que a vida nos apresenta.

Aos meus irmãos **Marco Antônio** e **Marco Aurélio**, especialmente a este, companheiro de estudos e discussões, que desde menino sempre me serviu de modelo e inspiração para que eu buscasse os meus objetivos ao longo da vida.

Às colegas de trabalho **Natana Padova Chiamulera** e **Andréa Meurer Eggres**, pela lealdade e paciência de terem lido e conferido os esboços e infindáveis “versões finais” deste trabalho, contribuindo fundamentalmente a Andrea com incentivo nos inconfessáveis momentos de apatia.

Ao **Grande Arquiteto**, que sempre senti presente nos muitos momentos da vida em que necessitei de luz na escuridão.

DEDICATÓRIA

Ao Alexandre, Maria Catarina e Mariana, por compreenderem meus momentos de afastamento físico, para que saibam que sempre serão destinatários de meu mais infinito e incondicional amor.

**Eu me importo pelo fato de você ser você,
me importo até o último momento de sua vida,
e faremos tudo o que estiver a nosso alcance
não somente para ajudá-lo a morrer em paz,
mas também para você viver até o dia da sua morte.**

Cicely Saunders

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 18 de julho de 2016

MARCO AUGUSTO GHISI MACHADO

Mestrando

FOLHA DE APROVAÇÃO

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
1. O CONSTITUCIONALISMO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	14
1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	14
1.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	19
1.2.1 <i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	21
1.2.2 <i>Direito à vida</i>	26
1.2.3 <i>Liberdade de Consciência e Religiosa</i>	30
1.3 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA: UM PANORAMA HISTÓRICO	333
2. A PROFISSÃO MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO	488
2.1. O EXERCÍCIO DA MEDICINA E SEU REGIME JURÍDICO: O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA	48
2.2. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NAS NORMAS JURÍDICAS E ÉTICAS	511
2.2.1 <i>Os princípios norteadores na relação médico-paciente</i>	60
2.3 O MÉDICO DIANTE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.....	677
3. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA APLICADA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA .766	
3.1 OBJEÇÃO RELIGIOSA: A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE.....	766
3.1.1 Paciente adulto consciente.....	911
3.1.2 <i>Paciente adulto inconsciente ou incapaz</i>	988
3.1.3 <i>Paciente menor de idade</i>	100100
3.2 INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ	1044
CONCLUSÃO	1122
REFERÊNCIAS	1155
ANEXOS	123

RESUMO

O presente estudo objetiva investigar a objeção de consciência no exercício da medicina, delimitando-se a duas situações específicas: a objeção de consciência do paciente Testemunha de Jeová que se recusa a se submeter ao procedimento de transfusão de sangue e o posicionamento do médico em face a essa recusa; e a objeção de consciência do médico na negativa de realização ou de colaboração nos procedimentos de interrupção de gravidez, lembrando que, no direito brasileiro, o aborto só é permitido em casos de estupro, risco iminente de morte para a mãe e gestação de feto anencefálico. Por esse motivo, analisar-se-á também o que a doutrina e a jurisprudência internacionais dizem a respeito dos referidos assuntos. O primeiro capítulo relata os direitos fundamentais na perspectiva constitucional; o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), e o panorama histórico da objeção de consciência. O segundo capítulo trata da profissão médica no direito brasileiro, analisando: o exercício da medicina e seu regime jurídico, com base no Código de Ética Médica (CEM); a relação médico-paciente com base nas normas jurídicas e éticas; a objeção de consciência médica; e a relação entre o princípio da dignidade humana e a prática médica. O terceiro capítulo investiga a objeção de consciência aplicada no âmbito da atividade médica, citando: a objeção religiosa no caso de paciente adulto consciente, paciente adulto inconsciente ou incapaz e paciente menor de idade; a objeção de consciência médica em procedimentos. Espera-se que este estudo possa atender à sua intenção de contribuir com uma argumentação teórica e jurisprudencial a respeito da objeção de consciência médica, com base na doutrina e jurisprudência brasileira e internacional.

Palavras-chave: objeção de consciência; profissão médica; dignidade da pessoa humana; direito à vida; liberdade religiosa

ABSTRACT

This study investigates the subject conscientious objection in medical practice, focusing on three specific situations: conscientious objection of the Jehovah's Witness patient who refuses to submit to a blood transfusion and the doctor's positioning when faced with this refusal; and the doctor's conscientious objection in refusing to carry out or collaborate with a termination of pregnancy, bearing in mind that under Brazilian law, abortion is only allowed in cases of rape, imminent risk of death to the mother, or pregnancy with an anencephalic fetus. For this reason, it also analyses the doctrine and international law regarding this subject. The first chapter outlines the fundamental rights from a constitutional perspective; the principle of human dignity, the right to life, and the right to religious freedom, as set forth in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, and gives a historical overview of conscientious objection. The second chapter addresses the medical profession in Brazilian law, analyzing: the practice of medicine and its legal status, based on the Code of Medical Ethics; the doctor-patient relationship, based on legal and ethical standards; medical conscientious objection; and the relationship between the principle of human dignity and medical practice. The third chapter investigates conscientious objection applied to the context of medical practice, citing: religious objection in the case of an adult, conscious patient, an unconscious or incapable adult patient, and an underage patient; and medical conscientious objection to procedures. It is hoped that this study will fulfil its goal of providing a theoretical argument and case law on medical conscientious objection, based on the doctrine and Brazilian and international jurisprudence.

Key-Words: conscientious objection; medical profession; human dignity; right to life; religious freedom

INTRODUÇÃO

A conduta médica exige várias responsabilidades: científicas, técnicas, morais, éticas, sociais, civis, criminais e disciplinares, todas unificadas pelo conceito de responsabilidade médica, entendida como a obrigação de arcar com as consequências de um comportamento, um fato ou um ato médico, aceito e executado por um profissional médico livremente. Todo esse conjunto de ideias é presidido pela consciência individual, isto é, o conhecimento íntimo do bem a se alcançar e o mal a evitar, ou seja, o conhecimento exato e reflexivo dos assuntos e conteúdos relacionados à saúde.

Por conseguinte, entende-se por objeção de consciência na medicina, a recusa de executar um procedimento médico direta ou indiretamente cooperar na sua implementação, mesmo que tal procedimento tenha sido aprovado pelas normas legais, por motivos morais, éticos ou religiosos. Essa objeção pode ocorrer nos casos de interrupção da gravidez, quando tais procedimentos são legalmente autorizados.

Mas o médico, seja qual for a sua especialidade, pode ser confrontado com situações em que surge um conflito entre o dever de prestar assistência médica e a recusa do paciente em receber tal assistência, como no caso dos pacientes Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusão de sangue, colocando em risco sua própria vida. Nesse caso, o dilema do médico é prestar a assistência contra a vontade do paciente e salvar sua vida ou respeitar sua vontade e deixá-lo morrer. Há fatores complicadores como o caso de pacientes incapazes ou menores de idade.

Em razão da complexidade das decisões médico-paciente e suas possíveis consequências contra a prática da objeção de consciência, surge a necessidade de um estudo jurídico minucioso sobre o assunto que intenciona o presente trabalho. Especificamente este estudo objetiva:

1) Analisar o constitucionalismo e a objeção de consciência, estudando: os direitos fundamentais na perspectiva constitucional; o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa elencados na CF/88, e o panorama histórico da objeção de consciência.

2) Estudar a profissão médica no direito brasileiro, analisando: o exercício da medicina e seu regime jurídico, com base no CEM; a relação médico-paciente com base nas normas jurídicas e éticas; a objeção de consciência médica; e a relação entre o princípio da dignidade humana e a prática médica.

3) Investigar a objeção de consciência aplicada no âmbito da atividade médica, citando: a objeção religiosa no caso de paciente adulto consciente, paciente adulto inconsciente ou incapaz e paciente menor de idade; a objeção de consciência médica em procedimentos abortivos. Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A objeção de consciência médica no procedimento de transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová baseia-se na ponderação, estruturada pelo princípio da proporcionalidade em que o direito à vida preponderará frente à recusa à transfusão de sangue, em caso de iminente risco de morte, por motivos de convicção religiosa. Em caso de iminente perigo de vida, o médico deverá realizar a transfusão de sangue independente do consentimento do objeitor ou de seus responsáveis.

b) Em relação à objeção de consciência médica, no procedimento de interrupção da gravidez, o médico pode, conscienciosamente, opor-se a um pedido de aborto. Objeções só podem ser motivadas por crenças particulares, como no caso das crenças religiosas. O médico não pode julgar que a narrativa do estupro não é verídica, uma vez que há uma “presunção de veracidade na palavra da mulher”. Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação. A mulher deve ser atendida por outro médico. Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não-adesão ao critério normativo.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com um relato sobre os direitos fundamentais na perspectiva constitucional; o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa elencados na CF/88 e o panorama histórico da objeção de consciência.

O Capítulo 2 trata da profissão médica no direito brasileiro, analisando: o exercício da medicina e seu regime jurídico, com base no CEM; a relação médico-paciente com base nas normas jurídicas e éticas; a objeção de consciência médica; e a relação entre o princípio da dignidade humana e a prática médica.

O Capítulo 3 dedica-se a investigar a objeção de consciência aplicada no âmbito da atividade médica, citando: a objeção religiosa, nos casos de paciente adulto consciente, paciente adulto inconsciente ou incapaz e paciente menor de idade; a objeção de consciência médica em procedimentos abortivos.

O presente estudo se encerra com as Considerações Finais em que são sintetizadas as contribuições sobre a objeção médica nos casos de transfusão de sangue e interrupção de gravidez.

Em relação ao método investigativo, o método de abordagem utilizado neste trabalho será o dedutivo. Tal método almeja explicar o conteúdo das premissas, utilizando-se, para tanto, de uma linha de raciocínio em ordem descendente, que parte da análise do geral ao particular para chegar a uma conclusão.

CAPÍTULO 1

O CONSTITUCIONALISMO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Desde os primórdios da história, a vida em sociedade quase sempre foi caracterizada por constantes conflitos. O ser humano sempre lutou pela conquista de uma condição melhor e mais digna para sua vida. Lutou, ganhou, perdeu, resistiu, superou os mais diversos obstáculos. Comemorou vitórias e amargou derrotas, mas não desistiu. Das conquistas surgiram os comportamentos padronizados, que ficaram conhecidos como normas, as quais, além de reconhecer os direitos conquistados, também determinavam deveres.

Entretanto, pela própria natureza do ser humano, parecia que sempre ficava faltando algo, talvez uma necessidade não atendida ou “novos direitos”¹ a serem conquistados. Todavia, após o reconhecimento desses “novos direitos”, o homem, talvez satisfeito com suas vitórias, “olvidava-se de efetivar suas conquistas, relegando-as ao esquecimento”.²

Atentos a essa realidade, os detentores do poder, estrategicamente, definiam os direitos recém-conquistados como normas não autoexecutáveis, negando-lhes eficácia e, conseqüentemente, tornando-os letra morta e remetendo-os ao “limbo dos conceitos”.³

Na busca da efetividade dos direitos conquistados surge a necessidade de normas válidas, autoaplicáveis, que limitem o abuso de poder pelo próprio Estado. Dentro desse contexto histórico-político surgem os chamados direitos fundamentais no constitucionalismo atual.

¹ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil, natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

² HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 128-9.

³ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 129.

A evolução histórica dos direitos fundamentais tem estreita ligação com o surgimento da moderna noção de Estado Constitucional. Nas palavras de Sarlet, resgatando ensinamento da doutrina alemã de Stern:

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.⁴

São inúmeros os conceitos e definições que tentam caracterizar os direitos fundamentais, não havendo sequer uma concordância na expressão a ser adotada. Ora são chamados de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, como apontado por Alexandre de Moraes⁵.

Contudo, para Moraes⁶, “o importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana”, sendo reconhecidos pela grande maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. Para António Fernandez-Galiano:

Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana⁷.

E Castan Tobeñas assim define os direitos fundamentais:

[...] son aquellos derechos fundamentales de la persona humana - considerada tanto en su aspecto individual como comunitario - que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 36.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, p. 95.

⁷ Fernandez-Galiano, António. **Derecho natural**: Introducción filosófica al derecho, p.139-40.

y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídico positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común⁸.

Para Alberto Montoro Ballesteros⁹, os direitos fundamentais são valores éticos objetivos, e sua validade não depende de qualquer ato de autoridade ou pessoa. Esses valores foram aperfeiçoados e tornados concretos pelo direito positivo fundamentalmente por meio dos textos constitucionais, inspirados nas idéias de valores superiores do ordenamento jurídico, direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

Trata-se, como se vê, de tarefa bastante inglória a conceituação dos direitos fundamentais. Porém, Sarlet considera que “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”¹⁰.

Nas palavras de Paulo Bonavides os direitos fundamentais são estabelecidos por:

[...] dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.¹¹

Nas palavras de Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material¹².

⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. **Los derechos del hombre**. 4ª ed. Madri: Editora Reus, 1992, p. 15.

⁹ BALLESTEROS, Alberto Montoro. **Sistema de teoría fundamental del derecho**. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 305.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 564.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 58.

Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta, ou seja, não dependem de regulamentação, nem de lei ordinária para serem observados, cumpridos e aplicados. E por se encontrarem num grau superior no ordenamento jurídico, não podem ser objeto de revisão constitucional que tenha como objetivo sua supressão.¹³ No caso brasileiro, são as chamadas cláusulas pétreas¹⁴.

O ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Os direitos fundamentais, pelo seu próprio papel de resguardar e garantir o mínimo necessário para a dignidade humana, encontram-se em posição de primazia sobre todo o ordenamento jurídico, até mesmo dos demais enunciados normativos constitucionais.¹⁵

Assim, de forma sintética, José Afonso da Silva aponta as principais características dos direitos fundamentais¹⁶:

- a) imprescritibilidade - não se perde pelo decurso do prazo;
- b) inalienabilidade - não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso, ou seja, são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis;
- c) irrenunciabilidade - não podem ser objeto de renúncia;
- d) inviolabilidade - impossibilidade de desrespeito por determinação infraconstitucional ou por ato das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- e) universalidade - abrange todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- f) efetividade (o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos direitos e garantias), interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178-179.

¹⁴ Alexandre de Moraes explica o significado de cláusulas pétreas: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto; secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”. MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 662.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p.100-101.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 179.

de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como a previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente) e complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta).

Pelos conceitos e características dos direitos fundamentais, depreende-se que o constituinte originário os colocou em situação privilegiada e de indubitosa primazia sobre os demais direitos que apenas formalmente estão “constitucionalizados”.

Nesse sentido, anota Sarlet¹⁷ que a própria noção de fundamentalidade deles já os coloca numa posição de supremacia sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, reconhecendo também um regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais dentro do próprio contexto de uma Constituição. Todavia, o autor ressalta que a Constituição admite a existência de direitos fundamentais não escritos e que podem ser deduzidos pelo intérprete ao analisar os direitos fundamentais expressos, bem como os princípios apontados no corpo da Constituição.

Na percepção de Sarlet não teria como a Constituição exaurir em seu texto todos os direitos, bem como mencionar todas as liberdades. Desta forma, cabe a lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência complementarem a obra. “Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.¹⁸

Dessa forma, os direitos fundamentais implícitos são aqueles que, apesar de não estarem expressamente delineados no ordenamento jurídico, pode-se dele extrair, nesse sentido, sua existência por intermédio da hermenêutica de seus enunciados ou por comandos normativos.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p.184.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 184.

1.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A existência de uma Constituição traz intrínseca a ideia de um escalonamento normativo e, como pressuposto básico, a supremacia da norma constitucional. No âmbito do Poder Legislativo, significa que nenhum ato normativo inferior poderá contrariar, modificar ou suprimir uma norma constitucional.

Para melhor entender a supremacia da ordem constitucional, convém distinguir o constitucionalismo antigo do atual. Ainda que as Constituições escritas tenham consagrado essa supremacia, é certo que “em período anterior já era possível identificar a supremacia de determinada lei, ou ainda, de um conjunto de leis, sobre o restante do ordenamento jurídico”.¹⁹

A ideia de supremacia de um corpo de normas fundamentais sempre esteve presente nas leis de várias civilizações, senão com essa mesma noção de constitucionalismo, mas com o mesmo espírito de existirem leis mais importantes do que outras e que deveriam servir de norte para as demais normas existentes.

O constitucionalismo surge da “necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado”²⁰.

A CF/88 representou o marco final do poder militar e o início de um Estado Democrático de Direito. Depois de quase 20 anos de ditadura militar, em 05 de outubro de 1988, é proclamada a CF/88, trazendo consigo a conquista de vários direitos, entre eles os trabalhistas e os sociais. Por esse motivo, a Carta Magna ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, pois trouxe embutida em seus ideais a promessa de devolver a cidadania a milhões de brasileiros.²¹

Dessa feita, os direitos fundamentais inseridos na CF/88 revelam destacada importância, pois retratam os valores assegurados à nação brasileira, os quais foram arduamente conquistados no decorrer da história e que formam a base

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, p. 13.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, p. 06.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 87-89.

do regime democrático. Caso restem suprimidos, ocultados, retirados do bojo da Constituição, não mais será possível falar-se em autêntico regime democrático.²²

O Estado Democrático se manifesta por intermédio das leis e está submetido a elas. Como consequência lógica, o Estado tem seu poder limitado pela norma e deve garantir direitos como liberdade e igualdade. Na democracia, governantes e governados se submetem ao império da lei editada de acordo com a vontade geral, visando atingir o bem comum. Dessa forma, resta impensável qualquer possibilidade de o Estado agir ao arrepio da lei e do direito.²³

A CF/88 traz em seu artigo 1º os cinco fundamentos que deverão nortear os atos do Estado e, por consequência, do ordenamento jurídico por ele produzido.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.²⁴

E aponta, em seu Título II (art. 5º ao 17), um rol bastante extenso dos direitos e garantias fundamentais explicitamente positivados. No entanto, já é entendimento pacificado que, além dos direitos fundamentais estabelecidos no Título II, se admite a existência de direitos fundamentais implícitos no seu texto ou em tratados internacionais. Tal entendimento encontra amparo legal no artigo 5º, § 2º da CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.²⁵

É de salutar importância destacar que a CF/88 também previu expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal afirmação revela que os direitos

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 87-89.

²³ HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 5-6.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 25 jun de 2015.

²⁵ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos.²⁶

E a partir desse entendimento, tem-se logrado êxito em, cada vez mais, ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, sempre no intuito de conceber uma sociedade mais justa e solidária, dando guarida ao princípio fundamental maior inserido na CF/88: o da dignidade da pessoa humana.

Para maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, a CF/88 traz em seu texto do art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias fundamentais”. Dessa forma, tais direitos elevaram-se à condição de cláusulas pétreas, ou seja, os direitos e garantias individuais são limites materiais até mesmo às emendas constitucionais.²⁷

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A noção de dignidade humana, na filosofia grega, ao mesmo tempo em que diferencia o homem das demais criaturas, o iguala em relação aos demais seres humanos. Nessa esteira, a dignidade encontra-se vinculada à noção da liberdade individual (o homem como ser dotado de liberdade é responsável por seus atos e, como consequência, pelo seu destino) e a ideia de que todos os homens, na sua essência, são iguais em dignidade.²⁸

Aparecem as primeiras referências sobre a dignidade humana na Bíblia Sagrada, em seu Antigo e Novo Testamento, ao mencionar:

[...] que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.²⁹

Todavia, foi durante a Idade Média que Tomás de Aquino utilizou expressamente o termo “*dignitas* humana”. E já no limiar da Idade Moderna, o

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 73.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 99.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 98.

humanista italiano Pico de Mirandola, partindo do princípio de que a razão é uma qualidade inerente ao ser humano, defendeu que é a dignidade humana que possibilita ao homem construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.³⁰

Valiosas foram as palavras do espanhol Francisco de Vitoria, ainda no século XVI, no início da colonização espanhola, ao criticar o processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios, os quais, em função do direito natural e de sua natureza humana, eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos.³¹

Em meados dos séculos XVII e XVIII, a noção de dignidade humana bem como do direito natural passaram por um processo de racionalização e laicização, mantendo, no entanto, a ideia central de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Corroborando, Sarlet afirma que a concepção de dignidade humana parte da autonomia ética do ser humano, considerando-a como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto.³²

Foi no período pós-guerra que surgiram vários institutos, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, com o fim precípuo de proteger os indivíduos, na sua condição de ser humano de qualquer atrocidade que contra ele pudesse ser cometida. O homem deixa, doravante, de ficar sob o jugo da vontade de outro homem. É desse marco histórico que o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado de forma expressa na Constituição de vários países.

Nas palavras de Dallari³³, a Declaração Universal de Direitos do Homem preocupou-se não somente com a afirmação dos Direitos, mas com sua aplicação prática. Para isso dispôs de forma expressa:

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 99.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 99.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 99.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1ª ed. (Coleção Polêmica). São

[...] com pormenores, algumas exigências que devem ser atendidas para que a dignidade humana seja respeitada, para que as pessoas convivam em harmonia, para que uns homens não sejam explorados e humilhados por outros, para que nas relações entre as pessoas exista justiça, sem a qual não poderá haver paz.³⁴

É nesse cenário que ocorre o reconhecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na CF/88, a qual lista, em 72 incisos do artigo 5º, os Direitos Fundamentais que irão nortear todo o ordenamento jurídico. Mas o principal valor tutelado, no entanto, está previsto no artigo 1º, inciso III, “o princípio da dignidade da pessoa humana”, elencado como Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Muito se tem falado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principalmente como princípio basilar de todo ordenamento jurídico. Dessa feita, impõe-se a necessidade de tecer breves comentários sobre seu significado.

A dignidade é em essência uma qualidade do ser humano tornando-o merecedor de respeito e proteção, não importando a crença, origem, cor ou sexo.

Assim, toda a forma de depreciação ou de redução do ser humano, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto, é vedada pelo ordenamento jurídico.

Para Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.³⁵

Alexandre de Moraes aponta outros aspectos sobre a dignidade humana:

[...] a dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que

Paulo: Moderna, 1998, p. 72.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, p. 72.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**, p. 61.

lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (vicer honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).³⁶

Para Ingo Wolfgang Sarlet³⁷, a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, uma condição irrenunciável e inafastável, não se distanciando essa condição mesmo quando um determinado sujeito comete os crimes mais repugnantes.

É qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem aos indivíduos proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Bem como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁸

Com isso, conclui-se que o homem deve ser considerado como um “fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa.” E cabe ao Estado o dever de propiciar às pessoas todas as condições necessárias para que as mesmas se tornem dignas.³⁹

Assim, a dignidade além de ser garantia pela qual se afiança a todo cidadão uma existência digna, assegura também sua liberdade em determinar os rumos de sua própria vida, sem a interferência de qualquer pessoa, agindo com total autonomia ao fazer suas escolhas.⁴⁰

Devido ao contexto histórico, a CF/88 reconheceu, de forma expressa, o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, p. 62.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 101.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 73.

³⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2009, p. 581.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 543.

de Direito (art. 1º, inc II), ou seja, reconheceu expressamente “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”⁴¹. Nessa esteira, o Estado passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas.

Não são poucos os autores que, em vão, tentaram uma definição para tão importante princípio: o da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um conceito vago e impreciso, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência estabelecer os contornos básicos na busca de concretizar o seu conteúdo.

Ainda que não se tenha um conceito fechado para o princípio da dignidade humana, é certo que se trata de uma qualidade intrínseca do ser humano, em outras palavras, é algo que simplesmente existe, irrenunciável e inalienável. Ainda sobre o conceito de dignidade humana esclarece Sarlet:

[...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existem em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, na natureza do ser humano como tal.⁴²

Na linha desse entendimento, cabe ao Estado guiar suas ações no sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade humana. É certo que não existe um conceito concreto para a dignidade humana e nem é possível reduzi-lo a uma definição genérica e abstrata. Em outras palavras, Sarlet afirma que não há como definir o âmbito de proteção do princípio da dignidade humana a não ser no estudo e análise dos casos concretos.⁴³

Para Sarlet “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 98.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 101.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 103.

mero instrumento, tratada como uma coisa”⁴⁴. Tal significado não consegue oferecer um conceito global, mas trilha pelo menos um caminho a ser seguido na análise do caso concreto.

Conclui-se, portanto, que o princípio da dignidade humana, como um direito fundamental, constitui-se num valor-guia não apenas para os direitos fundamentais, mas para toda a ordem constitucional, sendo considerado o princípio constitucional brasileiro de maior hierarquia.

1.2.2 Direito à vida

Discorrer sobre o direito fundamental à vida é tarefa das mais complexas, pois para falar sobre ele, é necessário adentrar em um campo ainda mais nebuloso, qual seja, conceituar o que é VIDA.

A dificuldade reside no grande número de conceitos encontrados, a depender do ponto de vista abordado, como por exemplo, o religioso, o biológico, o moral, o filosófico, o jurídico, e, ainda, em qual momento histórico está inserido.

A palavra vida pode assim ser definida:

Vida é o estado ou condição dos organismos capazes de desempenhar transformações complexas de moléculas orgânicas (essenciais a atividades funcionais como metabolismo, crescimento e reprodução). Esses seres evoluem por seleção natural e produzem cópias mais ou menos idênticas de si mesmos, transmitindo às gerações seguintes as instruções necessárias para que elas próprias se repliquem ou reproduzam.⁴⁵

Platão⁴⁶ considera o início da vida o momento em que alma e corpo unem-se um ao outro, e a morte seria a separação da alma e do corpo na vida terrena. Já Aristóteles entendia como fase inicial da vida quando o feto realizasse os primeiros movimentos. Sua teoria foi bastante difundida por São Tomás de Aquino e adotada pela Igreja Católica no período Escolástico.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 103.

⁴⁵ Grande Enciclopédia Barsa. Barsa Planeta Internacional LTDA: São Paulo, vol. 14, 2005, p. 371.

⁴⁶ PLATÃO. **A imortalidade da alma**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/ResultadoPesquisaObraForm.do>> Acesso em 10 jun. 2016.

No entanto, foi a partir do papado de Pio IX, em 1869, que o momento da fecundação passou a ser adotado como o princípio da vida, ou seja, o encontro do óvulo com o espermatozoide. Essa teoria ainda hoje é sustentada pela Igreja Católica.⁴⁷

Da mesma forma que o Catolicismo adota a concepção como início da vida, diversas outras religiões também têm suas teorias. O Judaísmo afirma que a vida inicia a partir do 40º dia da fecundação. No Islamismo o marco inicial da vida seria o 120º dia posterior à fecundação, quando Alá sopraria a alma no corpo do feto. Já o Hinduísmo parte do pressuposto que a vida começa na fecundação quando a alma e a matéria se encontram, entendimento parecido com o adotado pelo Catolicismo.⁴⁸

Ao longo da história surgiram vários conceitos filosóficos e religiosos tentando delimitar o início da vida, todavia é na seara científica que os juristas têm buscado encontrar uma resposta para tão debatida questão. Entretanto, nem mesmo a ciência conseguiu encontrar uma resposta única acerca do princípio da vida. Nesse contexto, diferentes teorias e estudos a respeito da origem da vida humana surgiram. Entre elas podemos destacar a teoria da concepção, nidação, implementação do sistema nervoso, dentre outros.⁴⁹

A teoria da concepção ou genética defende a existência da vida humana desde o momento da concepção. Essa é adotada pela Igreja Católica e é também acolhida pelo Direito Brasileiro. Nesse sentido é o que dispõe o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Para esta corrente o embrião humano desde a sua concepção já é considerado uma pessoa humana e, portanto, merece a proteção jurídica.⁵⁰

Na opinião de William Artur Pussi⁵¹, entre vinte e quatro e trinta e seis horas após a fecundação surge a primeira célula individualizada (zigoto ou blastócito)

⁴⁷ FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida**: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico.

⁴⁸ FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida**: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico.

⁴⁹ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 191-197.

⁵⁰ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**, p. 191-197.

⁵¹ PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**, p. 191-197.

a qual começa a dividir-se, dando origem ao embrião. E, somente após seis semanas, o embrião passará a ser chamado de feto. No entanto é incontestável que o embrião já traz consigo toda uma informação hereditária, um código genético distinto e único (o genoma) que se transmite às demais células. Nas palavras de Pussi (2005):

Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida; vida diferente do espermatozoide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embriônica a início, embriônica, após, mas vida humana. Em suma desde a concepção a vida humana nascente a ser tutelada.⁵²

A teoria da nidificação exige a fixação do óvulo no útero como marco inicial da vida, pois é a partir desse momento que o embrião, no útero materno, encontra as condições adequadas para o seu desenvolvimento.

Outra tese desenvolvida é a genético desenvolvimentista, que considera que a formação do ser humano se dá com o desenvolvimento de várias etapas sucessivas, como o pré-embrião, embrião e por fim a formação do feto. Essa corrente defende que o embrião já pode ser considerado como pessoa humana e, por consequência, ter seus direitos tutelados. Essa teoria é adotada na legislação de vários países europeus, onde se autoriza a manipulação de pré-embriões para estudos ou até mesmo a sua inutilização.⁵³

A teoria neurológica parte do pressuposto que a morte é declarada com o fim das ondas cerebrais, como consequência lógica, o princípio da vida seria o momento em que o embrião passasse a ter os primeiros sinais de células nervosas com atividade. Já a teoria ecológica afirma que a vida se inicia no instante em que a vida, fora do útero materno, seja viável para o feto. E esse momento ocorre quando seus pulmões encontram-se prontos para realizar suas funções, o que ocorre por volta da vigésima quarta e vigésima quinta semanas de gravidez.⁵⁴

A diversidade de teorias existentes demonstra a importância do tema. Sendo o direito à vida um dos pressupostos básicos de todos os demais direitos e

⁵² PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**, p. 191-197.

⁵³ FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida**: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico.

⁵⁴ FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida**: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico.

liberdades do ser humano, é imprescindível saber o marco inicial, pois é a partir desse instante que a vida encontrará guarida no texto constitucional.

A Constituição Brasileira enumera, em seu art. 5º, o direito à vida, que é seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁵⁵

É o mais elementar de todos os direitos, sendo visto como verdadeiro pré-requisito para a existência dos demais direitos. A vida é o direito humano mais sagrado, e o homem, pelo simples fato de estar vivo, é dotado de grande valor. Para Mendes e Branco “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.⁵⁶

Quanto à sua abrangência, o direito à vida apresenta duas facetas: Em primeiro lugar, encontra-se o direito de permanecer vivo; e em segundo lugar, o direito a uma vida digna. Assim, cabe ao Estado assegurar a todos o direito de permanecer vivo, seja por meio de políticas de segurança pública, proibição da justiça privada e por parte do próprio Estado o respeito à vida de seus cidadãos.

Para José Afonso da Silva,⁵⁷ o direito de estar vivo consiste em “lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”. É decorrência do direito à vida que o direito penal pune todas as formas de interrupção violenta da vida e mais, sendo um direito e não uma liberdade, não cabe a alternativa pelo suicídio. Deve a vida ser protegida, até mesmo contra a vontade do titular do direito.

Para Jacques Robert (*Libertés publiques*, Paris, PUF, 1980, pág. 234):

⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 198.

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem, e, até o presente, o feto é considerado um ser humano.⁵⁸

É papel do Estado, ainda, assegurar um padrão mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Nesse âmbito inclui-se o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, inc. XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217).⁵⁹

O direito à vida como princípio constitucional, guarda estreita relação com o direito a uma existência digna e humana, ratificado pelo artigo 1º, inciso III da CF/88.

A corrente constitucionalista atual tem defendido que o direito à vida atinge um patamar mais elevado que o puro direito de estar vivo, predominando entre os estudiosos a teoria do direito à vida com dignidade. Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o alicerce que salvaguarda as características inerentes a todo ser humano, devendo sobressair o respeito a uma vida decente que garanta condições mínimas para a sustentabilidade, autodesenvolvimento, e, acima de tudo, existência digna.

1.2.3 Liberdade de Consciência e Religiosa

A CF/88 dispõe, em seu artigo 5º, inciso VI, entre os seus direitos fundamentais, o direito à liberdade religiosa, tema a ser explanado neste tópico: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.⁶⁰

Resguardado pela liberdade religiosa, cabe ao indivíduo o direito de escolher a sua própria religião, sem sofrer qualquer tipo de intervenção por parte do Estado. E, também, não pode o indivíduo ser prejudicado por pertencer a uma ou

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 198.

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 543.

⁶⁰ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

outra religião, devendo o Estado garantir a sua cidadania.⁶¹ “A liberdade religiosa, por conseguinte, é uma expressão da dignidade humana”. O Estado Democrático de Direito deve não só aceitar o pluralismo, no âmbito da liberdade religiosa, como deve também assegurar sua livre manifestação, impedindo quaisquer atos de cunho persecutório ou de favorecimento.⁶²

O Estado brasileiro, como estado laico, deve cooperar com todas as religiões, sem discriminar, permitir preferência ou parcialidade a nenhuma religião em especial. A separação entre Estado e religião é um pressuposto à plena liberdade religiosa. No Estado laico, Igreja e Estado são esferas distintas e independentes, e, entre as principais características do Estado laico podemos destacar: a restrição dos grupos confessionais ao espaço privado, a igualdade das associações religiosas perante a lei e a garantia do pluralismo confessional e de escolha individual.⁶³

A religião está presente na vida das pessoas e nas comunidades políticas desde o início dos tempos. A condição humana nela tem buscado, ao longo dos séculos, respostas para questões existenciais básicas, relacionadas ao sentido da vida, ao mundo à volta e à posteridade.⁶⁴

Dada a importância da religião na vida das pessoas, o Estado brasileiro adota a laicidade, mas não prega a laicismo. A liberdade religiosa está elencada em vários dispositivos constitucionais, entre os quais se destacam os artigos 5º, incisos, VI, VII e VIII, e artigo 143, § 1º⁶⁵ e também está expressa em tratados internacionais

⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 604.

⁶² BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 605-606.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Letigimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová**. Parecer Jurídico.

⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter

como na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para José Afonso da Silva⁶⁶, a liberdade de religião engloba, na verdade, três tipos distintos, porém intrinsecamente relacionados de liberdades: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. A liberdade de crença compreende a liberdade de escolha da religião, de aderir ou não a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, e também a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.

Com a liberdade de crença a fé religiosa deixa de ser aquela herdada pelos pais ou de um príncipe soberano no território em que a pessoa nasce. Cabe ao sujeito capaz escolher qual religião irá adotar, bem como, alterar o seu vínculo com a igreja escolhida ou ainda deixar de acreditar em determinada crença religiosa.⁶⁷

Aos pais compete a criação e a educação de seus filhos⁶⁸, incluindo-se, neste contexto, a educação religiosa. Pertence aos pais o direito de manter a criança afastada da religião ou incluí-la na religião que professa. No entanto, esse poder familiar não é absoluto, podendo sofrer sindicância por parte do Estado sempre que houver prejuízo ao interesse do menor⁶⁹, pois a liberdade religiosa não pode servir de fundamento a abusos e desvios morais ou sociais.⁷⁰

No que tange à liberdade de culto, Silva explica:

essencialmente militar. (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 249.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 101.

⁶⁸ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; (BRASIL. Presidência da República. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁶⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**)

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 104/105.

A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.⁷¹

A Constituição assegura liberdade para o exercício do culto religioso, conquanto não seja contrário à ordem pública e preserve o sossego e a tranquilidade. Dessa forma, cabe ao poder público não embaraçar o exercício de cultos religiosos e nem deixar que outros o façam. Em outras palavras, a liberdade de culto pode ser entendida como a liberdade de manifestação exterior da crença, seja em âmbito privado ou público.

A terceira forma é a liberdade de organização religiosa que “diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das Igrejas”⁷². Ainda nesse entendimento, o indivíduo possui liberdade para associar-se ou desassociar-se de organização religiosa sem que venha sofrer qualquer tipo de discriminação.

Ninguém pode ser obrigado a permanecer em determinada seita religiosa ou mesmo ser forçado a aderir a uma. A liberdade de organização religiosa abarca ainda a obrigação do Estado de não intervir nas organizações religiosas, sob pena de expressar favoritismo a determinada religião, o que é expressamente vedado na ordem constitucional.

1.3 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA: UM PANORAMA HISTÓRICO

Sendo a liberdade um princípio inafastável para a concepção de um Estado liberal, a CF/88 dispõe no artigo 5º, inciso III que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tradicionalmente a liberdade individual era delimitada pela lei, ou seja, podia-se fazer tudo o que a lei não proibisse ou determinasse. Entretanto, nessa linha de entendimento o direito geral de liberdade não se tornava efetivo para os cidadãos, visto que incumbia ao legislador o poder discricionário de editar as regras sobre as “liberdades” da melhor maneira que lhe aprouvesse.⁷³

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 249.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 250.

⁷³ HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites, p. 19.

No entanto, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, em interpretação ao artigo 2-1 da Lei Fundamental de Bonn, que dispõe que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”, o direito geral de liberdade passa a ser entendido de maneira reforçada, ou seja, passou-se a entender que só uma limitação constitucional poderia limitar outra limitação da mesma natureza e ainda assim, nessa interpretação, deveria se ater como norte o princípio da proporcionalidade.⁷⁴

Surge, a partir dessa importante interpretação da Lei Fundamental de Bonn, um novo prisma para a compreensão do princípio geral de liberdade. Doravante os mandados e as proibições legais, que tragam em seu escopo a restrição de liberdade, devem decorrer de valores albergados no texto constitucional, sob pena de serem considerados ilegítimos e consequentemente nulos.⁷⁵

A liberdade de consciência está vinculada com a faculdade do indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio em que vive. É a liberdade de crer ou não crer em termos de espiritualidade. O ser humano pode, livremente, optar por uma crença religiosa ou não optar por nenhuma e a ele será assegurado que não sofrerá qualquer tipo de sanção ou discriminação pelas suas escolhas.

Acreditar no que quiser é um direito intrínseco a cada ser humano. A consciência é foro íntimo e inviolável. Faz parte do ser humano ter suas próprias ideias, convicções e crenças. A consciência é a noção da própria realidade do indivíduo, é o conhecimento do seu próprio interior. Já a consciência moral resulta do conceito do bem e do mal, do certo e do errado, de deveres e obrigações. É por intermédio dela que os seres humanos determinam suas ações e suas escolhas e fazem uso de sua liberdade.⁷⁶

Segundo a enciclopédia Barsa:

A consciência constitui a própria essência do ser humano. O termo consciência designa os processos internos que determinam níveis

⁷⁴ HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites, p. 19.

⁷⁵ HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites, p. 20.

⁷⁶ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objecção de consciência às transfusões de sangue**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005, p. 30.

complexos do comportamento. Sobre sua natureza, distinguem-se duas perspectivas: a animista e a fisiológica ou mecanicista. A primeira insiste no sentido não-físico desses processos, e a segunda identifica-os com atividades cerebrais.⁷⁷

Na concepção de Descartes, "consciência significa conhecimento imediato dos processos que a constituem. Ser consciente é, pois, ser consciente de si mesmo".⁷⁸ A liberdade de consciência, como um direito fundamental, não se limita a proteger o livre desenvolvimento da consciência, mas as manifestações dela decorrentes. No entendimento de Mendes e Branco, a liberdade de consciência está atrelada com a capacidade de o indivíduo manifestar suas idéias e juízos sobre si mesmo e em relação ao meio em que vive, não devendo o Estado interferir ou impor concepções filosóficas aos seus cidadãos.⁷⁹

Nessa direção, Morin observa que a democracia necessita de conflitos, pois "a democracia supõe e nutre a diversidade dos interesses, assim como a diversidade de ideias". E é por respeito a essas diversidades que a democracia não aceita a ditadura da maioria contra as minorias e vai além, acrescentando que a democracia deve conservar a pluralidade para conserva-se a si própria. E para que essas diferenças não degenerem em anarquia é que a Constituição delimita as liberdades, entre elas a liberdade de consciência.⁸⁰

Dessa forma, as normas jurídicas ainda que válidas e vinculantes para todos, podem, excepcionalmente, não serem impostas às pessoas que oferecerem resistência em virtude de suas convicções morais. Nessa seara, Mendes e Branco assinalam que a partir do momento em que o Estado "reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo haja de acordo com suas convicções". E para os casos em que o Estado impõe conduta que desafia o sistema de vida do indivíduo que as suas convicções construíram, cogita-se o reconhecimento da figura da "objeção de consciência".⁸¹

⁷⁷ Grande Enciclopédia Barsa. Barsa Planeta Internacional LTDA: São Paulo, vol. 04, 2005, p. 359

⁷⁸ Grande Enciclopédia Barsa, p. 359.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 356/357.

⁸⁰ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 6 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2002, p. 108.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 356.

Objetar significa ser contrário a algo, opor-se, recusar. A expressão *objeção de consciência* tem sido empregada para definir os casos em que o indivíduo, por alguma convicção, recusa-se a praticar determinado ato. Na definição de Mendes e Branco, a objeção de consciência consiste “na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral”.⁸²

Ressalta-se que a atitude de insubordinação não decorre de mero capricho, tão menos de interesse mesquinho. Para ser válido, é necessário tratar-se de insuportável violência psicológica. “A conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo”.⁸³ Obedecer aos princípios em que acredita é condição vital de sua existência.

Do ponto de vista de Rogério Carlos Born:

A objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e convicções, podendo o Estado obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental. Em outras palavras, é o direito individual de oposição ao cumprimento de leis, atos normativos e disposições privadas que causem aversão, constrangimento ou ojeriza ao destinatário em razão de conflito com seus dogmas e valores pessoais.⁸⁴

Já para Bruno Heringer Júnior - “é possível conceituar a objeção de consciência como o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal”⁸⁵. Busca alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela ordem jurídica.

Para o autor Português Francisco Pereira Coutinho, a objeção de consciência é um direito constitucionalmente protegido “que se traduz no não cumprimento de obrigações e no não praticar atos previstos legalmente, em virtude

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 357.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 357.

⁸⁴ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de consciência**: Retrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014, p. 59.

⁸⁵ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 43.

de as próprias convicções do sujeito o impedir de cumpri-las, sendo que estes atos e incumprimentos estão isentos de quaisquer sanções”.⁸⁶

Gimenes destaca três importantes características para caracterizar a objeção de consciência. A primeira e principal característica reside na recusa ao cumprimento de uma norma jurídica, ou na submissão à diretriz de uma autoridade pública ou então na rejeição de uma proposta ou comportamento imposto por parte do Estado. Sem sombra de dúvida, essa é a característica mais notória e com certeza a mais polêmica. O segundo requisito apontado é que essa rejeição ou recusa ao cumprimento de norma jurídica deverá ser fundamentada em razões de foro íntimo do objetor. E por último destaca-se a não utilização da violência como meio de atuação.⁸⁷

Do ponto de vista de Francisco Pereira Coutinho, pode-se, sinteticamente, caracterizar a objeção de consciência pelos seguintes aspectos: a) Deve-se estar diante de um caso de incumprimento de uma norma jurídica impositiva para o objetor, que fica em situação de desvantagem; b) requer que o ordenamento jurídico tolere tal comportamento isentando-o de qualquer sanção, ou seja, só mediante normas expressas poderá ser garantida; c) o incumprimento à norma jurídica deve decorrer de razões íntimas de sua consciência; d) o não cumprimento deve ser fundado em um caráter individual; e) deve ser de cunho pacífico e, sobretudo, não prejudicar terceiros.⁸⁸

Não se deve, no entanto, confundir a objeção de consciência com a desobediência civil. O marco divisório é muito tênue, pois ambas pressupõem o descumprimento de uma norma jurídica ou medida coercitiva.

No entendimento de Heringer Júnior⁸⁹, a desobediência civil “é um comportamento coletivo, ou seja, uma ação ilegal pública e não violenta, que apela a

⁸⁶ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 10.

⁸⁷ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**, p. 32

⁸⁸ COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência**, p. 15.

⁸⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 36.

sentimentos de justiça com o objetivo de modificar alguma lei ou política governamental, mas ainda respeitando a ordem jurídico-constitucional”.⁹⁰

Corroborando para a diferenciação entre as figuras da objeção de consciência e desobediência civil António Damasceno Correia esclarece:

A desobediência civil representa a manifestação de um fenômeno ilegal e desautorizado pelo Poder Público, enquanto a objeção de consciência é pautada na legalidade e previsão normativa; a desobediência civil se refere a um objetivo público e a objeção de consciência a um motivo de foro íntimo; a desobediência civil tem a finalidade de encorajar publicamente o descumprimento de lei, enquanto a objeção de consciência não visa a influência de qualquer cidadão; a desobediência civil tem a intenção de revogar ou modificar uma lei ou uma ordem enquanto a objeção de consciência visa a realização de uma exigência interna ou de um interesse próprio.⁹¹

Em síntese, pode-se afirmar que, na objeção de consciência, o objetor se volta contra uma norma legal, legítima e moral, mas incompatível com seus princípios, enquanto a desobediência civil é uma manifestação coletiva que visa modificar, revogar ou ab-rogar uma norma legal, porém tida como ilegítima ou imoral.⁹²

A objeção de consciência, no Brasil, encontra seu fundamento constitucional nos artigos 5º, *caput*, incisos III, VI e VIII e no artigo 143, § 1º, todos da CF/88⁹³. Sua origem encontra-se consubstanciada no *caput* do artigo 5º, “todos

⁹⁰ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 36.

⁹¹ CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p. 27.

⁹² BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Restrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 134.

⁹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

(...)

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, todavia, a previsão expressa está inserida no mesmo artigo, no inciso VI, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”⁹⁴. Dessa forma, se todos são iguais, todos podem expressar suas ideias, pensamentos e crenças, desde que os direitos dos outros sejam respeitados.

Na CF/88 somente estão expressas as objeções de consciência decorrentes da invocação da liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica e política. Tradicionalmente a objeção de consciência sempre esteve atrelada a obrigações militares, em especial à prestação de serviço militar.⁹⁵ Tanto que é a única forma de objeção de consciência que possui previsão expressa da possibilidade de prestação alternativa, conforme preceitua o artigo 143, §1º, da CF/88:

Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.⁹⁶

Dessa forma, a objeção de consciência militar somente é legítima mediante o cumprimento da prestação alternativa fixada em lei (art. 5º, inc. VIII, da CF/88). No caso do serviço militar obrigatório a prestação alternativa prevista no *caput* do art. 143, da CF/88 foi regulamentada pela Lei 8.239/1991. Em 1992 foi publicada a Portaria 2.681 do Ministério da Defesa, a qual estabelece entre outros pontos, que o serviço alternativo será de 18 meses e o não cumprimento implicará na suspensão dos direitos políticos – não poderá votar e nem ser candidato a qualquer cargo eletivo.

Pela lei compete às Forças Armadas atribuir serviços alternativos, em tempo de paz, à todos que alegarem objeção de consciência derivada de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter eminentemente militar. Considera-se serviço militar alternativo as atividades administrativas, assistencial filantrópico ou mesmo produtivo que devem ser

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁹⁵ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 36.

⁹⁶ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

prestados em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de reservas das Forças Armadas (Lei 8.239/1991).

Todavia não é esta a única hipótese possível, como bem assevera Born, ao esclarecer que essas hipóteses são meramente exemplificativas, haja vista que as exceções de ordem ética, cultural, científica, moral e outras poderão ser opostas em face de proteção da liberdade de expressão e de consciência.⁹⁷

Reconhecendo a possibilidade de que outras obrigações também podem suscitar o problema da escusa de consciência, o inciso VIII do art. 5º dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”⁹⁸. Não resta dúvida de que, pela redação da norma, serão admitidas outras causas, além daquelas relacionadas aos serviços militares.

Depreende-se, ainda, da leitura do inciso acima, que cabe ao legislador infraconstitucional o poder-dever de criar as regras que estabelecerão as prestações alternativas para os casos de objeção de consciência e da possibilidade de perda de direitos para os indivíduos que se recusem a realizar a prestação alternativa, estabelecida em lei.⁹⁹

A Constituição atual prega a flexibilização dos deveres e obrigações individuais e dispensa o objetor do cumprimento de um dever geral em troca de uma prestação alternativa à sociedade. No entanto, a falta de lei, prevendo essa prestação alternativa, não inviabiliza a escusa de consciência, posto que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata (art.5, § 1º).¹⁰⁰

A objeção de consciência é fruto do Estado Democrático e corolário do princípio da dignidade humana, da igualdade e demais liberdades elencadas na Constituição Brasileira. Nas palavras de Heringer Júnior, a objeção de consciência revela-se como pressuposto de um Estado que pretende ser instrumental do livre

⁹⁷ BORN, Rogério Carlos. *Objeção de Consciência: Restrições aos direitos políticos e fundamentais*, p. 18.

⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁹⁹ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de consciência**: Retrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 81.

¹⁰⁰ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Restrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 127.

desenvolvimento da personalidade. “Ao tratar a pessoa como fim, e não como meio, como sujeito, e não como objeto, o Estado Democrático de Direito busca proteger não apenas a sua vida corpórea, mas também favorecer a procura pela própria felicidade”.¹⁰¹

O princípio da isonomia também se concretiza por meio da escusa de consciência, pois a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam. Nesse sentido Heringer Júnior assinala:

O princípio da igualdade, se entendido inclusive como impossibilidade de fundamentarem-se quaisquer tratamentos diferenciados a minorias, conduz a excessos uniformizadores, com a supressão das particularidades que definem o próprio grupo. O entendimento que não se permitem isenções às normas impostas pelo regime comum em matéria penal, civil, tributária, etc., em atenção as peculiaridades culturais ou outras dos indivíduos, fatalmente levaria à eliminação das minorias por assimilação.¹⁰²

Conclui-se que para a efetivação dos direitos fundamentais deve existir um equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Como descrito por Darcy Azambuja “se fosse possível suprimir totalmente a liberdade dos indivíduos, a sociedade se tornaria um rebanho de escravos, mas uma sociedade onde não houvesse autoridade, sobroçaria rapidamente no crime, na miséria e na morte”.¹⁰³

É fato que a questão das minorias tem sido um grande teste para a democracia. “O fim da liberdade para elas pode ser o início do fim da liberdade de toda a sociedade”.¹⁰⁴ Dessa feita, cabe à própria Constituição traçar os caminhos necessários para que as disputas e as divergências não degenerem em anarquia.

Em virtude do advento do Cristianismo surgiu a semente para o direito à objeção de consciência, pois a partir dele nasceu a distinção entre a obediência a Deus e a obediência às leis dos homens. Seu uso se perde no tempo. Os estudiosos

¹⁰¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 26.

¹⁰² HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: Justificação e limites, p. 30.

¹⁰³ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1984, p. 152.

¹⁰⁴ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**, p. 39.

da mitologia falam de Antígona¹⁰⁵, a heroína de um mito grego, imortalizada na tragédia de Sófocles. A peça expressa, de forma inequívoca, a crença no Direito Natural e a sua superioridade em relação ao Direito temporal.¹⁰⁶

A objeção de consciência surge como elemento indispensável para o desenvolvimento da própria liberdade de consciência e como elemento necessário para a concretização da liberdade religiosa. A garantia dessas liberdades são exigências decorrentes de uma cidadania inerente a um Estado Democrático de Direito.¹⁰⁷

A objeção de consciência militar, indubitavelmente, é a mais notória, regrada por quase todas as legislações ocidentais. Trata-se da recusa ao cumprimento obrigatório de servir às Forças Armadas por razões morais. Geralmente as legislações dispõem de uma prestação civil como substituição à prestação militar para o objetor.

Os primeiros relatos da consagração do direito à objeção de consciência são oriundos do ordenamento dos Estados Unidos da América (EUA), mais especificamente, na Constituição da Pensilvânia de 1776, em que dispõe em seu artigo 8º, além do direito à objeção de consciência “a trazer armas”, o direito à objeção de consciência em termos gerais.¹⁰⁸

No entanto, ainda que exista a figura da escusa de consciência em alguns Estados membro, ela, atualmente, não foi consagrada expressamente na

¹⁰⁵ A história tem início com a morte dos dois filhos de Édipo, Etéocles e Polinices, que se mataram mutuamente na luta pelo trono de Tebas. Com isso sobe ao poder Creonte. Seu primeiro édito dizia respeito ao sepultamento dos irmãos Etéocles e Polinices. Ficou decidido que Etéocles receberia todo ceremonial devido aos mortos e aos deuses; Polinices teria seu corpo largado a esmo, sem o direito de ser sepultado e deixado para que as aves de rapina e os cães o dilacerassem. Creonte entendia que isso serviria de exemplo para todos os que pretendessem intentar contra o governo de Tebas.

Ao saber do édito, Antígona deixa claro que não deixará o corpo do irmão sem os ritos sagrados, mesmo que tenha que pagar com a própria vida por tal ação. Mostra-se insubmissa às leis humanas por estarem indo de encontro às leis divinas.

Trava-se um duelo de idéias e ideais: de uma lado a fé, tendo como sua defesa o cumprimento às leis dos deuses, as quais são mais antigas e, segundo ela, superiores às terrenas, e de outro lado o inquisidor, que tenta mostrar que ela agiu errado, explica seus motivos e razões, mas cada um continua impávido em suas crenças.

¹⁰⁶ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**, p. 15.

¹⁰⁷ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Retrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 82.

¹⁰⁸ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 05.

Constituição dos EUA, sendo o assunto tratado em nível infraconstitucional em todas as suas dimensões. A proteção legal norte-americana do direito à objeção de consciência encontra-se postulada no *Selective Service Act*, de 18 de Maio de 1917, que prevê, no seu artigo 59.^o, a isenção de serviço militar para “todas as pessoas que, em virtude de uma convicção religiosa, solicitem ser isentas do serviço militar, se for estabelecida essa atitude de consciência”.¹⁰⁹

O tratamento dado à objeção de consciência, principalmente na via judicial, é singular nos EUA, pois adota-se o sistema de *Common Law* o que permite à sua *Supreme Court* construir o direito com a finalidade de solucionar os problemas concretos. A liberdade religiosa cresceu a partir de 1947 por meio da decisão do caso *Everson v. Board of Education*, em que se garantiu a separação da Igreja e do estado e o livre exercício da religião por parte da Igreja. Essa decisão gerou uma jurisprudência baseada no *balancing test*, ou seja, uma ponderação de valores que se resolve em favor da liberdade religiosa se não há um interesse do Estado que justifique a sua restrição.¹¹⁰

Em relação à objeção de consciência médica, a experiência americana também é notável. Vigora no âmbito sanitário, a doutrina do consentimento informado, ou seja, se o paciente é maior e capaz, deve ser informado de todos os procedimentos médicos adequados para o seu caso, e então consentir com o tratamento ou não. O médico, dessa forma, não pode tomar nenhuma decisão que contrarie a vontade do paciente, mesmo que sua escolha conduza à morte. Entretanto, a autonomia do paciente sofre algumas limitações em favor de terceiros afetados, como por exemplo, quando o paciente tem filhos pequenos que dele dependam. E nos casos em que o paciente é menor de idade ou adulto incapaz, o responsável legal não pode decidir por ele se houver risco de morte.

Nos EUA é comum a invocação da objeção de consciência religiosa para os seguidores da religião *Christian Science*, que recusam todos os tratamentos

109 COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**. 2001, p. 05.

110 HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites, p. 57.

médicos, com exceção dos analgésicos, por acreditarem na oração como principal meio terapêutico.¹¹¹

Na Itália não existe quase referência, em sua Constituição, sobre o direito à objeção de consciência, ficando ao encargo do Tribunal Constitucional o reconhecimento desse direito. Foi somente desde a decisão n.º 164/1985, que a objeção de consciência foi reconhecida a partir dos arts. 2.º e 19.º da respectiva Constituição, os quais consagram respectivamente uma cláusula aberta para recepção de direitos fundamentais e a liberdade religiosa.¹¹²

Em relação aos casos de aborto, a legislação italiana reconhece em favor dos profissionais sanitários e auxiliares, quando envolver interrupção de gravidez, o direito a invocar a escusa de consciência, bastando para isso uma declaração do profissional. Porém não se admite a objeção para os casos em que a intervenção for indispensável para salvar a vida da gestante.¹¹³

Na Alemanha, o direito à objeção de consciência pode ser encontrado na Constituição de 1849, em que se estabelecia a completa liberdade de crença e de consciência. Esta foi retomada na Constituição de Weimar, de 1919. Entretanto, a liberdade de consciência e de crença disposta englobava tão somente o direito de mudança de religião ou de convicção de consciência, não permitindo o direito de manifestar essas mesmas convicções.¹¹⁴

Só com a promulgação da Constituição Alemã, de 1949, foi reconhecido o direito de manifestação exterior da liberdade dessa consciência. A Constituição de 1949 também prevê expressamente a objeção de consciência ao serviço militar como direito fundamental.¹¹⁵

A objeção de consciência, na França, encontra-se apenas regulada em leis ordinárias. Já na Espanha, a Constituição prevê a objeção de consciência

¹¹¹ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência: Restrições aos direitos políticos e fundamentais**, p. 80.

¹¹² COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 06.

¹¹³ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência. Retrições aos direitos políticos e fundamentais**, p. 110.

¹¹⁴ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 06.

¹¹⁵ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 06.

somente perante o serviço militar obrigatório. No caso britânico, que não dispõe de uma Constituição escrita, assistiu-se, desde muito cedo, à consagração do direito à objeção de consciência em leis ordinárias. Na verdade, desde 1916 que o Reino Unido reconheceu um estatuto legal aos objetores de consciência tendo, em 1946, regulado o mesmo no *National Service Act*.¹¹⁶

Em Portugal, verificou-se uma tardia evolução do direito fundamental à objeção de consciência, se comparada com a constitucionalização dos demais direitos fundamentais. No campo da liberdade religiosa, a lei portuguesa garante expressamente a dispensa ao trabalho, a aulas e a provas por motivo religioso, principalmente em virtude da Igreja Adventista do Sétimo Dia que guarda os sábados.¹¹⁷

Além da previsão constitucional, o Estado Português regulamenta a objeção de consciência em leis ordinárias. A Lei da Educação Sexual e Planeamento Familiar (LESPF), n.º 3/84, garante o direito à objeção de consciência como possibilidade colocada a todos os médicos, sempre que no exercício da sua atividade profissional sejam solicitados para executarem uma inseminação artificial ou uma esterilização voluntária.¹¹⁸

É nos casos de aborto que com maior frequência incide o direito à objeção de consciência, em especial, face aos médicos e profissionais da saúde que trabalham em estabelecimentos onde se pratica a interrupção voluntária da gravidez. Por outro lado, a objeção de consciência em face à eutanásia e à pena de morte não é admitida no Direito Português.¹¹⁹

A legislação portuguesa prevê, em relação ao serviço militar, a possibilidade de isenção, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, por motivos de ordem religiosa, moral, humanística ou filosófica. O procedimento para reconhecimento do objetor é por via administrativa, realizado pela Comissão

¹¹⁶ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 06.

¹¹⁷ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Restrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 78.

¹¹⁸ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 16-19.

¹¹⁹ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**, p. 16-19.

Nacional de Objeção de Consciência. A recusa à prestação do serviço cívico implicará necessariamente a punição do infrator.¹²⁰

O Brasil garante explicitamente a objeção de consciência como decorrência do exercício da liberdade religiosa, filosófica e política e, implicitamente, como decorrência do princípio da dignidade humana e das demais liberdades elencadas na Constituição, como científica, moral, social, desde que o cumprimento da norma jurídica provoque aversão ao titular.¹²¹

No direito brasileiro, a liberdade de consciência ganha destaque com a pluralidade religiosa que se iniciou com o movimento conhecido como pentecostalismo brasileiro. Iniciou-se em 1910, com a chegada da Congregação Cristã e da Assembleia de Deus em 1911. Toma corpo nas décadas de 50 e 60 com o surgimento da Igreja Quadrangular, Brasil para Cristo e Deus é Amor e ganha força nos anos 70 e 80 com o surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus e a Igreja Internacional da Graça de Deus. Ao lado dessas, ainda pode-se destacar a Igreja Adventista do Sétimo Dia, Testemunha de Jeová e a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias.¹²²

Dessa forma, evidencia-se que a objeção de consciência nasceu para proteger a minoria religiosa que, no decorrer da história, sempre enfrentou grandes dificuldades para professar o seu culto em virtude das barreiras impostas pelo próprio Estado e pelas religiões dominantes.

Os adventistas guardam o intervalo entre o crepúsculo das sextas-feiras e os sábados, em respeito a sua doutrina fundamental e recorrem à objeção de consciência para recusarem-se a frequentar aulas, cumprir expediente no serviço público, adiar exames em concursos públicos, etc.¹²³

As Testemunhas de Jeová constantemente invocam a escusa de consciência para os casos de transfusão de sangue. Seguem a orientação bíblica de

¹²⁰ COUTINHO, Francisco Pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objeção de consciência**, p. 16-19.

¹²¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal: Justificação e limites**, p. 59.

¹²² BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência: Restrições aos direitos políticos e fundamentais**, p. 75.

¹²³ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência: Restrições aos direitos políticos e fundamentais**, p. 78.

Gênesis 9:4, que dispõe que “carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis” e Atos, 15:28-29 que diz “pois pareceu bem ao Espírito Santo e a nós não vós impor maior encargo além destas coisas essenciais” e “que vos abstenhais das coisas sacrificadas a ídolos, bem como do sangue, da carne de animais sufocados e das relações sexuais ilícitas; destas coisas fareis bem se vos guardardes”.¹²⁴

Nos casos de recusa à transfusão de sangue pelo paciente Testemunha de Jeová, entra em choque a objeção religiosa com a ética do médico, que pelo Juramento de Hipócrates deve empreender todos os meios necessários para garantir o direito à vida.¹²⁵

Nas palavras de Bruno Heringer “pode-se afirmar que existe um vácuo, tanto doutrinal como jurisprudencial e legislativo, no tratamento da matéria, razão pela qual parece tatear-se em busca de orientação segura e capaz de atender às demandas”.¹²⁶

Como no Brasil há lei apenas regulamentando a objeção de consciência ao serviço militar e ao serviço eleitoral, o tema carece de análise mais detida, tanto no âmbito doutrinal como jurisprudencial.

¹²⁴ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Restrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 79.

¹²⁵ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**: Restrições aos direitos políticos e fundamentais, p. 80.

¹²⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de Consciência e Direito Penal**: Justificação e limites, p. 79.

CAPÍTULO II

A PROFISSÃO MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. O EXERCÍCIO DA MEDICINA E SEU REGIME JURÍDICO: O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

É visível a importância da Medicina em todos os tempos, sendo reconhecida sempre como uma atividade que envolve riscos, decorrentes da própria imprevisibilidade da reação humana diante das manobras terapêuticas, bem como das incertezas dos diagnósticos. Esse fato obriga os médicos a conviverem e a considerar o risco gerado por seus procedimentos em suas decisões profissionais. Ressalta-se que, embora o erro seja próprio da natureza humana, quando ocorre com os médicos, como resultado de seus procedimentos pode causar danos irreparáveis e até mesmo a morte.

De acordo com Garcia, “todo ato médico tem por finalidade a manutenção ou a melhora da saúde, por outro lado pode envolver o risco de lesões orgânicas”¹²⁷. Ressalta-se, porém, que tais riscos só podem ser justificados se estiverem contidos dentro de determinados limites. Alguns riscos têm seus limites tolerados pela sociedade, é o chamado risco permitido. Destaca-se que, em se tratando de Medicina, é do interesse da sociedade que os médicos atuem na preservação e no restabelecimento da saúde, logo certos riscos são aceitáveis, lícitos e até mesmo esperados. Entretanto, quando os riscos ultrapassam estes limites e acabam causando danos indesejáveis, a sociedade, amparada no ordenamento jurídico, busca a responsabilização do médico, que tanto pode ser equacionada pela esfera civil como pela penal, além de suscitar restrições impostas ao exercício profissional decretada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

O exercício da Medicina implica a intervenção direta e muitas vezes agressiva do médico na integridade física e mental de seus pacientes, com o objetivo de melhorar o estado deles, porém correndo o risco de lesioná-los de forma grave ou irreparável. O avanço da Medicina e a consequente e maciça utilização das

¹²⁷ GARCIA, Ibere A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**. In Revista dos Tribunais: 100 anos. Doutrinas Essenciais: Direito Penal. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 516.

novas tecnologias em muito auxiliaram os procedimentos médicos, mas também ampliaram os riscos que sempre acompanharam essa ciência em todas as épocas da história.¹²⁸

Os médicos, apresentados a essas novas alternativas, procuram intervir em casos antes considerados incuráveis e sem opção de tratamento. Para empregar as novas técnicas, porém, é necessário treinamento sofisticado e dispendioso, não acessível a todos os profissionais. Esses fatores acarretam maior probabilidade de criação de situações arriscadas por aqueles que não conseguem manejá-las corretamente.¹²⁹

Nessa perspectiva, cumpre salientar que a Medicina e o Direito, dois ramos de estudo imprescindíveis para a sociedade e que, notoriamente vêm evoluindo com uma velocidade extremamente rápida. Nos últimos tempos, têm vivenciado alguns atritos, o que contribuiu para a normatização da atividade médica. Vale frisar que esses conflitos fundam-se na resistência do médico aceitar ser punido pelos erros que venha a cometer no exercício de suas atividades profissionais.

Tal premissa, de acordo com Pacheco¹³⁰, foi oficializada pela Academia de Medicina de Paris, em 1829, que defendia que a responsabilidade do médico era moral e de consciência, logo não era necessária nenhuma represália jurídica. Sobre essa matéria o autor assinala que:

[...] a Medicina sofreu um extraordinário e vertiginoso progresso. O médico, que antes sempre tivera como guias sua consciência e uma tradição milenar, tem hoje, como cidadão o dever e a necessidade de conciliar esse pensamento e o interesse profissional com as múltiplas leis e exigências que regulam o convívio social.¹³¹

Por isso, observa-se que o médico deve responder pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade, em conformidade com as disposições legais que regem a sua conduta. Além disso, importa salientar que, a sociedade contemporânea também está mais informada sobre os seus direitos,

¹²⁸ GARCIA, Ibero A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**, p. 521.

¹²⁹ GARCIA, Ibero A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**, p. 521.

¹³⁰ PACHECO, Newton. **O erro médico: responsabilidade penal**. Porto Aegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 29.

¹³¹ PACHECO, Newton. **O erro médico: responsabilidade penal**, p. 31.

inclusive como pacientes, ampliando a responsabilidade do médico, que deve estar ciente de que responderá por todos os seus atos.

Além disso, convém salientar a fragilidade emocional do paciente quando recorre ao médico na busca de um único objetivo - curar-se.

[...] é uma criatura absolutamente indefesa, atemorizada, aterrorizada, e a sua expectativa é sempre a mais periclitante possível, ou seja, quando chega na busca da prestação do serviço médico, ele o faz debaixo de tal pressão, que o tratamento alcança não só a patologia da qual eventualmente possa estar sofrendo, mas também a própria situação psíquica, diante da falta de riqueza do conhecimento extraordinário que está por trás da Medicina, “essa velha senhora”¹³².

Nesse sentido, observa-se que a confiança para o consentimento do ato médico é praticamente imediata, cabendo ao profissional de Medicina o dever jurídico de informar ao paciente sobre o procedimento de forma ética, objetiva e simples, para que possa compreendê-lo e consentir com a realização do procedimento de maneira consciente¹³³.

Ressalta-se que, diante dessa nova perspectiva de responsabilização do médico pelos seus procedimentos, o CFM incluiu, em seu CEM, normas de comportamento que podem estabelecer limites ao risco permitido no ato médico. Segundo Garcia, tais normas referem-se:

[...] ao prescrever a obrigatoriedade de informação adequada aos pacientes (arts. 40, 46, 59 e 60), ao recomendar o respeito a capacidade de decisão do paciente (arts. 46 e 48), ao recomendar a atualização técnica constante do profissional (arts. 5) e ao determinar a proibição de práticas danosas ao interesse do paciente (arts. 29, 42, 50, 52 e outros), além de estabelecer o risco tolerado no ato médico.¹³⁴

Todavia Garcia¹³⁵ alerta que o CEM consiste em um conjunto de normas, mas de cunho ético pouco específicas e, por conseguinte, de difícil aplicação em casos concretos, associadas a disposições inócuas. Assim, observa-se que, embora o órgão que normatiza a profissão do médico no Brasil ainda não tenha se colocado de maneira mais significativa no que diz respeito ao estabelecimento de normas

¹³² DIREITO, Carlos A. M. **Do erro médico**. In: Doutrina. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005, p. 188.

¹³³ GARCIA, Ibero A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**, p. 533.

¹³⁴ GARCIA, Ibero A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**, p. 542.

¹³⁵ GARCIA, Ibero A. **O risco permitido como critério de imputação do erro médico**, p. 542-543.

objetivas que orientem a postura médica, acrescidas das devidas sanções que implicam o não cumprimento delas, o Direito vem estudando os casos concretos e assinalando a sua participação na penalização de condutas médicas que causem dano ao paciente.

2.2. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NAS NORMAS JURÍDICAS E ÉTICAS

Na presente seção, abordar-se-ão os direitos e os deveres tanto do paciente quanto do médico, pois como afirma Moraes, “não há direitos que não venham acompanhados de obrigações”¹³⁶.

Em relação aos direitos e deveres do paciente, este tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário quando se sentir lesado por determinado ato praticado pelo médico. Tem direito de receber toda informação, de forma ampla, sobre seu diagnóstico, com cópias de toda a documentação, pois conforme expõe o artigo 88 do CEM, é vedado ao médico “Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.”¹³⁷

Se o médico recusar-se a fornecer tal documentação, cabe ao paciente impetrar um “habeas data”, remédio eficaz para compelir o profissional a fornecer tais informações.¹³⁸ Além do direito de recorrer ao Judiciário pleiteando a reparação de quaisquer danos que lhe tenham sido causados por ato médico, o paciente é titular de muitos outros direitos, que serão elencados no decorrer deste tópico.

Christian Gauderer¹³⁹ destaca o direito de o paciente obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível e cópias de sua documentação médica: prontuários, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas entre outras. E acrescenta:

¹³⁶ MORAES, Irlany Hovah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 373.

¹³⁷ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica. In: Portal do Médico. Disponível em: portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf Acesso em : 10 jun. 2015.

¹³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

¹³⁹ GAUDERER, Ernst Christian. **Os direitos do paciente**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995, p. 47.

Temos o direito de solicitar que os profissionais se reúnam para discutir a nossa doença. O médico seguro de sua competência não fará objeções. Temos direito a uma morte digna, escolhendo onde e como morrer, e de recusar tratamentos, internações, intervenções cirúrgicas. Temos o direito de visitar parentes internados na hora em que pudermos, pois o horário de visitas é arbitrário, ou de ter acompanhantes durante os exames ou hospitalização.¹⁴⁰

Entre os direitos mais relevantes do paciente está o de receber informação clara, objetiva, de forma simples sobre seu estado de saúde, para que possa dar seu consentimento livre e esclarecido.

Deverá receber informações sobre diagnóstico, finalidade dos materiais coletados para exames, terapias, benefícios e riscos provenientes dos exames e dos tratamentos propostos; ser consultado quando houver necessidade de escolher entre duas ou mais terapias; e consentir, ou não, de forma livre e esclarecida, após aquela informação, sobre procedimentos cirúrgicos, diagnósticos, tratamento a que será submetido, mediante autorização escrita por meio de um termo de consentimento.¹⁴¹

O paciente tem o direito de escolher o profissional que irá tratá-lo, bem como de mudar de médico em qualquer momento do tratamento ou mesmo de requerer uma segunda opinião sobre o seu problema de saúde. Referente ao prontuário médico, o paciente e seus familiares devem ter conhecimento sobre todas as informações contidas em tal documento, o qual deve ser explicado de maneira compreensível, e em alguns casos de forma mais humana, para não ocasionar uma preocupação excessiva no enfermo, sempre de forma sigilosa aos demais.¹⁴²

É direito do paciente filmar ou gravar atos médicos que incidam sobre ele, assim como consultar outros médicos, recusar o tratamento oferecido pelo médico, bem como ser acompanhado por outra pessoa durante a consulta.¹⁴³ Em contrapartida, o paciente tem o dever de remunerar o profissional médico, segundo Kfoury Neto, de forma “direta ou indiretamente (quando associado o plano de saúde ou beneficiário da Previdência)” e tem, ainda, o dever de obedecer a todas as prescrições médicas, bem como seguir seus conselhos referente à terapêutica.¹⁴⁴

¹⁴⁰ GAUDERER, Ernst Christian. **Os direitos do paciente**, p. 47.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 853.

¹⁴² MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 374.

¹⁴³ NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline; ANTUNES, Patrícia Ribeiro Peret; SILVA, Tatiana Schmitt da. **Estudos e Pareceres sobre Direito Médico e da Saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 140.

¹⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 31.

Moraes¹⁴⁵ considera uma obrigação do paciente seguir as recomendações médicas. Caso contrário, nem o médico, nem ninguém, além do próprio paciente, poderá ser responsabilizado pelos infortúnios que a falta de cuidado com a própria saúde poderá causar-lhe. Esse autor adverte que muitos doentes não atentam para as recomendações feitas pelos médicos; que, às vezes, recebendo-as, mesmo por escrito, não prestam atenção a elas, omitem-nas algumas porque acham difíceis e seguem da maneira errada aquelas que acham mais fáceis. Outros esquecem as recomendações para não fumar; e há os diabéticos que não se controlam ou tomam insulina sem se alimentar no horário adequado. Enfim, são inúmeros os exemplos de negligência do próprio paciente em relação à sua saúde.

Segundo Kfourí Neto,¹⁴⁶ são deveres do médico: ouvir o paciente, interrogá-lo e averiguar a etiologia da moléstia. O paciente, por sua vez, deve fornecer ao médico todos os dados que interessem a esse fim, úteis para a formação do histórico clínico do enfermo. Depois, cabe ao médico aplicar todos os seus esforços, utilizando os meios de que dispõe, para obter a cura, valendo-se da prudência e dedicação exigíveis.

O paciente deve ter a clara consciência de que não está subordinado ao médico; que o médico é um profissional que recebe compensação econômica para servi-lo; que o médico não faz nenhum 'favor' ao paciente, apenas cumpre sua obrigação profissional. Portanto, a relação médico-paciente, para que funcione adequadamente, deve fundamentar-se no respeito recíproco e não em uma relação paternalista de superior-inferior. Somente assim, existindo interação corrente entre pessoas situadas em mesmo nível de igualdade, poderá o paciente obter o máximo benefício dos serviços profissionais do seu médico.¹⁴⁷

O médico deve informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento. Deve, também, aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o paciente deverá adotar. Deve-se valer da melhor diligência e cuidado, de acordo com o estado contemporâneo da sua ciência.

¹⁴⁵ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 374.

¹⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 31.

¹⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 32.

Segundo Moraes¹⁴⁸, o paciente tem o direito de receber do médico a melhor medicina, a mais atualizada, toda sua competência e de maneira humana e respeitosa. O médico deve examiná-lo cuidadosamente, lembrando que ele é humano e tem sentimentos. O paciente e seus familiares têm o direito de saber seu diagnóstico e entender por que os exames estão sendo solicitados e o quanto eles são importantes para seu tratamento. O paciente pode e deve ter por escrito o nome da doença e os elementos que a comprovam. Além disso, o paciente tem, a qualquer momento, o direito de mudar de médico. Em toda a sequência da assistência ao doente, o desrespeito é injustificado e o respeito deve ser mútuo.

Moraes relata que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabeleceu, juridicamente, a proteção da vida e da saúde, a educação para o consumo, o direito à informação correta, a proteção contra publicidade incorreta e abusiva e a facilitação da defesa dos direitos. Segundo o art. 72 do CDC, é crime contra as relações de consumo “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros”¹⁴⁹.

Disso decorre que o paciente tem o direito de conhecer dados de seu prontuário médico. São dados do paciente e, portanto, a ele pertencem. “A verdade pode e deve ser dita sempre no momento oportuno, com muita precaução, para não apavorar nem o doente nem seus familiares, lembrando que o sigilo deve ser rigorosamente respeitado quanto aos demais”¹⁵⁰.

Os direitos humanos devem sempre ser respeitados. Por essa razão, como dispõe o Capítulo IV do CEM, é vedado ao médico “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.” (art. 22). Ao médico, está proibido “Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.” (art. 23). Ele também está proibido de “Deixar de garantir ao paciente o

¹⁴⁸ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 374.

¹⁴⁹ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 374.

¹⁵⁰ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 374.

exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.” (art. 24).¹⁵¹

Segundo o art. 25 o médico também é impedido de “Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.”¹⁵²

O art. 28 estabelece que o médico não tem o direito de “Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.” Outras ações que são vedadas ao médico, por infringirem diretamente o direito do paciente como ser humano, são citadas do art. 31 ao art. 42 do CEM.¹⁵³

¹⁵¹ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁵² BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica..

¹⁵³ Segundo os dispositivos do capítulo V do referido Código, o médico não tem o direito de:

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.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nessas circunstâncias, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39. Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou

Na verdade, a relação médico-paciente pode ser otimizada com medidas simples, tanto por parte do médico quanto por parte do paciente, se ambos estiverem empenhados na restauração da saúde de forma humana e solidária. Moraes¹⁵⁴ faz algumas recomendações ao médico: prestar atendimento humanizado; saber ouvir o paciente; explicar minuciosamente o diagnóstico e o tratamento; dar alternativas (se houver); estar atualizado e ter consciência dos limites da medicina; estar disponível ao doente e participar de atividade social da classe médica. Já o paciente deve ter uma relação positiva, cordial e compreensiva com o médico: lembrar que o ser humano tem virtudes e defeitos; que a atividade profissional é desgastante; considerar as qualidades do seu médico; não generalizar para todos os médicos o que é divulgado referente a um deles; não exigir o impossível de seu médico; não culpar o médico pela sua doença; respeitar a autonomia profissional; não responsabilizar o médico pelas falhas do sistema de saúde; não exigir do médico exames que ele entenda desnecessários; seguir as prescrições do médico e ter consciência dos seus direitos sem esquecer dos seus deveres.

Moraes considera que para assegurar a boa relação entre médico e paciente são fundamentais: o prontuário médico e o termo de consentimento livre e esclarecido do paciente, dando ao médico plena liberdade de atuação para diagnóstico e tratamento, ao mesmo tempo esclarecendo ao paciente o que é esperado em cada procedimento, bem como os riscos deles decorrentes. “O médico tem o dever de informar o paciente sobre os riscos do ato médico, dos procedimentos e das consequências dos medicamentos que forem prescritos”¹⁵⁵.

Este doutrinador explica que o termo de consentimento livre e esclarecido tem como finalidade formalizar ou documentar ao médico e ao paciente sobre as consequências e os riscos do ato médico. O termo não pode ser imposto, não exclui nenhuma responsabilidade do médico e não tem valor para evitar possível pedido de indenização futura. Não existe modelo de termo de consentimento, que deve ser

obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

¹⁵⁴ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 527.

¹⁵⁵ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 527.

elaborado pelas instituições de saúde e submetido à avaliação da Comissão de Ética Médica e, quando necessário, ao próprio CRM.

Assim como o paciente, o profissional médico também tem o direito de buscar a tutela jurisdicional quando se sentir lesado. Os direitos do médico estão elencados no Capítulo II do CEM, do incisos I até o inciso X:

Segundo o inc. I do referido Código, é direito do médico “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.”. De acordo com o inc. II, o médico tem o direito de “Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”.¹⁵⁶

Como dispõe o inc. III, o médico tem o direito de:

Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.¹⁵⁷

O inc. IV estabelece como direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.”¹⁵⁸. Ao médico ainda assiste o direito de:

Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina. (inc. V).¹⁵⁹

O médico pode “internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico,

¹⁵⁶ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁵⁷ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁵⁸ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁵⁹ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

respeitadas as normas técnicas da instituição” (inc. VI). Ele também pode “requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão” (inc. VII)¹⁶⁰. O inc. VIII do CEM estabelece como direito do médico:

Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.¹⁶¹

Por fim, o inc. IX reserva ao médico o direito de “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”.¹⁶²

O CFM considera que é dever do médico guardar absoluto respeito pela vida humana, não podendo, seja qual for a circunstância, praticar atos que a afetem ou a prejudiquem. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. Dessa forma, não é permitido ao médico deixar de ministrar tratamento ou assistência ao paciente, salvo nas condições previstas pelo CEM.

O médico, quando questionado sobre tratamento, diagnóstico de pacientes sob sua responsabilidade ou de colegas, deve ter muita precaução. O questionamento pode vir do próprio paciente e de seus familiares ou da imprensa, quando se trata de personalidade pública. Nesse caso, Moraes recomenda ao médico:

1. Atender ao doente ou familiar que desejar esclarecimentos em seus consultórios particulares ou em ambulatórios ou em hospitais.
2. Não responder a questões genéricas e sim objetivas acerca do caso que os preocupa.
3. Esclarecer objetivamente o caso para o próprio doente ou para seu responsável. Permitir ou até exigir que o doente ou o responsável tenha, a seu critério, outro familiar para assistir à conversa.
4. Não discutir por telefone os problemas dos pacientes, com familiares ou com quem quer que seja; a conversa pode estar sendo gravada e quebrar o sigilo médico.¹⁶³

¹⁶⁰ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁶¹ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁶² BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

¹⁶³ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 369-340.

Em caso de questionamentos feitos pela mídia, Moraes recomenda ao médico:

1. Não dar entrevistas a jornais e televisões sobre estado dos seus pacientes (falar só com a família ou encaminhar ao Diretor Clínico do Hospital).
2. No caso de homem público, o hospital emitirá um boletim assinado pelo diretor clínico (em hipótese alguma isso é válido para consulta particular).
3. A todo questionamento, não quebrar o sigilo médico.
4. Orientar os interlocutores para que as indagações genéricas, sobre *direitos*, sejam encaminhadas por escrito à administração do hospital.¹⁶⁴

Segundo Kfoury, “os deveres do médico, nascidos dessa relação de natureza contratual que se estabelece entre ele e o paciente, situam-se em três momentos: antes do início do tratamento, durante e depois do tratamento”.¹⁶⁵ O profissional liberal para que exerça sua profissão de forma digna, deve ter boas condições de trabalho e remuneração, que lhe possibilite atuar com autonomia, objetivando o melhor para o paciente.¹⁶⁶

O paciente deve ser informado sobre o seu real estado de saúde, bem como o médico deve lhe fornecer todas as informações, diagnósticos, prognósticos, riscos e objetivos referentes ao tratamento. Assim como o paciente tem o direito de mudar de médico, este também pode não querer atendê-lo, salvo se estiver em local no qual não exista outro médico para realizar o atendimento, caso contrário sua negativa pode configurar omissão de socorro.¹⁶⁷

Deve ainda o médico respeitar a vontade do paciente, e empregar-lhe todas, as melhores e atualizadas, técnicas para cada caso, sempre observando o sigilo profissional. O médico deve obter o consentimento do paciente por escrito sempre que houver riscos para este¹⁶⁸. O profissional médico deve sempre estar em busca do aprimoramento, da atualização de sua atividade, deve sempre zelar e

¹⁶⁴ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 340.

¹⁶⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 31.

¹⁶⁶ NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline; ANTUNES, Patrícia Ribeiro Peret; SILVA, Tatiana Schmitt da. **Estudos e Pareceres sobre Direito Médico e da Saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 140.

¹⁶⁷ MORAES, Irany Hovah. **Erro médico e a justiça**, p. 363.

¹⁶⁸ NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline; ANTUNES, Patrícia Ribeiro Peret; SILVA, Tatiana Schmitt da. **Estudos e Pareceres sobre Direito Médico e da Saúde**, p. 141.

respeitar a vida humana, e a integridade física de seus pacientes. E jamais deverá exercer a medicina com formato de comércio.¹⁶⁹

2.2.1 Os princípios norteadores na relação médico-paciente

A atuação do profissional médico está descrita no art. 2º da Lei n. 12.842/2013: “O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”, objetivando “a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças; a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências”.¹⁷⁰

Na história da medicina, a confiança sempre foi a base da relação médico-paciente, acompanhada pelo respeito e cumplicidade. Atualmente o médico, no exercício de sua atividade profissional, deve observar os ditames legais, as normas éticas e os princípios norteadores da relação médico-paciente. Tais princípios são o da beneficência, o da não-maleficência, o do respeito à autonomia do paciente e ao consentimento livre e esclarecido, que deverão ser seguidos pelo médico para que possa tratar com dignidade àqueles questão sob seus cuidados.

Beneficência significa o ato ou a virtude de fazer o bem. Faz parte da natureza humana a realização do bem, cuidar do próximo e de si mesmo, de sua vida, de sua saúde e de seus bens particulares. O indivíduo nutre sentimentos de simpatia, gratidão, generosidade e benevolência com as pessoas que fazem parte do seu convívio e são esses sentimentos que impulsionam a humanidade a fazer o bem para os outros e para a sociedade em geral.¹⁷¹

De forma geral, a benevolência, forma genérica da beneficência, de acordo com os autores citados, tem as seguintes características: 1) é uma disposição emotiva que tenta fazer bem aos outros; 2) é uma qualidade boa do caráter das pessoas, uma virtude; 3) é uma disposição para agir

¹⁶⁹ NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline; ANTUNES, Patrícia Ribeiro Peret; SILVA, Tatiana Schmitt da. **Estudos e Pareceres sobre Direito Médico e da Saúde**, p. 142.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei 12.842, de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da medicina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm. Acesso em 15 mai. 2015.

¹⁷¹ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellprincípios.htm Acesso em 15 jun. 2015.

de forma correta; 4) de forma geral, todos os seres humanos normais a possuem.¹⁷²

O Juramento de Hipócrates traz de forma expressa o princípio da beneficência; “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com a minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”. Em síntese, beneficência quer dizer fazer o bem. No âmbito da medicina, significa que o médico tem a obrigação moral de agir buscando o benefício do seu paciente, fazer o que é melhor não só do ponto de vista técnico-assistencial, mas sobretudo do ponto de vista ético. “É usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na tomada de decisão, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar”.¹⁷³

Os profissionais da saúde estão obrigados a ir além da não-maleficência, ou seja, além de não causar danos intencionais é preciso que o médico contribua para o bem-estar de seu paciente, promovendo meios de prevenir e remover a doença ou incapacidade e empreender ações positivas para melhorar a saúde física, emocional e mental dos mesmos.¹⁷⁴

Em um primeiro momento, a beneficência busca a promoção da saúde e a prevenção da doença e, em segundo lugar, pondera os prós e contras, buscando a prevalência daqueles. Resta claro que os profissionais da saúde não podem exercer tal princípio de forma absoluta. A beneficência encontra seu limites em outros princípios, dentre eles o mais importante é o da dignidade individual inata a todo ser humano.

Nem sempre é fácil para o médico decidir o que fazer na presença de casos concretos. É preciso aprender a lidar com a tomada de decisões frente a situações de incertezas. Dessa forma, o princípio da beneficência deve ser aplicado com cautela para que não traga danos ao paciente ou a seus familiares.¹⁷⁵

O princípio da não-maleficência também tem sua origem na tradição de Hipócrates e está ancorado na máxima “socorrer (ajudar) ou, ao menos, não causar

¹⁷² KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência.**

¹⁷³ LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética.** Disponível em: www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf. Acesso em 15 jun. 2015.

¹⁷⁴ LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética.**

¹⁷⁵ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência.**

danos”. Enquanto na benevolência requer uma ação, neste exige-se uma abstenção.¹⁷⁶

De acordo com este princípio, o profissional de saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal e/ou danos a seu paciente. Considerado por muitos como o princípio fundamental da tradição hipocrática da ética médica, (...) Trata-se, portanto, de um mínimo ético, um dever profissional, que, se não cumprido, coloca o profissional de saúde numa situação de má-prática ou prática negligente da medicina ou das demais profissões da área biomédica.¹⁷⁷

Por diversas vezes o médico depara-se em situações de conflitos entre dois ou mais princípios e cabe a ele decidir o caminho a seguir. Pode-se citar como exemplos vivenciados o caso de um menino de nove anos que teve seu pé amputado para salvar-lhe a vida; um paciente com melanoma numa das mãos teve seu braço amputado para continuar a viver; um paciente com doença de Hodgkin teve que submeter-se a diversos riscos, inclusive ficar estéril, para ter uma chance razoável de sobrevivência.¹⁷⁸

Nesses casos, recomenda-se que os profissionais da saúde examinem conjuntamente com paciente e familiares, sopesando os princípios da beneficência e não-maleficência. “A dor ou dano causado a uma vida humana só poderia ser justificado, pelo profissional da saúde, no caso de ser o próprio paciente a primeira pessoa a ser beneficiada”.¹⁷⁹

Os princípios da beneficência e da não maleficência são fundamentais na relação médico-paciente e encontram-se dispostos no CEM no capítulo I, inciso VI: “O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício” (beneficência). “Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade” (não-maleficência).¹⁸⁰

O princípio da autonomia do paciente está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana. Para Kant, é um dever moral tratar as pessoas como um fim

¹⁷⁶ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência**.

¹⁷⁷ LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**.

¹⁷⁸ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência**.

¹⁷⁹ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. **Princípios da beneficência e não-maleficência**.

¹⁸⁰ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. In: **Portal do Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 10 jun. 2015.

em si mesmas e nunca como meio ¹⁸¹. Desta forma, a dignidade das pessoas está em serem moralmente autônomas.

Autonomia é a capacidade de uma pessoa para decidir fazer ou buscar aquilo que ela julga ser o melhor para si mesma. Para que ela possa exercer esta autodeterminação são necessárias duas condições fundamentais: a) capacidade para agir intencionalmente, o que pressupõe compreensão, razão e deliberação para decidir coerentemente entre as alternativas que lhe são apresentadas; b) liberdade, no sentido de estar livre de qualquer influência controladora para esta tomada de posição. ¹⁸²

O princípio da autonomia do paciente obriga o médico e os demais profissionais da saúde a darem ao paciente todas as informações sobre seu estado de saúde, de forma completa e clara, para que ele possa ter uma compreensão adequada de seu problema, para então, ter condições de tomar sua decisão e exercer sua autonomia.

A pessoa autônoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas.

Respeitar a autonomia é reconhecer que cabe ao indivíduo tomar suas decisões baseadas nas suas convicções morais, religiosas e filosóficas. ¹⁸³

É fundamental que o paciente seja informado pelo médico sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre os seus riscos ou consequências. Mesmo que o paciente seja menor de idade ou incapaz, e que seus pais ou responsáveis tenham tal conhecimento, ele tem o direito de ser informado e esclarecido, principalmente a respeito das precauções essenciais. O ato médico não implica num poder excepcional sobre a vida ou a saúde do paciente. O dever de informar é imperativo como requisito prévio para o consentimento. O consentimento pleno e a informação bem assimilada pelo paciente configuram numa parceria sólida e leal sobre o ato médico praticado. ¹⁸⁴

¹⁸¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

¹⁸² LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**.

¹⁸³ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellautonomia.htm. Acesso em 15 jun. 2015.

¹⁸⁴ GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/PartelVerromedico.htm. Acesso em 15 jun. 2015.

Pelo princípio da autonomia o médico deverá esclarecer todas as dúvidas ao paciente, seu prognóstico, seu diagnóstico, riscos inerentes ao procedimento que será realizado, pois somente dessa forma sua autonomia será exercida de forma eficaz. Todos os indivíduos têm o direito de decidir sobre os problemas relacionados a seu corpo e a sua vida.

Convém destacar que a autonomia não é um princípio absoluto. Encontra limites no respeito à dignidade e à liberdade dos outros e da coletividade. “A decisão ou ação de pessoa, mesmo que autônoma, que possa causar dano a outra(s) pessoa(s) ou à saúde pública poderá não ser validada eticamente”.¹⁸⁵

E não sendo um direito absoluto, poderá vir a confrontar-se com autonomia e liberdade do próprio profissional da saúde, que poderá, por razões éticas, alegar objeção de consciência e deixar de praticar procedimentos que contrariem suas convicções pessoais, tais como eutanásia, aborto, transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

Com o avanço dos direitos humanos, o ato médico só alcança seu verdadeiro fim com a obtenção do consentimento informado do paciente ou de seus responsáveis legais. Com exceção aos casos de iminente perigo de vida, todo ato médico necessita de uma autorização prévia para atender ao princípio da autonomia e ao da liberdade, “pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo caminho que quer dar a sua vida”.¹⁸⁶

Os principais requisitos de validade do consentimento informado pode ser resumido nos seguintes itens: a) deve ser voluntário; b) o paciente deve ser capaz; c) deve ser obtido após receber todas as informações necessárias para consentir com o procedimento; d) o paciente deve encontrar-se consciente e esclarecido no momento de dar seu consentimento. “Respeitar vontade do paciente é respeitar a sua liberdade e a sua dignidade, enquanto ser humano”.¹⁸⁷

¹⁸⁵ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido.**

¹⁸⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

¹⁸⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico.** 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2011, p. 109.

Segundo Maria Helena Diniz, o termo de consentimento livre e esclarecido deverá conter os seguintes requisitos:

a) Ser feito em linguagem acessível; b) conter: os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizados, bem como seus objetivos e justificativas; os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; métodos alternativos existentes; a liberdade de o paciente recusar ou retirar seu consentimento sem que se lhe aplique qualquer sanção punitiva ou sem que haja prejuízo à sua assistência médico-hospitalar; assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal.¹⁸⁸

Desse modo, deixar de obter o consentimento informado constitui clara afronta à autonomia do paciente, que tem pouco ou nenhum entendimento da técnica médica, e geralmente conta somente com seu médico para esclarecer suas dúvidas e ajudá-lo a decidir qual melhor tratamento a seguir. E, às vezes, mais importante que informação é a qualidade da mesma, pois caso não fique claro para o enfermo “o consentimento informado transmuda-se em mero consentimento, talvez até inútil”.¹⁸⁹

O consentimento informado requer que as informações sejam entendidas pelo paciente, pois muitas vezes ele pode estar informado, mas não esclarecido; principalmente, quando as informações não são adaptadas a sua realidade momentânea, cultural e psicológica. Basta que as informações sejam simples, inteligíveis, leais e respeitadas, “ou seja, fornecidas dentro de padrões acessíveis ao nível intelectual e cultural do paciente”.¹⁹⁰

O consentimento informado é elemento indispensável no exercício profissional da medicina, constituindo um direito do paciente e um dever moral e legal do médico. No Brasil, a ausência do consentimento do paciente pode ser tipificado penalmente quando ocasionado por uma conduta dolosa e o médico responsabilizado civilmente.¹⁹¹

Nesse sentido já se posicionou o STJ:

¹⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 811.

¹⁸⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico**, p. 110.

¹⁹⁰ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**.

¹⁹¹ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.¹⁹²

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.

[...]

Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro. (...) Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.¹⁹³

Existem algumas exceções em que o consentimento informado poderá ser dispensado. Um dos casos mais frequentes é quando o médico depara-se em situação de emergência, quando o paciente encontra-se em iminente perigo de vida. Outra situação especial ocorre, quando paciente encontra-se incapacitado, ainda que de forma transitória, e o médico leva a informação para o representante legal, familiares ou cônjuge. É o que ocorre nas situações em que o paciente se encontra inconsciente (coma), enfermo mental, surdo-mudo, menor de idade. Outro exemplo comum é quando o médico deixa de informar o paciente por acreditar que será mais danoso para sua saúde.¹⁹⁴

Se o médico entender que a informação biomédica será prejudicial ao seu paciente, agravando seu estado clínico ou causando-lhe perturbação

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 467.878 - RJ (2002/0127403-7)**. Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento 05/12/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>. Acesso em 15 jun. 2015.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 436827 - SP (2002/0025859-5)**. Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento 01/10/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>. Acesso em 15 jun. 2015.

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 813.

anímica, deverá obter o consentimento esclarecido de seu representante legal ou familiares mais próximos.¹⁹⁵

Para ser válido, não basta que o consentimento seja simples, é preciso que ele seja “livre, esclarecido, renovável e revogável”, pois há situações em que ocorrem mudanças significativas do estado de saúde do paciente, e nesses casos, é preciso que o consentimento seja constantemente renovado, ou por vezes, até revogado.¹⁹⁶

2.3 O MÉDICO DIANTE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Primeiro, é importante considerar o que se entende por objeção de consciência médica. Priego Muñoz define como:

A recusa dos profissionais de saúde em realizar, por razões éticas e religiosas, certos atos que estão juridicamente autorizados. Esta posição é um ato de grande dignidade moral quando as razões dadas pelo médico são sérias, sinceras e constantes, e referem-se a questões sérias e fundamentais¹⁹⁷.

Dessa sorte, pode-se dizer que a objeção de consciência médica é responsável pela rejeição médica a ações e não a pessoas.

Para entender esse cenário, é necessário conhecer a evolução da relação médico-paciente. No início, a medicina materializou seu princípio de beneficência com um modelo paternalista, onde o médico era visto como um pai que se tornava a referência de autoridade sobre o filho, impunha seu critério de prática, ignorando as considerações do paciente. Hoje, o regime paternalista deu lugar a um regime contratualista, em que médico e paciente não são mais pai e filho, respectivamente, mas partes contratantes. Sendo assim, deve haver um equilíbrio entre eles e tanto o consentimento quanto a autonomia serão os alicerces da relação médico-paciente. O médico não impõe os seus critérios e a realização de procedimentos médicos é o resultado de um consenso com o paciente. Isso é de grande importância para o assunto em questão aqui, uma vez que o reconhecimento do consenso médico-

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 813.

¹⁹⁶ MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido.**

¹⁹⁷ MUÑOZ B. **La objeción de conciencia.** Disponível em: [en:http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf](http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf). Acesso em 30 jun. 2015.

paciente significa implicitamente uma potencial dissidência, que é propícia para o surgimento da objeção de consciência.¹⁹⁸

A objeção de consciência tem uma forte ligação com essa relação, já que há um confronto entre duas consciências a respeito de um bem transcendental a ambos: a vida e seus valores. Aqui, o exercício da objeção de consciência é uma manifestação da autonomia das extremidades do relacionamento: a liberdade de prescrição, no caso da liberdade médica, e a liberdade terapêutica, no caso do paciente¹⁹⁹.

A literatura científica²⁰⁰ dispõe que a objeção de consciência médica:

1) Sustenta-se na ética médica.

2) Possui um caráter individual, em que imperativo moral interno prevalece sobre qualquer impacto social.

3) Expressa-se a título pessoal, o que torna impossível ser invocada por terceiros.

4) É formalizada publicamente.

A dissidência envolvendo a objeção de consciência, no domínio dos cuidados de saúde, não pode reivindicar a subversão da ordem normativa e fazer da posição dissidente uma regra geral. Em outras palavras, a dissidência decorrente da objeção de consciência é a objeção contra o regulamento contestado, que continua a ser a referência normativa geral.²⁰¹ Razão pela qual um clínico objetor não pode proibir que profissionais não objetores pratiquem o ato que motivou a objeção. Isso significa que o médico pode decidir apenas sobre os seus próprios atos, estando vedado a ele fazer de sua vontade uma regra.

¹⁹⁸ GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia. Arazandi: Pamplona, 2005.

¹⁹⁹ LEE, G. M., SOTELO, G.; CASA, O. **La objeción de conciencia en la práctica del médico**. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no49-3/RFM49310.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

²⁰⁰ LEE, G. M., SOTELO, G.; CASA, O. **La objeción de conciencia en la práctica del médico**.

²⁰¹ GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia.

De acordo o Juramento de Hipócrates, ninguém pode dispor da vida no desenvolvimento de atos biomédicos, de modo que o médico pode ser dispensado de realizar, por exemplo, um aborto, invocando objeção de consciência²⁰². Bonilla Sanchez diz que com a sua atitude de rejeição, o profissional de saúde, público ou privado, não infringe nenhum dever constitucional ou legal de interromper a gestação, porque não impõe que sua vontade torne-se a norma. A objeção de consciência apenas atende a um juramento profissional e a uma obrigação ética, sancionada pela lei e regulamentação para proteger e não para frustrar a vida humana em qualquer estágio de desenvolvimento²⁰³.

No entanto, essa oposição ou discordância não pode ser aplicada de forma indiscriminada. Quando um aborto for necessário, a objeção torna-se inválida, porque o médico não pode abster-se de prestar a assistência médica necessária, sob pena de sua conduta ser caracterizada como crime, tais como homicídio ou lesão corporal²⁰⁴. Em relação ao direito brasileiro, por exemplo, há situações em que a interrupção da gravidez é prevista na legislação por acarretar risco iminente à vida da mãe. Dada a situação da saúde pública no país, há momentos em que o médico precisa escolher entre a vida da mãe ou do feto, e a vida da mãe deve prevalecer sobre a do feto. Nesse caso, se não houver outro médico disponível para realizar o procedimento, entende-se que o médico com objeção de consciência em relação ao aborto não pode simplesmente recusar-se a realizar o procedimento, colocando em risco a vida da gestante.

Gómez Rivero observa que o cenário clássico de objeção de consciência surge do conflito entre quem afirma a objeção e a pessoa afetada pelo exercício, e dá como exemplo a atitude do médico na prática do aborto solicitado, e no caso inverso, em que o médico tem a intenção de praticar um aborto, contra a vontade da mulher grávida, no âmbito de um risco para a sua vida ou em razão de defeitos congênitos que causam ao feto tal sofrimento que, ao ver do médico, é moralmente inaceitável. A objeção de consciência é levantada contra uma regra de proibição,

²⁰² GARCÍA FERNÁNDEZ D. **Hasta la objeción de conciencia sirve para proteger al embrión humano**. Revista el Mundo del Abogado, México. 2007;(104), p. 26-28.

²⁰³ BONILLA JJ. **De nuevo sobre la objeción de conciencia sanitaria**. Disponível em: <http://andoc.es/actas.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

²⁰⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ D. **Hasta la objeción de conciencia sirve para proteger al embrión humano**, p. 28.

que consiste na obrigação que o médico possui, teoricamente, de se abster e respeitar a vontade da gestante²⁰⁵.

Segundo Rivero, no caso de haver uma discrepância entre a vontade do afetado e quem alega as razões de consciência, tais razões não devem ser ignoradas. Nesse caso, seus limites devem ser ancorados de forma que o atendimento às objeções de consciência de quem se opõe ao ato não impeçam os afetados, por sua vez, de agir em consciência, isto é, de acordo com suas próprias crenças ou princípios éticos, morais ou religiosos²⁰⁶. Sobre esse tema específico, ou seja, sobre a objeção de consciência, no que diz respeito ao aborto, muitos países europeus regulamentam o direito de objeção dos profissionais de saúde. Entre esses países, podemos citar a França, Alemanha, Itália, Holanda e Reino Unido²⁰⁷.

No entanto, a maioria das legislações européias também garante que quando o Estado não fornece a presença de número suficiente de profissionais para a prática do aborto nos casos previstos pela lei, e há apenas um profissional médico que está habilitado para realizá-lo, este será obrigado a praticá-lo. Nesse caso, os tribunais europeus entendem que a restrição à observação do direito fundamental à objeção de consciência é completamente legítima, devido à necessidade de preservar os direitos fundamentais de terceiros afetados, em particular a saúde e a vida da mulher grávida.²⁰⁸

No caso em que a objeção seja possível, o médico deve fazê-la por escrito, indicando, em primeiro lugar, as razões pelas quais tal prática médica está em conflito com as suas convicções religiosas ou morais mais íntimas e, segundo, o nome do profissional de saúde que se encarregará do paciente, havendo a certeza da existência de tal profissional e da sua experiência para realizar o procedimento e sua disponibilidade de tempo na ocasião necessária.²⁰⁹

²⁰⁵ GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico**. Valencia: Tirant lo Blanch; 2003.

²⁰⁶ GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico**.

²⁰⁷ PELAYO Á. La objeción de conciencia sanitaria. En: BARRANCO, M. C., GARRIDO, M. I. **Libertad ideológica y objeción de conciencia**. Pluralismo y valores en derecho y educación. Madrid: Dykinson; 2011. p. 115-144

²⁰⁸ GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia.

²⁰⁹ GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia.

Há também a questão da objeção de consciência do farmacêutico. O caso clássico é o farmacêutico que se recusa, por razões de consciência, a fornecer ou entregar a pílula pós-coito, também chamada de “pílula do dia seguinte”. A justificativa para a recusa pode ser: (I) profissional, sob a irrelevância ou ineficácia da droga; ou (II) ética, por causa do conflito entre os efeitos do medicamento e as crenças morais ou religiosas,²¹⁰ (III) ou científica, por causa de efeitos colaterais mais graves que os benefícios.

A legislação e jurisprudência brasileiras não dizem nada a respeito. Acredita-se que, caso uma negação desse direito já tenha ocorrido, a requerente tenha preferido dirigir-se a outra farmácia, em vez de pleitear seu direito na justiça, tendo em vista que o uso do anticoncepcional emergencial não poderia aguardar por uma decisão judicial, ou perderia sua eficácia. Priego Muñoz, contudo, observa que a objeção de consciência não pode ser usada para recusar o fornecimento de um medicamento prescrito por um médico²¹¹.

Há também a objeção de consciência no caso de pacientes que recusam determinado tratamento, particularmente de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Como observado acima, a relação médico-paciente não é regulamentada por um esquema paternalista, mas sim contratualista, em que médico e paciente são iguais e são dotados de autonomia. Assim, o paciente tem o direito de recusar um tratamento médico, quando este confronta suas crenças religiosas, como no caso acima mencionado. O médico não poderia submeter um paciente a determinado tratamento contra sua vontade, havendo o dever ético de respeitar a rejeição ou a recusa de um paciente a receber transfusão²¹².

No entanto, o médico pode invocar objeção de consciência ao rejeitar a sua obrigação legal de respeitar a decisão negativa do paciente. Nesse caso, o médico deve verificar a necessidade de transfusão; explicar para o paciente que se trata de um tratamento adequado, com a exposição dos seus benefícios; identificar as implicações para sua vida, presente e futura, decorrente da sua decisão de

²¹⁰ BONILLA, JJ. **De nuevo sobre la objeción de conciencia sanitaria.**

²¹¹ MUÑOZ B. **La objeción de conciencia.**

²¹² SEOANE J. El perímetro de la objeción de conciencia médica. **Revista para el Análisis del Derecho**, InDret. 2009; (4): p. 1-21.

recusar o tratamento²¹³. Ou seja, a objeção de consciência de saúde, nessa hipótese, obriga o médico a alertar o paciente sobre as possíveis consequências de sua decisão.

Tanto a justiça alemã quanto a italiana já se pronunciaram a respeito. A primeira *Grundgesetz* (Lei Fundamental) garante ao indivíduo um quadro regulamentar para a liberdade, em que ele pode escolher o modo de vida que corresponde à sua consciência, o que afeta não só a liberdade de crer ou não crer, mas também o direito do indivíduo de dirigir todas as suas ações de acordo com suas convicções e crenças interiores²¹⁴. A lei italiana aponta para a necessidade de atender ao desejo expresso do paciente adulto não receber uma transfusão de sangue, embora isso seja um fator determinante de sua morte²¹⁵.

Nos Estados Unidos, a posição jurisprudencial é, em regra, o respeito absoluto pela livre escolha feita pelo paciente de recusar tratamento médico. Quando o paciente é um adulto, em perfeito uso de suas faculdades mentais e sem filhos, a decisão pessoal negativa é legítima, uma vez que não haverá um conflito de interesse que justifique a intervenção do Estado. No entanto, quando há um “interesse predominante do Estado”, que é quando este assume a responsabilidade pelo cuidado de um paciente inconsciente ou o bem-estar de seus filhos, a jurisprudência norte-americana autoriza a imposição judicial de cuidados médicos necessárias para proteger a vida do paciente²¹⁶.

Outras situações que constituem o “interesse superior do Estado”, de acordo com a jurisprudência norte-americana, seriam aqueles relacionados com a saúde pública, por exemplo, tornar obrigatória uma vacina para evitar o risco de epidemia. Nesse caso, os pais não podem excusar-se da vacinação obrigatória, nem eles nem seus filhos, mesmo por motivos religiosos. O direito de praticar a religião não incluem a liberdade para expor a comunidade a uma doença infecciosa²¹⁷.

²¹³ SEOANE J. El perímetro de la objeción de conciencia médica. **Revista para el Análisis del Derecho**, p. 1-21.

²¹⁴ GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica**. 3. Ed. Pamplona: Editora Civitas/Thomson Reuters, 2011

²¹⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica**.

²¹⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica**.

²¹⁷ GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica**.

Uma das maiores controvérsias ou discussões sobre a objeção de consciência é legitimar o seu exercício, a saber: quem pode efetivamente afirmar ou invocar objeção de consciência? Esta questão é dirigida a dois subtemas: 1. Podem as pessoas jurídicas alegar objeção de consciência, levando seus profissionais de saúde a agir de acordo com uma objeção institucional de consciência? Ou a objeção de consciência é imputável apenas aos indivíduos? 2. No ato médico, entendido em sentido lato, que participantes dele podem alegar a objeção de consciência? Todos? Ou somente aqueles que têm uma intervenção médica direta no paciente?

As pessoas jurídicas, desenvolvendo o direito de associação, também têm o direito de aprovar ou disseminar uma concepção ideológica particular. Nesse caso, a proibição da objeção de consciência institucional baseia-se na recusa legal a “convicções ideológicas ou filosóficas que fundamentam certas associações ou comunidades de pessoas”²¹⁸. Ou seja, entende-se que os centros de saúde não podem se negar a realizar procedimentos médicos com a justificativa da objeção de consciência, quando não é possível transferir o paciente a outro centro de saúde que concorde em realizar o procedimento sem prejuízo à saúde do paciente. Deve-se considerar o estado de urgência quando a vida do paciente está em risco e a instituição que se nega a realizar o procedimento por objeção de consciência é a única que pode fornecer este serviço em localizações geográficas específicas.

Seguindo os argumentos a favor da objeção de consciência institucional, Bonilla Sanchez argumenta que as entidades supraindividuais que prestam serviços de saúde e são de natureza privada, em que há uma personalidade jurídica e capacidade de vontade diferente da dos seus membros, podem exercer objeção de consciência coletiva ou institucional, com base em suas idéias²¹⁹. Um exemplo seria hospitais ou casas de saúde administradas por instituições religiosas.

Gomez Rivero observa que a doutrina especializada é a favor da objeção de consciência, tanto individualmente como coletivamente. Ele observa que as entidades supraindividuais também são titulares de direitos fundamentais, incluindo a liberdade ideológica e religiosa²²⁰.

²¹⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia T-388, Objeción de Conciencia de los médicos para practicar aborto** (2009 may 28).

²¹⁹ BONILLA, JJ. **De nuevo sobre la objeción de conciencia sanitaria**.

²²⁰ GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico**.

No caso específico da interrupção da gravidez, outro ponto que poderia criar dificuldades quando se trata de estabelecer a legitimidade de se recusar à realização de determinado procedimento, refere-se à assistência médica após o procedimento cirúrgico que levou à interrupção da gravidez. Gómez Rivero salienta que não é possível invocar a objeção, uma vez que não afeta mais à manobra abortiva, mas o cuidado e atenção que deve ser oferecida às mulheres tenham sido submetidas a uma intervenção²²¹.

Suarez Bello, estabelece critérios para determinar quando a objeção de consciência é permitida e quando não é amparada pela lei. Esse critério é baseado em três elementos: (1) a sinceridade das crenças do objetor; (2) o respeito pelos direitos fundamentais de terceiros; e (3) a inocuidade das consequências, o que resulta em um julgamento da proporcionalidade²²².

De acordo com Galán Cortés, para eliminar qualquer possibilidade de responsabilidade criminal na implementação de hemotransfusão em Testemunhas de Jeová, o médico terá que recorrer a uma autorização judicial, o que implica a transferência da responsabilidade dos médicos para o Judiciário.²²³ No caso em que um pai se recusa a convencer seu filho a aceitar o tratamento que é contrário às crenças morais ou religiosas deles e do filho, essa situação não implica responsabilidade criminal por parte dos pais, uma vez que esses não podem ser obrigados a agir de forma contrária às suas crenças religiosas²²⁴.

Uma questão ainda mais controversa é quando o paciente perde a consciência sem ter manifestado a sua vontade, mas pessoas próximas ao paciente (como os pais e a família) indicam que a vontade do paciente seria a recusa ao tratamento médico. Em tal cenário, não há poder, derivado da tutela ou autoridade parental, para decidir sobre a aplicação do tratamento no exercício da objeção de consciência, uma vez que a liberdade religiosa é um direito de caráter pessoal e intransferível. Em outras palavras, um pai ou tutor não pode recusar, com base em

²²¹ GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico.**

²²² BELLO P. **Derecho penal, objeción de conciencia y hecho religioso.** Disponível em: http://www.ical.es/locus/51/articulos/derecho_penal.pdf. Acesso em 30 jun. 2015, p. 3.

²²³ GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica.**

²²⁴ BELLO P. **Derecho penal, objeción de conciencia y hecho religioso**, p. 3.

considerações de ordem religiosa, o tratamento proposto para uma criança ou adolescente²²⁵.

O exercício da objeção de consciência também pode afetar outros direitos legais, tais como a liberdade individual, especialmente quando o médico aplica tratamento médico contra a vontade do paciente. Conclui-se que, atualmente, a relação médico-paciente é regida pelo princípio da autonomia, tanto o paciente quanto o médico são seres autônomos, com o direito de pensar, refletir e agir de acordo com sua própria vontade e seu livre arbítrio.

²²⁵ BELLO P. **Derecho penal, objeción de conciencia y hecho religioso**, p. 3.

CAPÍTULO III

A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA APLICADA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA

3.1 OBJEÇÃO RELIGIOSA: A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE

Caso clássico e bastante frequente de objeção de consciência fundada em motivo religioso são das Testemunhas de Jeová que recusam a realização de transfusão de sangue no próprio corpo, no de seus familiares, bem como de dependentes incapazes, mesmo nas situações de indubitável risco de morte²²⁶. Recusam o procedimento diante da crença de que o sangue é sagrado, uma vez que representa a vida. Frente a isso, não toleram a transfusão sanguínea, já que creem que, por meio dela, se tornariam impuros.

As Testemunhas de Jeová iniciaram seus primeiros trabalhos em meados de 1870 por Charles Taze Russell e eram conhecidos como “Estudantes da Bíblia”. Foi a partir de 1931 que passaram a intitular-se oficialmente de Testemunhas de Jeová²²⁷, estando presente, hoje, em mais de 240 países e com mais de oito milhões de seguidores em todo o mundo.²²⁸

São seguidores da Bíblia e encaram a sua crença como um modo de vida. Todas as decisões relacionadas a maneira de viver, como, emprego, família, diversão, vestuário, lazer, carreira, escola são baseadas nos escritos bíblicos e na adoração à Jeová. Adoram exclusivamente a um único Deus, que é apresentado na Bíblia, o qual chamam de “Jeová” e seguem Jesus Cristo. Diferente das demais religiões, não acreditam no Deus trino. “A Bíblia é encarada como um manual de aplicação prática e obrigatória em todos os campos da vida das Testemunhas de

²²⁶ Este tópico objetiva tratar especificamente dos pacientes Testemunhas de Jeová, por constatar que a maioria das recusas à transfusão sanguínea decorre das convicções religiosas delas. Todavia, importante ressaltar a ocorrência de recusa a tal procedimento por outros pacientes, motivados por exemplo, pelo receio ao método diante dos riscos inerentes a este, dentre outros motivos.

²²⁷ Para legitimar o nome basearam-se na passagem bíblica Isaías, 43:30: “Vós sois as minhas testemunhas”, é a pronúncia de Jeová, “sim, meu servo a quem escolhi, para que saibais e tenhais fé em mim, e para que entendais que eu sou o Mesmo. Antes de mim não foi formado nenhum Deus e depois de mim continuou a não haver nenhum.”

²²⁸ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Testemunhas_de_Jeov%C3%A1&oldid=46181868>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Jeová”. Entre as suas principais filosofias pode-se destacar a neutralidade política, a moralidade sexual e à recusa em aceitar transfusão de sangue.²²⁹

As Testemunhas de Jeová encaram a vida como uma dádiva de Deus e para isso zelam pelo sua saúde, buscando sempre tratamento de qualidade para si e para sua família. Levam uma vida saudável e não fazem uso de drogas, como fumo, entorpecentes ou bebidas alcóolicas e também não praticam aborto.²³⁰

Beber²³¹ esclarece que as Testemunhas de Jeová, escudadas pelo princípio da sua fé, sustentam, em resumo, que a palavra de Deus, traduzida pelos princípios bíblicos, deve ser defendida incondicionalmente, pois creem que como criador do homem, Deus sabe o que é melhor para a sua criação. Recusam a transfusão de sangue total de seus quatro componentes primários, ou seja, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Nessa lógica, fundamentam sua postura em recusar a transfusão, mediante a interpretação²³² das seguintes passagens bíblicas:

²²⁹ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre.

²³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer Jurídico, fev. 2010.

²³¹ BEBER, Jorge Luis Costa. Aspectos éticos e jurídicos da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.101, jan. 2003, p. 28.

²³² Constantino faz uma crítica a forma de interpretação das Testemunhas de Jeová aos textos Bíblicos apresentados, a saber: “As denominadas Testemunhas de Jeová interpretam erroneamente a passagem bíblica de Atos, cap. 15, vers. 20, em que os Apóstolos, trazendo algumas regras do Antigo para o Novo Testamento, recomendaram aos novos cristãos (isto é, aos recém-convertidos do Paganismo ao Cristianismo), que se abstivessem do sangue; a sobredita seita vê, aqui, uma proibição implícita da realização de transfusões sanguíneas”. Entretanto, o leitor atento, lendo todo o capítulo 15 de Atos, entende que a questão posta em debate era se algumas normas do Judaísmo (Antigo Testamento) deveriam ou não prevalecer no Cristianismo (Novo Testamento); a conclusão foi a de se conservarem as regras contidas no versículo 20, entre elas, a abstenção do sangue; porém tal proibição oriunda do Antigo Concerto, era a de se comer o sangue dos animais (Gênesis, 9:4; Levítico, 3:17). Só dos animais, pois naquela época, nem se sonhava com transfusões sanguíneas, entre seres humanos. As Testemunhas retrucam que o sangue humano equipara-se ao sangue dos animais, o que é uma falácia, pois a própria Bíblia diz que “a carne (natureza física) dos homens é uma e a carne dos animais é outra” (Coríntios, 15:39). Por fim, argumentam as Testemunhas que, se não se pode comer pela boca, o sangue, não se pode, também ingeri-lo pela veia, em uma transfusão. Contudo, [...] Dr. Sinésio, esclarece o seguinte: ‘a reação metabólica é completamente diferente ao se comer o sangue (de animais) e ao se tomar uma transfusão de sangue (humano) pela veia: quando se come o sangue (animal) – pela boca, é óbvio, o organismo absorve as gorduras e proteínas, mas a massa sanguínea é posta fora, após a digestão, pelas fezes; quando se torna uma transfusão de sangue (humano), pela veia, a massa sanguínea aplicada não é eliminada pela digestão, mas incorpora-se ao sangue do paciente’. CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de sangue e omissão de socorro**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.246, abr. 1998, p. 51-57.

Tudo o que vive e se move servirá de alimento para vocês. E a vocês eu entrego tudo, como já lhes havia entregue os vegetais. Mas não comam carne com o sangue, que é a vida dela (Gênesis 9:3, 4); Todo filho de Israel ou imigrante que reside no meio de vocês que caçar um animal ou ave é permitido comer, deverá derramar o sangue do animal ou da ave e cobri-lo com terra. O sangue é a vida de todo ser vivo; foi por isso que eu disse aos filhos de Israel: Não comam o sangue de nenhuma espécie de ser vivo, pois o sangue é a vida de todo ser vivo e quem o comer será exterminado (Levítico 17:13, 14) e, Porque decidimos, o Espírito Santo e nós, não impor sobre vocês nenhum fardo, além destas coisas indispensáveis: abster-se de carnes sacrificadas aos ídolos, do sangue, das carnes sufocadas e das uniões ilegítimas. Vocês farão bem se evitarem essas coisas. Saudações (Atos dos Apóstolos 15: 28-29)²³³.

Com base nessas interpretações, recusam a transfusão de sangue, mesmo em situações de iminente risco de morte e, por esses motivos, defendem a utilização de métodos alternativos²³⁴, isentos de sangue. Importante ressaltar, primeiramente, que mesmo diante da grande evolução da Medicina no sentido de aplicar métodos alternativos sempre que possível, a fim de realizar a transfusão sanguínea como último recurso, verifica-se que esses métodos defendidos pelas Testemunhas de Jeová não podem ser aplicados em qualquer caso.

²³³ BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Balacin. São Paulo: Paulus, 1990.

²³⁴ Consistem em tratamentos e técnicas cirúrgicas sem sangue, dentre outras:

- 1) A Eritropoetina [humana] Recombinante: forma biossintética de um hormônio humano natural que estimula a medula óssea a produzir hemácias;
- 2) Interleucina-11 Recombinante: forma geneticamente produzida de hormônio humano, com o objetivo de estimular a produção de plaquetas (essenciais para o processo de coagulação sanguínea);
- 3) Ácido Aminocapróico e Tranexâmico: estimuladores da coagulação inibindo ou cessando a fibrinólise (decomposição dos coágulos sanguíneos);
- 4) Adesivos Teciduais: usados para diminuir a perda de sangue, selando superfícies das feridas cirúrgicas de modo a reduzir o sangramento pós-operatório;
- 5) Expansores do Volume do Plasma: tais como os Cristalóides: possuem a função de manter o volume circulatório do sangue no corpo, para isto consistem em fluidos intravenosos compostos de água, com vários sais e açúcares, e ainda os Colóides: possuem a função de manter os níveis de proteína sanguínea, estabilizando o equilíbrio dos fluidos e o volume circulatório do sangue no corpo, para isto consistem em fluidos compostos de água misturada com partículas bem diminutas de proteínas;
- 6) Instrumentos Cirúrgicos Hemostáticos: reduzem o sangramento facilitam o manejo dos tecidos, como exemplo pode-se destacar: o eletrocautério, lasers, coagulador com raio de argônio (este causa trauma mínimo aos tecidos, coagula os vasos grandes e reduz o risco de hemorragias pós-operatória);
- 7) Equipamentos de Recuperação Intra-Operatória: por meio destes recupera-se parte do sangue derramado, o qual é lavado ou filtrado por equipamento e reinfundido no paciente;
- 8) Instrumentos para Recuperação Pós-Operatória: como tubo de drenagem, no qual o sangue derramado é processado e devolvido ao paciente;
- 9) Hemodiluição: processo pelo qual é utilizado circuito fechado, não realizando coleta de sangue pré-operatório. 2008 MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Direitonet, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>. Acesso em 24. Jun. 2015.

Conforme ressalta Constantino²³⁵:

Há casos de perda sanguínea em grande escala, como por exemplo, uma hemorragia aguda em que ocorre perda de grande quantidade de hemácias e estas não podem ser substituídas por nenhum outro elemento, a não ser, mesmo por outras hemácias, vez que nenhuma outra célula as substitui em sua função de transportar o oxigênio; num caso como este, não é possível qualquer tratamento alternativo, mas só mesmo a transfusão de sangue.²³⁶

Faz-se necessário esclarecer que, mesmo nos casos em que há a possibilidade de aplicação de métodos alternativos, muitas vezes essa não ocorre devido a não disponibilidade de recursos técnicos nos estabelecimentos de saúde.²³⁷

Frente à crença e temendo a ocorrência de uma transfusão inesperada, no caso, por exemplo, de inconsciência ou de impossibilidade de expressão de vontade, as Testemunhas trazem consigo um documento conhecido como “Diretrizes sobre Tratamento de Saúde e Isenção para a Equipe Médica”.²³⁸

Por meio desse, informam sua recusa a qualquer transfusão de sangue (total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma sanguíneo) e seu aceite à utilização de métodos alternativos, indicando procuradores a quem caberá tomar decisões no lugar do paciente. Para as Testemunhas de Jeová, essa declaração formal isenta médicos por quaisquer resultados adversos decorrentes da recusa em aceitar a transfusão sanguínea.²³⁹

Essa grande resistência das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, por motivos de convicção religiosa, poderia ser solucionada caso as alternativas ao sangue, defendidas por elas, pudessem ser aplicada a todos os

²³⁵ CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de sangue e omissão de socorro**, p. 56.

²³⁶ “Quando a perda de sangue atinge 25 a 30% do volume sanguíneo, o paciente encontra-se em iminente risco de vida, em virtude do risco de choque hipovolêmico, Assim sendo, a transfusão de sangue total torna-se necessária para que se reestabeleça o volume intravascular, e para que se restaure a capacidade de transporte de oxigênio” (MENITOVE, apud SORIANO, Aldir Guedes. *Terapia transfusional: Aspectos jurídicos*. **JusNavigandi**, ago. de 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em 25 jun. 2015, p. 2).

²³⁷ Esclarece-se que “No Brasil há poucos hospitais com tratamento exclusivamente sem sangue, entre eles o Hospital Paulo Sacramento, em Jundiaí, e o Hospital Panamericano, em São Paulo” (VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de jeová**. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 182, ago., 2004, p. 14).

²³⁸ Da mesma forma, que os adultos, “os menores de idade, possuem o cartão de identificação, contendo nome, filiação, endereço e declaração das convicções religiosas de seus familiares quanto à recusa à transfusão de sangue” (VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová**, p. 15).

²³⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de jeová**, p. 15.

casos. Contudo, conforme dito, há situações em que se impossibilita a utilização dessas alternativas, principalmente naquelas em que há grande perda de sangue, bem como quando se esbarra na ausência de recursos técnicos nos hospitais,²⁴⁰ muito comum em várias localidades carentes de nosso país, restando essencial a utilização do recurso da transfusão. Quando a recusa à transfusão ocorre justamente nos casos em que se impossibilita a utilização de métodos alternativos diante de iminente risco de morte, cria-se um campo de colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade de religião dos pacientes Testemunhas de Jeová.

A recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue por convicções religiosas, em caso de iminente risco de morte, envolve a aparente²⁴¹ colisão entre os princípios constitucionais: direito à vida e direito à liberdade religiosa.

Canotilho²⁴² justifica a existência de fenômenos de tensão entre os princípios, pelo “fato da Constituição constituir um sistema aberto de princípios”. Observa que:

Considerar a Constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivoconstitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador. A pretensão de validade absoluta²⁴³ de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis,

²⁴⁰ Ressalta-se, pois, que o presente trabalho, basear-se-á somente nos casos em que a transfusão de sangue seja indispensável, não restando possível a aplicação de qualquer medida alternativa, no caso de iminente risco de morte, frente à recusa do paciente.

²⁴¹ “[...] afirma-se que se trata somente de um conflito aparente de direitos constitucionais, pois, de acordo com os princípios da Hermenêutica Constitucional [...], as normas constitucionais não entram em colisão, uma vez que há critérios para que a jurisprudência realize o mencionado juízo de ponderação”. LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová: A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/947845-ana-carolina-reis-paes-leme/publicacoes>. Acesso em: 25 jun de 2015.

²⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1182.

²⁴³ De acordo com Canotilho, “todas as normas contidas numa mesma Constituição têm igual dignidade consoante o princípio da unidade hierárquico-normativa”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1183.

com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológica-normativa da lei fundamental.²⁴⁴

Diante dessa lógica, no caso de colisão de princípios, ou seja, frente à impossibilidade, no caso concreto, de manter a higidez, ou parcela desta, diante da tensão ou antagonismo, a solução, diferentemente das regras, dá-se mediante a ponderação entre os princípios colidentes.²⁴⁵

As regras são aplicadas mediante subsunção, assim ocorrendo os fatos previstos nela, deverá incidir de forma automática, produzindo seus efeitos. Desse modo, diante de um conflito entre regras, dentro da lógica do tudo ou nada, soluciona-se com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção.

Assim, apenas uma regra será válida e irá incidir no caso concreto. No tocante à solução da colisão de princípios, a lógica mostra-se diversa das regras, já que não ocorre na dimensão da validade, visto que somente princípios válidos podem colidir, mas na dimensão do peso. Por meio desse, avaliar-se-á, no caso concreto, o princípio de maior peso, o qual preponderará, devendo ao outro recuar, sem que perda sua validade, ou seja, a solução se realizará mediante ponderação.^{246 247}

Desse modo, observa-se a insuficiência do método da subsunção, aplicado no conflito entre regras, a fim de solucionar a colisão entre princípios, uma vez que, por meio desse método, se poderia optar por uma única norma, descartando outra também aplicável. Nesse sentido, esclarece Barroso:

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência a aplicação do conteúdo ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mais recentemente, porém a dogmática jurídica deu-se conta que a subsunção

²⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1183.

²⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1182.

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180.

²⁴⁷ Os ordenamentos modernos contêm uma série de regras ou critérios para a solução de conflitos normativos historicamente corporificados, como os critérios hierárquicos (*lex superior derogat inferiori*), de especialidade (*lex specialis derogat generalis*), cronológico (*lex posterior derogat priori*), além da regra *lex favorabilis derogat odiosa*, hoje em desuso. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

tem limites não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais freqüentes. [...] Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula não seria constitucionalmente adequada por força do princípio instrumental da unidade da Constituição²⁴⁸[...], o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.²⁴⁹

Também, nesse sentido, ressalta-se a insuficiência da subsunção para a compreensão do Direito, frente à noção de que a Constituição é um documento dialético (tutela valores e interesses potencialmente conflitantes) e que os princípios nela inseridos estão em constante colisão. Amparada nessa lógica, a hermenêutica constitucional desenvolveu técnicas mais complexas, trabalhando multidirecionalmente a fim de resolver as hipóteses em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, ou seja, quando houver a incidência de várias premissas maiores (normas) para apenas uma premissa menor (fatos)²⁵⁰.

O método utilizado, a fim de superar a insuficiência da subsunção é a ponderação, que no entendimento de Barroso, consiste:

[...] em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam solução diferenciadas.²⁵¹

Canotilho²⁵² salienta que a ponderação de princípio traduz-se em sopesar, com a finalidade de optar, num caso concreto, qual dos princípios possuirá maior peso ou valor no momento de colisão. Observa que esse método reconduz-se

²⁴⁸ “[...] o princípio da unidade da constituição é uma exigência da coerência narrativa do sistema jurídico. O princípio da unidade, como um princípio de decisão dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as lerem e compreenderem, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça. Nesse sentido, embora a Constituição possa ser uma “unidade dividida” dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e higidez” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.184).

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 356-357.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 357.

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 358.

²⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1241.

à criação de uma hierarquia móvel entre os princípios em conflito. Isso porque estabelece um valor maior ou menor entre os princípios (hierarquia) e bem como por tratar-se de uma relação de valor instável, válida para o caso concreto, mas que pode ser invertida em outro caso.

Assim, satisfeita a noção do método da ponderação a fim de solucionar a colisão entre princípios, faz-se importante ressaltar as três etapas fundamentais com o desiderato de concretizar esse método, quais sejam: preparação da ponderação, realização da ponderação e, bem como reconstrução da ponderação.

Ávila²⁵³ esclarece que, na fase de preparação da ponderação, devem ser analisados todos os elementos e argumentos da forma mais abrangente possível, ou seja, todos os elementos, objeto do sopesamento. Na segunda fase, a da realização da ponderação, se fundará a relação estabelecida entre os elementos, e por último, a fase da reconstrução da ponderação se traduz na formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os mesmos.

Por oportuno, assevera Barroso²⁵⁴ a respeito das etapas da ponderação, que, na primeira etapa, o intérprete verifica as normas de maior importância para a solução do caso, constatando eventual conflito existente entre elas. Ainda nessa fase, as diversas premissas maiores pertinentes são agrupadas em função da mesma solução que estejam sugerindo, sobre a qual irão formar um conjunto de argumentos. Já na segunda etapa, ocorre o exame dos fatos e o reflexo sobre as normas reconhecidas na primeira etapa, podendo resultar na verificação, de forma mais clara, da função de cada norma e a extensão de sua influência.

E, por último, na terceira fase, constata-se a maior diferenciação do método de subsunção. Nessa, examinar-se-ão, de forma conjunta, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos a serem destinados aos elementos em disputa, estabelecendo aqueles que irão preponderar no caso concreto. Em ato contínuo, analisar-se-á a possibilidade de graduar a intensidade da prevalência da solução escolhida em relação às demais e, sendo cabível, estabelecer a graduação em que a solução será fixada. Ressalta-se

²⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95-96.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 358-360.

que todo o processo de desenvolvimento de produção intelectual, a fim de solucionar o conflito existente entre princípios, deve nortear-se pelo princípio da proporcionalidade, com o desiderato de manifestando-se como senso de justiça, consistir em balizador do juízo de ponderação.

Nesse sentido, Barroso²⁵⁵ afirma que “[...] todo este processo intelectual, tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”²⁵⁶. Ávila²⁵⁷ observa que a ponderação²⁵⁸, como método consistente a atribuir pesos a elementos que se colidem, deve ser estruturada com a inserção de critérios, como os postulados da proporcionalidade e mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Despida de critérios formais ou materiais que orientem o sopesamento, a ponderação mostra-se muito ampla e pouco útil para a aplicação do Direito.

Nessa esteira, aduz Campos:

[...] tem-se que é o princípio da proporcionalidade que se permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrarem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.²⁵⁹

Verifica-se das razões aludidas que, na análise do princípio da proporcionalidade, três exames fundamentais inerentes a este são realizados, os denominados subprincípios (elementos ou conteúdos parciais). Esses compõem a estrutura do princípio da proporcionalidade, quais sejam: princípio da conformidade ou adequação dos meios; princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da conformidade ou da adequação impõe uma relação de adequação medida-fim, ou seja, a medida adotada deve ser apropriada à

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 360.

²⁵⁶ Embora o autor estabeleça uma sinonímia entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, entendem-se diversos, uma vez que, enquanto o primeiro é utilizado como critério de colisão de princípios, o segundo é utilizado para a medida de aplicação de determinada norma.

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 94.

²⁵⁸ A ponderação é entendida por Ávila como postulado inespecífico, na qual exige o sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) sem indicar como deve ser feito este sopesamento. Os elementos e critérios não são específicos, por este motivo denominada a ponderação como postulado inespecífico, consistindo em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 93).

²⁵⁹ CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 28, 2004.

prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. O princípio da necessidade (exigibilidade) consiste na idéia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível. De acordo com esse, dever-se-ia exigir sempre prova de que para consecução de determinados fins, não se mostrava ao alcance adotar outro meio menos oneroso. Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido com princípio da justa medida, consiste em realizar um juízo de ponderação, na qual meios e fim são colocados em equação, com o desiderato de verificar se o meio é ou não desproporcional em relação ao fim, ou seja, pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim²⁶⁰.

Observada a aplicação do método da ponderação e seu fio condutor, o princípio da proporcionalidade, a fim de solucionar a colisão entre princípios constitucionais, verifica-se a importância de empregá-lo no contexto do presente trabalho, uma vez que, como já ressaltado, não resta alcançável uma solução adequada em abstrato, necessitando-se ser precisada diante da análise dos elementos do caso concreto.

Frente à recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, em caso de iminente risco de morte, surge a colisão dos princípios constitucionais: direito à vida e direito à liberdade religiosa. Tem-se de um lado o direito à vida do paciente, constitucionalmente amparado, por meio do art. 5º, caput, (grifo nosso) que estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

O direito à vida conforme Silva:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte.²⁶¹

²⁶⁰ CANOTILHO, J. J. **Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 269-270.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197.

De outro lado, há o direito à liberdade religiosa, possuindo três formas de expressão: liberdade de crença²⁶²; liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Esse direito é amplamente protegido pela Constituição, em seu art. 5º, inciso VI, que estabelece: “[...] 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”²⁶³. Amparadas por suas convicções religiosas, as Testemunhas de Jeová recusam à transfusão de sangue, mesmo nas situações de iminente risco de morte, diante da noção de que o sangue é sagrado, representa a vida e, frente a isso, não toleram a transfusão sanguínea, já que creem que por meio dela se tornariam impuros e, portanto, pecadores.

Constatada a existência da colisão, observando os elementos em oposição, imprescindível medida que se impõe é o sopesamento dos valores colidentes. Mostra-se um tanto quanto delicada a questão, uma vez que não há direitos absolutos ou ainda hierarquia entre princípios. Deve-se interpretar os elementos, no caso concreto, por meio de um juízo discricionário, limitado pelo princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro à ponderação dos princípios colidentes.

Faz-se importante salientar que, diante da complexidade em realizar o juízo de ponderação, se entende a opção considerada mais ponderada aquela que melhor atenda à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF/88)²⁶⁴. Como já dito anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana representa fonte ética na elaboração e interpretação dos direitos, liberdades, garantias pessoais, direitos econômicos, sociais e culturais.

²⁶² A liberdade de crença e de consciência não são expressões sinônimas, de acordo com Siqueira Júnior: “A liberdade de crença consiste no direito de escolher, aderir, ou mudar de religião, ou seja, compreende o direito no que acreditar. Diferentemente da liberdade de consciência, na qual representa o direito de crer ou não crer, ou mesmo de possuir ou não uma religião, ou seja, refere-se ao direito a acreditar ou não. Devido a esta, o ateu, bem como os agnósticos possuem proteção jurídica” SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A liberdade religiosa e o novo código civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, RT v.12, jul. 2003, p. 147-156.

²⁶³ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

²⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Consoante elucida Miranda²⁶⁵, a Constituição confere unidade de sentido, valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, na medida em que faz da pessoa humana fundamento e fim de sociedade. Desse modo, a unicidade valorativa do sistema constitucional implica a noção de que os direitos, liberdades, garantias pessoais, e os direitos econômicos, sociais e culturais têm sua fonte ética no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, coaduna-se o entendimento de Leme ao asseverar:

É imprescindível que se reconheça a força normativa do princípio da dignidade humana, e por um raciocínio lógico, a sua carga axiológica como um valor absoluto, o único que possui esse atributo. Não é demais frisar que nenhum outro direito fundamental é absoluto: é tolerada a preponderância de um direito fundamental sobre o outro em decorrência da constatação de sua maior chance de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, no caso concreto. Na colisão de direitos fundamentais, conclui-se pela prevalência da dignidade da pessoa humana como limite e fundamento do exercício dos demais direitos, isto é, no momento da concretização daqueles valores positivados.²⁶⁶

Entende-se que, no caso de iminente risco de morte, diante da recusa à transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová, constatando-se como única alternativa, num caso concreto, para salvar a vida do paciente, o direito à vida deve prevalecer sobre o direito à liberdade de religião. Adota-se essa posição, diante do entendimento de que nesse caso o direito à vida melhor atende à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF/88). Sustenta-se que a vida (mesmo não sendo direito absoluto²⁶⁷) é valor preponderante na ordem jurídica brasileira, consistindo em pré-requisito para a existência dos demais direitos.

Nesse sentido, Leme suscita:

²⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: volume 4 - direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 180-181.

²⁶⁶ LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová**: A colisão de direitos fundamentais.

²⁶⁷ O direito à vida mesmo possuindo relevância jurídica não possui caráter absoluto devendo ser analisado ao lado de outros direitos constitucionais, sendo digno de preponderância quando mais se aproximar da dignidade da pessoa humana. Sendo relativo o direito à vida, o legislador em alguns casos, exerce opção axiológica por outro direito fundamental. E isso é confirmado pelo Código Penal, no qual consta a permissão de realização de aborto, quando resultante de estupro, em que numa ponderação de valores, a liberdade sexual prevalece sobre o bem vida, com fundamento na dignidade da gestante (LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová**: A colisão de direitos fundamentais).

A vida é um bem inviolável, ou seja, não pode ser violada por terceiros, mas também indisponível²⁶⁸: nosso ordenamento não permite a disponibilidade do direito à vida, por reconhecer a supremacia da dignidade da pessoa humana como seu fundamento por entender a vida como pressuposto básico para que se manifestem os outros direitos fundamentais que, em conjunto, formam o substrato mínimo necessário à dignidade humana.²⁶⁹

No mesmo entendimento, afirma Tavares²⁷⁰ ser o direito à vida verdadeiro pré-requisito à existência dos demais direitos consagrados na Constituição Federal, diante disso, compreendido como o mais sagrado e básico de todos os direitos. Silva²⁷¹ declara constituir o direito à vida fonte primária de todos os outros bens jurídicos, em que não faria sentido o ordenamento brasileiro assegurar outros direitos fundamentais como a liberdade, igualdade, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

Dentro da noção de relevância jurídica do direito à vida, Macêdo ressalta a preponderância do direito à vida sobre o direito à liberdade religiosa, no caso da recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, em caso de iminente risco de morte, a saber:

[...] no conflito entre direito à vida e o direito à liberdade religiosa, existente na transfusão de sangue do paciente Testemunha de Jeová, integrantes dos direitos da personalidade e observadores da dignidade da pessoa humana deve prevalecer o direito à vida, mantendo-se, desta forma, este que é o maior de todos os bens jurídicos.²⁷²

Corroborando o entendimento Cury:

²⁶⁸ “Poder-se-ia contestar a indisponibilidade do direito à vida em face do Direito Penal não punir o autor da tentativa de suicídio. Ocorre que, deve-se fixar a noção de que a autolesão e o suicídio são condutas ilícitas, repelidas pelo nosso ordenamento, ainda que não punidas pelo Direito Penal pois, se a vida é um bem indisponível, protegida e assegurada constitucionalmente, não poderia ser outro o entendimento. No entanto, o Direito Penal não pune o autor do suicídio por razões de política criminal, pois a pena não é necessária, não cumprirá sua função de ressocialização e, ainda, porque o que o suicida necessita é de tratamento médico e psicológico que o ajude a ressocializar-se e não de penalização” (LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová: A colisão de direitos fundamentais**). Todavia pune aquele que induz, instiga ou auxilia ao suicídio, conforme o art. 122 do Código Penal.

²⁶⁹ LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová: A colisão de direitos fundamentais**.

²⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, p. 483.

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 191.

²⁷² MACEDO, T. F. A ponderação de interesses e o paciente Testemunha de Jeová. In: **DireitoNet**, Artigos. 05/06/2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2664/A-ponderacao-de-interesses-e-o-paciente-Testemunha-de-Jeova>. Acesso em: 22 jun. 2015.

Não podemos aceitar que uma vida humana seja extinta por critérios de ideologia política, religiosa ou de qualquer outra forma. No mais, vemos que além das vias legais o assunto em tela versa sobre vidas humanas e, diante disso é inconcebível que ideologias ou preconceitos suprimam o bem maior do ser humano. Ademais, intolerável que a constituição proteja como bem primeiro a vida e, que algumas crenças afrontem os direitos básicos do cidadão.²⁷³

Para Maria Helena Diniz,

Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou à de seus familiares. [...] Acreditamos que o médico, por seu sentimento ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, reguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde; logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se para o cumprimento desta tarefa.²⁷⁴

Para Pedro Manoel Abreu - “a lei não vale mais por si, mas depende da sua adequação aos direitos fundamentais”. Destarte, a lei deve estar de acordo com os direitos fundamentais.²⁷⁵

Destaca-se, nesses casos, a atuação do juiz frente aos casos concretos. Para Abreu,²⁷⁶ “o dever fundamental do juiz, de fato, é fazer justiça.” Deve o Juiz, na análise do caso concreto, “afastar-se dos legalismos estéreis que cerceiem sua liberdade de criar na sentença o Direito para o caso concreto”. Principalmente nos casos em que há evidente colisão entre lei e princípios ou até mesmo conflito entre vários princípios, deve o juiz exercer “seu papel institucional de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais” da sociedade ou de determinado segmento da sociedade.

²⁷³ CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 46.

²⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**, p. 352 -353.

²⁷⁵ ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo de Avelar; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 308.

²⁷⁶ ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo de Avelar; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 311.

Por fim, importante salientar a decisão da juíza Luciana Monteiro Amaral que permitiu ao corpo clínico do Hospital de Salvador fazer uma transfusão de sangue no idoso José Paz da Silva, adepto da religião Testemunhas de Jeová. Internado na UTI (Unidade de Terapia Intensiva), com quadro de hemorragia digestiva, estabelecendo instabilidade hemodinâmica, com iminente risco de morte, mostrava-se imprescindível à realização de hemotransfusão a fim de salvar a vida do paciente. Entendeu a autoridade judicial que a vida, nesse caso, deveria prevalecer à liberdade de consciência e de crença, mediante um juízo de ponderação, observando que:

Malgrado haja previsão constitucional acerca do direito à crença, insta salientar que nenhum direito é absoluto, porquanto encontra limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição Federal. Assim, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deve ser utilizado o princípio da harmonização. No presente caso, resta evidente o conflito acima referido, haja vista que a CF também garante o direito à vida.²⁷⁷

No mesmo sentido, O juiz Márcio de Castro Molinari, segundo o entendimento de que diante de um conflito entre o direito à liberdade e direito à vida, deve prevalecer o último, autorizou o Hospital Santa Helena, de Goiânia, a fazer transfusão de sangue no paciente Antônio Moreira dos Santos, Testemunha de Jeová, devido a um derrame cerebral hemorrágico sofrido. Observa o juiz que:

[...] resulta incontroverso que tanto o profissional da medicina, que deve cumprir o seu juramento hipocrático no sentido de salvar vidas a todo custo, como o profissional do direito, que julga atento ao que disciplina a lei, deve o paciente ser autorizado a receber a transfusão, em seu próprio benefício, ou, em última análise, para salvar sua vida.²⁷⁸

Das razões aludidas, constata-se que, por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade, o direito à vida preponderará no caso de recusa à transfusão de sangue, na ocorrência de iminente risco de morte, por motivos de convicção religiosa. Entende-se que o direito à vida, nesse caso, melhor atende à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República

²⁷⁷ CONSULTOR JURÍDICO. **Conflito de direitos:** Autorizada transfusão de sangue em testemunha de Jeová. ConJur. Publicado em 30 de jul. de 2007. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-jul-30/autorizada_transfusao_sangue_testemunha_jeova. Acesso em: 25 de jun. de 2015.

²⁷⁸ CONSULTOR JURÍDICO. **Direito à vida: Juiz autoriza transfusão em testemunha de Jeová.** ConJur. Publicado em 4 de nov. de 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-nov-04/juiz_autoriza_transfusao_testemunha_jeova. Acesso em: 25 de jun. de 2015.

Federativa do Brasil, devendo o direito à liberdade religiosa recuar, sem que perca sua validade.

Em *Objeciones de conciencia a intervenciones medicas*, María Cebriá Garcia inclui um estudo jurisprudencial e doutrinário completo sobre um assunto ainda pouco regulamentado tanto no direito brasileiro quanto no direito internacional, que é a objeção de consciência em intervenções médicas. Às vezes as convicções religiosas, ideológicas, filosóficas, científicas ou humanitárias, em teoria protegidas pelo sistema legal, podem criar situações de incompatibilidade com o tratamento médico e cirúrgico a ser aplicado, levando a conflitos de consciência que, por vezes, podem conduzir a situações de objeção de consciência. A recusa de execução de um procedimento médico opera em duas direções. Ela pode vir do paciente, como acontece com as Testemunhas de Jeová e transfusões de sangue, mas também do médico, pois este é um agente moral que não pode ter sua consciência violada. O médico não tem obrigação de atender a todas as solicitações do paciente, especialmente quando tais solicitações vão de encontro às suas próprias convicções, como no caso de um aborto, assunto a ser estudado no próximo tópico.²⁷⁹

Em relação aos pacientes Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusão de sangue, pode-se citar diferentes situações que serão abordadas adiante.

3.1.1 Paciente adulto consciente

Na primeira situação pode-se citar aquela em que o paciente é maior de idade, encontra-se apto para praticar todos os atos da vida civil e completamente ciente da situação e do risco inerente à sua vida caso recuse a receber a transfusão de sangue motivado por suas crenças religiosas. É indispensável lembrar que os seguidores da Testemunha de Jeová levam seus ensinamentos muito a sério e por eles estão dispostos a morrer, se preciso for.

A crença religiosa é um direito fundamental reconhecido a todos os cidadãos brasileiros. A escolha em seguir determinada religião implica obediência a

²⁷⁹ GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudência, p. 26-28.

uma realidade transcendente e superior a todas as outras. Nas palavras de Maria Helena Diniz, a adesão a uma crença “acarreta um conjunto de comportamentos e rituais que estabelecem liames entre o homem e Deus e a obediência a normas cujas origens e sanções estão além de qualquer poder humano”.²⁸⁰

Um caso concreto foi relatado pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Flávio de Araújo Willeman. Tratava-se de um paciente de 21 anos de idade, internado em um hospital público daquele Estado, na CTI, com quadro de síndrome respiratória, necessitando ventilação mecânica, biópsia pulmonar e, provavelmente, transfusão de sangue. O paciente trazia consigo um documento assinado por ela e duas testemunhas, declarando-se Testemunha de Jeová e que não desejava receber transfusão de sangue, mesmo em situação de grave risco de morte.²⁸¹

Situações como essa vêm tornando-se frequentes na rotina de médicos de instituições privadas e públicas, colocando em conflito valores protegidos constitucionalmente. De um lado, encontra-se a liberdade religiosa e, do outro, o dever do Estado de garantir a inviolabilidade do direito à vida. Diante dessa dicotomia, cabe ao profissional médico, que prestou o juramento de Hipócrates e tem como missão salvar vidas, valer-se dos instrumentos, técnicas e tratamentos disponíveis pela ciência, para decidir qual tratamento será adequado ao paciente²⁸².

Vale ressaltar que a resolução dessa complexa questão reveste-se de grande dificuldade, uma vez que não existe uma norma legal e constitucional que regule expressamente a situação dos pacientes Testemunhas de Jeová no Brasil. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n. 6.335/2009, de autoria do Deputado Federal Gonzaga Patriota, que objetiva normatizar o “direito à objeção de consciência”, mas em nenhum momento esclarece o dever médico frente às objeções de consciência decorrentes de crenças religiosas.

Na ausência de norma legal ou constitucional, o CFM editou a Resolução

²⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 352 -353.

²⁸¹ WILLEMAN, Flávio A. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana**. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. Revista EMERJ, v. 13, n. 50, 2010. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/revista50_sumario.htm> Acesso em: 18 de mai. 2015, p.155.

²⁸² WILLEMAN, Flávio A. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana**. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová, p.158-159.

CFM n. 1.021/80 e estabeleceu aos médicos, públicos ou privados, que em caso de risco de morte do paciente, em não sendo possível a aplicação de qualquer outro tratamento alternativo, deverão realizar a transfusão de sangue, mesmo diante da recusa do paciente.²⁸³

Sobre esse tema, o CFM também manifestou-se no Parecer nº 21/80-CFM, o qual passou a integrar a Resolução nº 1.021/80 – CFM. O Conselho manifestou-se sobre a problemática causada pelos seguidores da Testemunha de Jeová ao recusarem a receber transfusão sanguínea:²⁸⁴

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu CEM, 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.²⁸⁵

Nesta esteira, Flávio de Araújo Willeman destaca:

Que em havendo perigo de morte do paciente, o médico, conhecedor de estudos técnicos, deve sempre atuar para impedir que tal aconteça, cabendo a ele decidir sobre as técnicas médicas disponíveis, independentemente de crenças religiosas, inclusive por parte dos médicos.[...] Isto não quer dizer, porém, que os médicos não devam buscar, o quanto possível, as técnicas médicas que não contrariem as crenças religiosas dos pacientes. Devem fazê-lo até o limite em que não se verificar a encruzilhada que responde à indagação: o tratamento contrário à vontade do paciente ou a morte? Nesta hipótese, penso, deve decidir pelo tratamento contrário à vontade do paciente para preservar o maior e primordial direito fundamental tutelado pela Constituição da República de 1988, qual seja, a vida humana.²⁸⁶

O direito fundamental à vida e à saúde está expresso na CF/88 nos arts.

²⁸³ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980.** Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm. Acesso em : 10 jun. 2015.

²⁸⁴ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980.** Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico.

²⁸⁵ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980.** Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico.

²⁸⁶ WILLEMAN, Flávio A. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana.** O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová, p. 166.

5º, 6º e 196²⁸⁷, sendo por expressa disposição constitucional direitos fundamentais e sociais invioláveis. É a partir da vida que surgem e são interpretados todos os demais direitos fundamentais, entre eles o princípio da autonomia do paciente para professar suas crenças religiosas. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos. 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.²⁸⁸

Nesse sentido, José Afonso da Silva²⁸⁹ defende que o princípio do direito à vida “consiste (o direito à existência) no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

Para Willeman, o direito fundamental à vida deve ser considerado um “direito universal quase que absoluto, não podendo ser relativizado e/ou flexibilizado para atender a culturas religiosas e/ou fundamentalistas”. O princípio da dignidade humana deve ser entendido como o poder discricionário dado ao humano para decidir qual caminho tomar, ciente de que suas decisões definem os rumos de sua existência e de sua vida. Sem vida não há se falar ou se justificar o exercício de nenhum outro direito para conferir dignidade a um cidadão.²⁹⁰

Não restam dúvidas de que a preservação da vida é pressuposto do princípio da dignidade humana e demais princípios constitucionais. Pois sem vida não há que se falar em dignidade, nem em liberdade, crenças ou convicções. Sendo assim, na colisão desses princípios, deve-se pautar pela ponderação dos valores.

²⁸⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁸⁸ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200-201.

²⁹⁰ WILLEMANN, Flávio A. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana**. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová, p. 171.

Entre a liberdade de uma crença religiosa, que põe em risco o direito à vida, e o dever do Estado de garantir a inviolabilidade da vida, deve-se atuar em defesa da vida do paciente, como determina o CEM. Caso contrário, ficam os médicos à mercê de severas punições na seara administrativa, civil e criminal.

Este tem sido o entendimento da jurisprudência brasileira, como se observa nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Agravo de Instrumento. Tutela Antecipada. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido.²⁹¹

Agravo de instrumento. Ação de cumprimento de obrigação de não fazer. Estabelecimento hospitalar. Pedido de antecipação de tutela para permitir o procedimento de transfusão sanguínea e, paciente praticante da seita denominada “Testemunha de Jeová”. Produção de provas.²⁹²

Também coaduna com esse entendimento a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido.²⁹³

[...]

O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc.

²⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 2004.002.13229** – 18ª Câmara Cível do TJRJ. Relator Des. Carlos Eduardo Passos – Julgamento:05/10/2004. Disponível em: www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia Acesso em 30 jun. 2015.

²⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 2007.002.09293** – 11ª Câmara Cível do TJRJ. Relator Des. Cláudio De Mello Tavares – Julgamento:27/07/2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia Acesso em 30 jun. 2015.

²⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70020868162** – 5ª Câmara Cível do TJRS. Relator Umberto Guaspari – Julgamento:22/08/2007. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>. Acesso em 30 jun. 2015.

i, do código penal). [...] 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 eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.²⁹⁴

O Conselho Regional de Medicina do Paraná aprovou o Parecer nº 1831/2007 CRM-PR, após ser questionado qual deveria ser o procedimento adotado pela equipe médica do hospital ao deparar-se com a oposição de alguns familiares à observância da vontade do paciente e a solicitação de outros no sentido de que seja respeitada a posição do doente quanto à realização ou não de determinado procedimento.²⁹⁵

Para o deslinde da questão, merecem destaque os arts. 2º, 6º, 21, 46, 48, 56 e 59 do CEM,²⁹⁶ os quais fundamentam as decisões médicas, quando se deparam com situações que envolvam iminente perigo de vida.²⁹⁷

Os casos citados são muito comuns na rotina de médicos e que muitas vezes não dispõem de tempo hábil para explicar ao paciente e/ou familiares sobre o

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 595000373** – 6ª Câmara Cível do TJRS. Relator Sérgio Gischkow Pereira – Julgamento: 28/03/1995. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>. Acesso em 30 jun. 2015.

²⁹⁵ BRASIL. **Parecer CRM/PR nº 1831/2007, de 30 de abril de 2007**. Consentimento Informado. In: Portal do Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2007/1831_2007.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁹⁶ Artigo 2º: O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Artigo 6º: O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Artigo 21: É direito do médico: Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país.

Artigo 46: É vedado ao médico: Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou do seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida.

Artigo 48: É vedado ao médico: Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Artigo 56: É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Artigo 59: É vedado ao médico: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

²⁹⁷ BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica.

que está ocorrendo e quais as medidas necessárias que devem ser tomadas para salvar a vida do paciente, pois devem agir com rapidez diante do risco de vida imediato.

É certo que o médico deve sempre agir com retidão profissional e humanidade e, mesmo nos casos já consagrados pela ciência, o paciente deve ser informado sobre os benefícios e os riscos de seu tratamento, bem como seus familiares ou responsáveis.

Outra dúvida comum na rotina médica é quanto ao procedimento a ser adotado nos casos em que o paciente corre grave risco de morte, mas recusa-se a receber a transfusão de sangue. Para Maria Helena Diniz²⁹⁸, não precisa o médico obter autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, nos casos em que há recusa por parte do paciente e familiares, nas hipóteses de iminente perigo de vida, por seu dever profissional salvar vidas. A espera demasiada pode levar o objeto à morte e o médico a responder pela prática de crime de omissão de socorro, previsto no CEM e no Código Penal.

O Conselho Regional de Medicina do Paraná concluiu seu parecer da seguinte forma:

Quando um paciente opina sobre um determinado procedimento, após ser amplamente esclarecido pelo profissional médico e estando ele em plenas condições de decidir por si mesmo, deve a sua opinião ser respeitada pelo médico e pelos familiares do doente. O médico pode orientar o paciente sobre as questões relacionadas ao envolvimento familiar, buscando sempre o apoio de todos, de tal forma que, nos momentos das decisões mais difíceis, estejam plenamente cientes do desejo desse paciente.

Não podemos permitir atitudes de coação ou de domínio sobre o paciente, em detrimento da vontade própria do mesmo. Não devem haver “pactos” entre o médico e familiares, baseados em mentiras e omissões, sem levar em consideração a maioria moral do enfermo.

Ainda, não pode imperar a “atitude paternalista” do médico, nem tampouco a atitude de transferir as decisões exclusivamente ao paciente; deve prevalecer sim o diálogo, o bom senso e a dedicação do médico, a fim de garantir a autonomia consciente do paciente.

Lembrar que o consentimento é dinâmico e o paciente pode mudar a sua opinião, conforme o seu entendimento e a evolução dos fatos, estando

²⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 353.

sempre e acima de tudo a dignidade do ser humano e o seu bem-estar.
299

Reforçando a tese, Genival França³⁰⁰ afirma que, para configurar o tratamento compulsório “é preciso não apenas a existência de perigo de vida, mas também que essa intervenção seja urgente, necessária e inadiável, numa iminência de morte, para justificar tal conduta”.

3.1.2 Paciente adulto inconsciente ou incapaz

Outras situações comuns na área da medicina e que têm gerado várias controvérsias são as decorrentes de pacientes Testemunhas de Jeová que recusam a transfusão de sangue, mas encontram-se inconscientes e dessa maneira, incapazes de reafirmarem as suas convicções religiosas. Encontram-se duas situações distintas: uma em que o paciente já manifestou, verbal ou por escrito, sua recusa e em outros casos, em que o paciente já chega ao hospital inconsciente e dessa forma quem manifesta a suposta recusa em nome do objeitor são os familiares ou membros da congregação.

Nesses casos, os médicos têm fundamentado sua conduta de acordo com a Resolução n. 1021/1980 -CFM, que estabelece orientações a serem seguidas para os casos em que o paciente não consegue afirmar ou reafirmar a sua manifestação de vontade. Em caso de iminente perigo de vida, o médico deverá realizar a transfusão de sangue independente do consentimento do objeitor ou de seus responsáveis.³⁰¹

Corroborando com esse entendimento, foi emitido Parecer nº 1831/2007 CRM-PR, pelo Conselho Regional de Medicina do Paraná, que se manifestou sobre qual deveria ser a conduta médica nas hipóteses em que o paciente manifesta sua vontade sobre realizar ou não determinado procedimento, mediante documento ou mesmo verbalmente, e a família, diante da impossibilidade deste paciente que se encontra inconsciente ou impossibilitado de manifestar sua vontade, coloca-se totalmente contrária ao desejo do paciente.

²⁹⁹ BRASIL. **Parecer CRM/PR nº 1831/2007, de 30 de abril de 2007**. Consentimento Informado.

³⁰⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, p. 211.

³⁰¹ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980**. Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico.

Estando o paciente sem condições de reafirmar a sua decisão, como ocorre nos estados de alteração da consciência (estado de coma, sob o efeito de drogas, sedativos ou anestésicos, distúrbios mentais, entre outros), o médico deve dialogar com o responsável legal do paciente, no sentido de reavaliar a decisão anteriormente tomada pelo paciente. Considerar sempre que a atitude tomada não deve implicar em risco ou perigo de vida, conforme a avaliação do médico, devendo nesse caso intervir, buscando o bem do doente.

Diante de atritos e divergências entre as opiniões dos familiares do paciente, estando ele sem condições de se expressar naquele momento, deve o médico reuni-los, esclarecer e orientar sobre todas as dúvidas existentes e procurar manter a melhor decisão em benefício do paciente, salvo se, como exposto acima, houver risco iminente de vida.³⁰²

Desse modo, fica claro que cabe ao médico, nos casos de iminente risco de vida, decidir qual procedimento deve ser adotado, levando em consideração os seus conhecimentos e o bem-estar do paciente e fundamentado na Resolução 1.021/80³⁰³ – CFM que dispõe “se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis”.

Para Bruno Heringer³⁰⁴, a objeção de consciência trata-se de um direito personalíssimo e, dessa maneira, não podem terceiros sub-rogarem-se nele. O direito à vida e à saúde são constitucionalmente protegidos e, vale destacar que, nos casos de inconsciência, a vontade do paciente é manifestada em momento anterior à situação de risco iminente. Na seara médica, é bastante comum o paciente, ao deparar-se de frente com a morte, mudar de ideia. Esse comportamento está intimamente ligado com o instituto de autopreservação do ser humano. Dessa forma, não se pode considerar a vontade do paciente como imutável, pois as experiências de fragilidade diante da vida têm o poder de mudar as convicções e crenças dos indivíduos. Como ninguém pode dispor da vida e da saúde em nome de terceiros, cabe ao médico preservar a vida do paciente, realizando a transfusão de sangue sempre que este encontrar-se em iminente risco de vida e não for possível utilizar tratamentos alternativos.

³⁰² BRASIL. **Parecer CRM/PR nº 1831/2007, de 30 de abril de 2007.** Consentimento Informado. In: Portal do Médico.

³⁰³ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980.** Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico.

³⁰⁴ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de Consciência e Direito Penal: Justificação e limites**, p. 69.

3.1.3 Paciente menor de idade

A terceira situação é aquela em que o paciente é menor de idade e não possui capacidade civil para expressar sua vontade. Seus pais são Testemunhas de Jeová e não aceitam transfundir sangue em seus filhos, mesmo que a morte seja resultado certo pela ausência do procedimento.

Para Diniz³⁰⁵, o direito de crença e principalmente a “crença dos pais” não pode sobrepor-se ao direito de viver do filho menor de idade, sob pena de estarem praticando o crime de abandono material e moral, além de estarem sujeitos à perda do poder familiar. Todavia, poderão optar por tratamento alternativo, desde que não haja risco para a criança. A objeção de consciência é ilegítima sempre que se coloca em perigo direito de terceiros.

O Poder Judiciário tem admitido a transfusão de sangue em crianças sempre que estas se encontram em risco de vida, mesmo contrariando o desejo dos pais. Sobre esta matéria, Genival Veloso da França³⁰⁶ cita um caso concreto ocorrido na Corte do Estado de Ohio, EUA, em 1962. A Corte foi consultada por um hospital sobre a possibilidade de realizar uma transfusão de sangue, contra a vontade dos pais seguidores da religião Testemunha de Jeová, em uma criança de 03 anos, que se encontrava com queimaduras de 2º e 3º graus em 40% de seu corpo. A Corte autorizou a transfusão de sangue e a adoção de todos os meios capazes de salvar aquela pequena vida.

Os pais irredimidos entraram com recurso, asseverando que não existia o iminente perigo de vida que justificasse a realização da transfusão de sangue e que a decisão feria os princípios da Constituição dos EUA. A equipe médica revidou que, “mesmo não estando o pequeno enfermo às *portas da morte*, a piora seria progressiva e o êxito letal ocorreria com toda certeza se aquele tratamento não fosse realizado”. E assim foi realizado procedimento com resultados positivos³⁰⁷.

Sobre a liberdade de crença dos pais, a Corte de Ohio manifestou-se:

³⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 355.

³⁰⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, p. 213.

³⁰⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, p. 213.

Os pais gozam de absoluta liberdade religiosa. Tem o direito de acreditar no que lhes convêm e no que lhes agrada. No entanto, seus direitos terminam quando começam os direitos dos filhos. Esses pertencem aos pais, mas pertencem também ao Estado, o qual tem o dever de tomar todas as providências no sentido da preservação e da incolumidade pessoal³⁰⁸.

Segundo Genival Veloso França “podem os pais, em determinadas e raras ocasiões, privar seus filhos de algumas liberdades. Porém em nenhum momento podem eles tirar do filho o direito de viver”³⁰⁹. É consenso na doutrina e na jurisprudência brasileira que os médicos devem realizar a transfusão de sangue mesmo contra a vontade dos genitores. Cabe aos pais manterem e suprirem os filhos e nunca direcioná-los à morte por conta de suas convicções religiosas. O poder familiar deve ser exercido para assegurar o bem estar da criança e do adolescente, cabendo ao Estado proporcioná-lo e garanti-lo neste caso, autorizando a transfusão de sangue.

Sobre a objeção de consciência invocada pelos pais de um recém-nascido que se recusaram a realizar exames de natureza ocular, vacina para hepatite B e vitamina K, o CFM assim manifestou-se no Parecer nº 16/14.³¹⁰

O CFM Inicia o parecer com a análise da redação do art. 227 e §1º da CF/88.³¹¹ e dos arts 3º, 4º, 5º, 7º e 10, inc. II do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) .³¹² Da leitura sistemáticas das normas citadas entende não

³⁰⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, p. 213.

³⁰⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, p. 213.

³¹⁰ BRASIL. **Parecer CRM nº 16/2014, de 22 de outubro de 2014**. Recusa dos pais para cuidados de rotina prestados ao recém-nascido após o parto. In: Portal do Médico. Disponível em: www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2014/16_2014.pdf. Acesso em: 10 jun. 2015.

³¹¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

³¹²Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (g. n.)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

restar dúvida que a criança deve receber da família, da sociedade e do Estado a mais absoluta proteção, com prioridade ao seu direito de viver, o qual deve vir acompanhado com o direito de ter saúde. Vale dizer, receber atendimento médico e os cuidados necessários para ter um desenvolvimento saudável e livre de enfermidades.^{313 314}

Isto posto, tanto a legislação constitucional como o ECA desautorizam a atitude de pais que por convicções pessoais, filosóficas ou religiosas desejam impedir as práticas médicas profiláticas recomendadas pela Sociedade Brasileira de Pediatria após o nascimento da criança.³¹⁵

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se:

Como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepassam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

[...]

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

³¹³ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

³¹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 5 jul. 2015.

³¹⁵ BRASIL. **Parecer CRM nº 16/2014, de 22 de outubro de 2014.** Recusa dos pais para cuidados de rotina prestados ao recém-nascido após o parto. In: Portal do Médico. Disponível em: www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2014/16_2014.pdf. Acesso em: 10 jun. 2015.

que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.³¹⁶

Ainda;

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO FONOAUDIOLÓGICO A MENOR COM LÁBIO LEPORINO. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90.

[...]

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos **preceitos de ordem pública** que regulam a matéria. 8. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".³¹⁷

Sobre o tema é importante também destacar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 268.459 – TR – Sexta Turma**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 02/09/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754>.

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 752.190/RS. Primeira Turma**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 10/10/2006. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127/recurso-especial-resp-1015866/inteiro-teor-100011159>.

medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.³¹⁸

Importa destacar que provocar a morte de uma criança em detrimento da crença religiosa de seus pais é inaceitável. Essa criança ainda não escolheu a sua religião, pois tão somente segue a adotada pelos seus genitores. Deixá-la fenecer é tirar-lhe a liberdade de construir e manifestar as suas próprias crenças. É tirar-lhe a dignidade de escolher entre viver ou morrer.

3.2 INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ

“O termo ‘aborto’, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal”³¹⁹. Esse assunto gerou e ainda gera intensa polêmica em todo país face recente decisão, sob forma cautelar, do STF, no sentido da realização de interrupção de gestação de anencéfalo, ou seja, feto sem cérebro. Essa decisão trouxe à tona questões jurídicas, morais, sociais e de outras ordens.

Para Diniz, a problemática do assunto surgiu:

Quando o legislador de 1940 editou o Código Penal, manteve a incriminação do aborto, mas segundo a “Exposição de Motivos”, atendendo a razões de ordem social e individual, que o legislador penal não pode deixar de atender, introduziu o art. 128, tornando lícito o aborto praticado por médico habilitado, em caso de aborto necessário ou em caso de prenhez resultante de estupro. Ora, é claro que, se o legislador de 1940 regulou hipótese extrema de morte de feto saudável concebido por estupro, procurava-se preservar a saúde psíquica da mulher, e, com muito mais razão, teria contemplado expressamente o aborto eugênico, caso a medicina da época possibilitasse antever as dificuldades advindas com o parto.³²⁰

Cabe lembrar que o aborto é produto das práticas realizadas no abortamento, mas teve seu significado ligado ao uso comum e ao tipo penal. Conforme Alves:

³¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federa da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6**, Relatora: Vânia Hack de Almeida, j. em 24/10/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 30 jun. 2015.

³¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**, p. 31.

³²⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**, p. 102.

O aborto pode ser estudado a partir de vários aspectos, mas é preciso analisá-lo enquanto conduta criminalizada que apresenta seu conceito primeiramente na Medicina. Desse locus, derivam-se as consequências jurídicas, religiosas e éticas, sendo que as primeiras variam entre países e culturas distintas. Assim, o aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno. A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior. O feto, neste caso, é incapaz de sobreviver extra-uterina. Para a configuração do crime de aborto não é suficiente a simples interrupção da gestação, com a expulsão do feto, pois este pode ser expulso em condições de sobrevivência e, em seguida, ser morto por outra ação punível. A morte do feto é pressuposto essencial para a configuração do aborto. Se, em decorrência da ação abortiva praticada pelo 17 sujeito ativo, a gravidez é interrompida, mas o feto sobrevive, haverá tentativa de aborto.³²¹

Por esse conceito pode-se entender como o Código Penal trata essa conduta tipificada, sendo praticada por mulheres que não desejam levar a gravidez a termo³²².

O aborto hoje é um dos assuntos mais polêmicos que a Bioética abriga, envolvendo conceitos de vida, morte e religião. Esse tema é bastante controvertido em razão das pesquisas médicas realizadas nessa área. A sua prática por pessoas que não apresentam habilidade profissional para realizar o aborto pode causar graves lesões à mulher, inclusive levando à sua morte. O aborto, por ser punido criminalmente, exceto nos casos em que a lei prevê excludentes de ilicitude, leva mulheres a realizá-lo de forma precária, em ambiente doméstico ou em clínicas clandestinas, para furtarem-se da punição criminal.³²³

De acordo com o ordenamento jurídico penal, considera-se aborto o provocado pela gestante, ou provocado por terceiro com o seu consentimento (art. 124 do CP), provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) ou o aborto provocado com o seu consentimento (art. 126 do CP) e nas formas qualificadas do art. 127 do mesmo diploma legal todas essas práticas serão penalmente puníveis. Já os casos previstos no ordenamento jurídico (art. 128 do CP)

³²¹ ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999, p. 78.

³²² ALEGRETTI, Carlos Artidório. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 3, n. 334, p. 91-116, ago. 2005, p. 90.

³²³ ALEGRETTI, Carlos Artidório. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível, p. 91.

que não constituem ato ilícito são: “I – em caso de perigo, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – quando a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, de seu representante legal”³²⁴. Nesse momento, devem ser relevados dois aspectos importantes sobre esse assunto:

a) o direito brasileiro considera a gravidez um mero fato, que tem limites fisiológicos – a concepção e o início do parto. Há pouca ou nenhuma preocupação com a higidez psicológica da gestante, ou, mesmo, do embrião, como futura pessoa. A angústia pela deformação do próprio corpo, a preocupação se a criança vai nascer sadia, a afetividade, a certeza das deformações diagnosticadas intra-uterinamente, a incerteza sobre que tipo de vida futura a criança vai ter são questões que passam ao largo da abordagem jurídico penal ortodoxa. Fêmeas irracionais parem sem essas preocupações e o tratamento legal visível parece não fazer diferença entre elas e as racionais [...]

b) o bem jurídico tutelado, no caso do aborto, é a vida ou o direito à vida? resposta a essa pergunta deve ser precedida de profunda reflexão. A lei pátria não protege a vida, em seu valor intrínseco ou sagrado, mas o direito ao feto de viver e de continuar vivendo. O tratamento legal indica que o embrião é um sujeito de direito, pois... tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica, além de que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A discussão é importante, à medida em que alcança o cerne do positivismo jurídico: quem concorda que o embrião é sujeito de direito e, portanto, seus interesses devem ser protegidos adotará o projeto positivista, que não admite a imbricação do direito com a moral e com a política e cujo primado é a lei; quem concorda com a proteção do feto porque a vida é inviolável e tem valor intrínseco e sagrado orientar-se sobre princípios e concorda, via de regra, que o direito é valor social e, portanto, aceita a intervenção direito/moral e direito/política.³²⁵

Sob essas condições, a mulher na sua gestação passa por diversas modificações físicas, psíquicas e hormonais. As alterações iniciam-se com a gestação, tornando-se mais agudas no final desse período. Assim, nos casos em que o feto apresente anomalias ou que impossibilite a vida, o abortamento deve ser realizado no início da gestação, ou melhor, nos casos em que a mulher optar pelo abortamento, para que o corpo e a mente possam se recuperar mais facilmente do

³²⁴ ALEGRETTI, Carlos Artidório. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível, p. 91.

³²⁵ ALEGRETTI, Carlos Artidório. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível, p. 93-94.

que quando a intervenção é realizada em período tardio. Acredita-se que era essa a “intenção” do legislador em seu artigo 128³²⁶.

O Código Civil diz que a personalidade jurídica do indivíduo começa a partir do nascimento dela com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Dessa discrepância doutrinária para discutir quando começa a personalidade do ser humano surgindo duas teorias.

A teoria Natalista teve sua origem na doutrina Romana, que não considerava o nascituro como pessoa humana. Para esta, teoria o feto adquire personalidade após o nascimento, e subordina-o à três condições essenciais; nascimento, vida e a vitalidade.³²⁷

Segundo Reinaldo Pereira e Silva:

A teoria da natalidade é expressão de certa doutrina romana segundo a qual o conceito, nas entranhas maternas, não possui individualidade alguma, sendo apenas uma parte da mulher [...]. Esta teoria, apesar de rechaçada pelas descobertas no campo da embriologia humana, ainda é culturalmente muito influente.³²⁸

Ela é amparada por diversos juristas como Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio Venosa, e tal teoria, segundo César Fíuza, é aquela em que: “[...] o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida”³²⁹. Silvio Venosa expõe que o nascituro é um sujeito com uma expectativa de direitos. Para ele apenas “[...] há a mera possibilidade ou simples esperanças de se adquirir um direito”.³³⁰ Esta teoria não considera o nascituro como pessoa, mas sim uma mera ficção jurídica.

De acordo com o artigo 2º do CC, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Fíuza afirma:

³²⁶ ALEGRETTI, Carlos Artidório. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível, p. 94.

³²⁷ MUTUO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida**: o primeiro instante. Revista Super Interessante, n. 219, nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>. Acesso em: 20 abr. 2015.

³²⁸ SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 106.

³²⁹ FIÚZA, César. **Direito Civil**. Curso completo. 8 ed. rev., atual., ampla. Belo horizonte: Del Rey. 2004, p. 117.

³³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 374.

O nascituro não tem direitos propriamente dito. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.³³¹

A segunda teoria, chamada de Concepcionista diverge da natalista para explicar o início da personalidade do feto. Baseada no direito francês e tendo seguidores como Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua, esta teoria postula que desde o momento da concepção o nascituro é portador de personalidade, e por isso é considerado um ser humano e, dessa forma, um sujeito de direitos³³².

Os seguidores dessa corrente atribuem direitos ao nascituro, desde o momento da concepção, portanto deve-se reconhecê-lo também como pessoa - tendo em vista que os direitos são atributos exclusivamente as pessoas. Sendo assim, esta corrente entende que o nascituro tem personalidade jurídica sendo sujeito de direitos e, portanto, é pessoa.³³³

Carlos Roberto Gonçalves³³⁴, tratando da teoria da personalidade, destaca que não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou qualifica-se a capacidade, não a personalidade. Esta é integral ou não existe. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Portanto, para os adeptos dessa teoria, todo ser que apresenta sinais característicos de ser humano adquire essa capacidade, são pessoas de existência real. Segundo autor Elimar Szaniawski³³⁵, as pessoas chamadas de pessoas “por nascer” possuem personalidade e capacidade desde a concepção.

Devemos considerar em que medida a hipótese que defende o debate sobre o aborto é um debate sobre valores intrínsecos e não sobre direitos ou interesses do feto. A contradição principal está nesta que é uma espécie de brecha na lei: em certos casos, como em estupros ou em situações de fetos anencéfalos, alguns juízes já permitiram o aborto.

³³¹ FIÚZA, César. **Direito Civil**. Curso completo, p. 114.

³³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2008, p. 80.

³³³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis e criminais do biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.

³³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 81.

³³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2 ed São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993, p. 64.

Ao legitimar certas práticas abortivas, os tribunais caem em contradição e se afastam da moral cristã, visto que esta não aceita o aborto em hipótese alguma. O embasamento dos juristas conservadores acaba por se tornar menos sólido, visto que a lei não se aplica a todo e qualquer caso de gestação. A crise surge na impossibilidade de ser decidido entre quem deve ser privilegiado pela lei: a mulher ou o feto, sendo este o grande conflito entre o direito e a moral. Em sua obra *Domínio da Vida*, Dworkin expõe:

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar - não há nenhum fato biológico à espera do ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas.³³⁶

No Brasil, os serviços de aborto legal são unidades de referência no Sistema Único de Saúde (SUS) para o atendimento de mulheres nas situações descritas pela lei. Um serviço de saúde é reconhecido como uma unidade de referência para o aborto legal por meio de uma decisão do Ministério da Saúde (MS).³³⁷

Os serviços para o aborto legal no SUS foram projetados para cuidar de vítimas de estupro e mulheres em risco de morte, duas situações em que o CP não pune os médicos, nem as mulheres que praticam o aborto. Políticas do MS não restringem a assistência médica em casos de aborto para o setor público. No entanto, presume-se que o aborto será realizado em hospitais públicos devido ao

³³⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11-12.

³³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. Brasília; 2005. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno, 4. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf. Acesso em 25 jun. 2015.

modelo de atenção da equipe multiprofissional e devido à Portaria 1.508/2005, pelo Ministério da Saúde, que regulamenta a assistência para o aborto legal em SUS.³³⁸

O médico pode opor-se a um pedido de aborto. Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação e a mulher deve ser atendida por outro médico. Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não adesão ao critério normativo.³³⁹

No outro extremo, a objeção de consciência é entendida como um direito individual não só de médicos, mas de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente nos cuidados de saúde. Sempre que a integridade moral de uma delas for desafiada pela exigência de uma paciente. No caso de aborto legal, a tese da integridade garante que os médicos, psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros, farmacêuticos ou pessoal administrativo, cada um em seu próprio papel, tenha o direito de recusar assistência ou prestação de serviços devido a motivações pessoais. Essa tese assume uma sobreposição entre os papéis do profissional de saúde e um ser humano moral; antes de ser um médico no serviço de saúde do Estado, a pessoa é membro de uma comunidade moral que determina a sua consciência, incluindo os limites entre o que é certo e errado.³⁴⁰

O novo CEM Brasileiro reconhece o direito à objeção de consciência, mas impõe restrições à sua prática: o médico não é obrigado a fornecer serviços que contradizem os ditames de sua consciência, exceto em caso de urgência ou de emergência ou quando a recusa pode prejudicar a saúde do paciente.³⁴¹

Portanto, fica garantido aos médicos e demais profissionais da saúde o direito legítimo de recusar a praticar atos contrários à sua moral, desde que isso não

³³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.508/GM, de 1º de setembro de 2005**. Dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial Uniao. 8 jul 2005;Seção1:31.

³³⁹ DINIZ D, Brum E. **Uma história Severina** [filme]. Brasília: Imagens Livres; 2005. 23 min.

³⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.508/GM, de 1º de setembro de 2005**. Dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial Uniao. 8 jul 2005;Seção1:31.

³⁴¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**. Brasília; 2010. p. 4.

coloque em risco a vida de terceiro. Cabe ao médico, ainda, nas situações em que recusar a realizar o procedimento de aborto dar todas as informações para a paciente, esclarecendo todas as suas dúvidas, inclusive quanto ao dever do Estado em garantir que o método ocorra de forma segura para a gestante. Fica o médico obrigada a encaminhar a paciente para um local onde tenha um serviço habilitado e capacitado para realizar o aborto.

CONCLUSÃO

Este estudo teve o propósito de elaborar uma discussão sobre a objeção de consciência na prática da medicina, abordando casos de transfusão de sangue e de interrupção da gravidez. Primeiramente, tratou-se dos aspectos referentes aos Testemunhas de Jeová e sua recusa ao procedimento de transfusão de sangue. Verificou-se que a não aceitação ao sangue por convicções religiosas, em iminente risco de morte, quando impossibilitada a utilização de métodos alternativos à transfusão, gera um campo de colisão entre a vida e a liberdade de religião dos pacientes Testemunhas de Jeová.

Acerca da resolução da colisão, constatou-se que, por meio da ponderação, estruturada pelo princípio da proporcionalidade, o direito à vida preponderará, frente à recusa à transfusão de sangue, em caso de iminente risco de morte, por motivos de convicção religiosa. Isso porque melhor atende à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consistindo em pré-requisito à existência dos demais direitos consagrados na Constituição Federal. Partindo dessa premissa, concluiu-se que o médico fundamentado em sólida literatura médico-científica, entendendo ser imprescindível a transfusão de sangue, no caso de iminente risco de morte, ausente qualquer método alternativo, deverá realizá-la sem que seja responsabilizado civilmente.

Estará o profissional de medicina amparado pelo estrito cumprimento do dever legal, ou seja, o dever de prestar socorro, de trabalhar incessantemente pela preservação da vida, sem preocupação de ordem religiosa, racial, política, social, consoante estabelece seu Código da atividade médica. Pretendeu-se levantar a discussão, a fim de contribuir para uma maior reflexão no tocante ao interesses juridicamente tutelados do paciente e dos deveres do médico na realização da transfusão de sangue. Nesse sentido, objetivou-se conquistar uma abrangente conscientização sobre os procedimentos adotados e suas consequências nas relações jurídicas.

Em relação à objeção de consciência médica no procedimento de interrupção da gravidez, sabe-se que, em em vários países, já ocorreram mudanças em relação aos direitos reprodutivos, restando o Brasil como um dos poucos países

ocidentais onde não se autoriza a prática do aborto. Nos países em que essa prática é autorizada, a objeção de consciência médica diz respeito à recusa do médico em realizar este procedimento, motivado por parâmetros éticos, morais ou religiosos.

Sobre esta temática, conclui-se que cada estado democrático deve estar comprometido com a criação de espaços para a convivência de várias crenças. Existem barreiras significativas e assimetrias na área de reprodução e sexualidade entre os próprios profissionais e entre os profissionais e as mulheres. Em conclusão, objeção de consciência é um instrumento de grande valor democrático, na medida em que permite salvaguardar a integridade moral de uma pessoa e colaborar na construção de um pluralismo real. No entanto, devem ser considerados os contextos, práticas e dinâmicas em cada caso, pois o acesso ao aborto legal nos serviços de saúde em que ele está autorizado, é um direito da mulher. Conclui-se que o médico tem direito à objeção de consciência apenas quando não prejudica a saúde da mulher, quando é possível alocar imediatamente outro profissional de saúde para realizar o procedimento e quando essa objeção não causa atraso na prestação do serviço de saúde ou constrangimento para a paciente.

Sem dúvida, o exercício da objeção de consciência, especialmente no na medicina, é uma questão altamente complexa, porque muitos interesses estão envolvidos em conflito. A ponderação fundamental que ocorre aqui é entre as convicções internas, de caráter religioso, filosófico ou moral dos médicos, e os procedimentos médicos regulamentados de acordo com a legislação de cada país.

A relação médico-paciente é governada sob um sistema de igualdade, em que a autonomia para o exercício da liberdade é a pedra angular e resulta na decisão do paciente de receber ou não determinado tratamento, e do médico em se habilitar ou não para determinado procedimento. Por isso, a objeção de consciência da saúde deve ser regida por princípios e normas rígidas e intransponíveis, a fim de não se tornar uma ferramenta de conveniência.

A objeção de consciência, na área da saúde, tem uma conotação excepcional e pessoal, por isso não pode servir como uma fonte para a subversão da ordem jurídica existente. Isso pressupõe que tanto o médico quanto o paciente

não podem sobrepor seus ideais ao sistema social, mas podem decidir sobre seu próprio corpo (no caso, o paciente) e sua própria atividade (no caso o médico).

Há ainda uma discussão atual questionando se a sua natureza coletiva ou institucional é possível, ou seja, se os centros de saúde também podem possuir objeção de consciência própria, ou apenas médicos e pacientes. Embora seja um direito pessoal de indivíduos, há manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que confirmam a sua existência nas entidades supraindividuais e alegam que a objeção de consciência pode ser exercida tanto individual como coletivamente. Um exemplo disso são instituições médicas religiosas que se recusam a realizar procedimentos contrários à sua doutrina religiosa, como a transfusão de sangue, aborto ou eutanásia. Nesses casos, a jurisprudência internacional entende que a objeção coletiva de entidade jurídica só é possível em casos não-emergenciais que não envolvam risco de morte para o paciente.

Finalmente, cabe citar a responsabilidade criminal do médico, uma vez que o seu exercício pode ter consequências sobre os direitos jurídicos protegidos pelo direito penal, como a vida e a integridade pessoal e liberdade individual. A discussão assume que não é possível aplicar uma ação de responsabilidade inteiramente objetiva, mas deve haver um julgamento de ponderação entre os vários direitos e deveres de todos os envolvidos no ato médico e a relação médico-paciente sob observância de disposições constitucionais, bem como o sistema penal substancial e a ética médica.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel; LAMY, Eduardo de Avelar; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEGRETTI, Carlos Artidorio. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 3, n. 334, p. 91-116, ago. 2005.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1984.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**. Parecer Jurídico, fev. 2010.

BALLESTEROS, Alberto Montoro. **Sistema de teoría fundamental del derecho**. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

BARRAL, W. O. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico**. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Letigitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Parecer Jurídico.

BEBER, Jorge Luis Costa. Aspectos éticos e jurídicos da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, Tribunal de Justiça do Estado de SC v.101, jan. 2003.

BELLO P. **Derecho penal, objeción de conciencia y hecho religioso**. Disponível em: http://www.ical.es/locus/51/articulos/derecho_penal.pdf. Acesso em 30 jun. 2015.

BENDA, Ernersto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto *et al.* **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 2006.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Balacin. São Paulo: Paulus, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONILLA JJ. **De nuevo sobre la objeción de conciencia sanitaria**. Disponível em: <http://andoc.es/actas.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

BORN, Rogério Carlos. **Objecção de Consciência**. Restrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Parecer CRM nº 16/2014, de 22 de outubro de 2014**. Recusa dos pais para cuidados de rotina prestados ao recém-nascido após o parto. In: Portal do Médico. Disponível em: www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2014/16_2014.pdf. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. **Parecer CRM/PR nº 1831/2007, de 30 de abril de 2007**. Consentimento Informado. In: Portal do Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPR/pareceres/2007/1831_2007.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 25 jun de 2015.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.021/80, de 22 de outubro de 1980**. Dispõe sobre a transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová. In: Portal do Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm. Acesso em : 10 jun. 2015.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009**. Institui o Código de Ética Médica. In: Portal do Médico. Disponível em: portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em : 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 436827 - SP (2002/0025859-5). Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento 01/10/2002. Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>. Acesso em 15 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 467.878 - RJ (2002/0127403-7). Quarta Turma. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento 05/12/2002. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>. Acesso em 15 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 2004.002.13229** – 18ª Câmara Cível do TJRJ. Relator Des. Carlos Eduardo Passos – Julgamento:05/10/2004. Disponível em: www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia Acesso em 30 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento nº 2007.002.09293** – 11ª Câmara Cível do TJRJ. Relator Des. Cláudio De Mello Tavares – Julgamento:27/07/2007. Disponível em: www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia Acesso em 30 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70020868162** – 5ª Câmara Cível do TJRS. Relator Umberto Guaspari – Julgamento:22/08/2007. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs> Acesso em 30 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 595000373** – 6ª Câmara Cível do TJRS. Relator Sérgio Gischkow Pereira – Julgamento:28/03/1995. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs> Acesso em 30 jun. 2015.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de pós-graduação em direito político e econômico**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 28, 2004.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**, Almedina, 7ª ed., Coimbra, 2003.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Los derechos del hombre**. 4ª ed. Madri: Editora Reus, 1992.

COLOMBIA, Corte Constitucional. **Sentencia T-388, Objeción de conciencia de los médicos para practicar aborto** (2009 may 28).

COMPARATO, F. K. Para entender o julgamento do "mensalão". **Carta Maior**, 14 out. 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2015.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Transfusão de sangue e omissão de socorro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.246, abr. 1998.

CONSULTOR JURÍDICO. **Conflito de direitos: Autorizada transfusão de sangue em testemunha de Jeová**. ConJur. Publicado em 30 de jul. de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jul->

30/autorizada_transfusao_sangue_testemunha_jeova. Acesso em: 25 de jun. de 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. **Direito à vida: Juiz autoriza transfusão em testemunha de Jeová.** ConJur. Publicado em 4 de nov. de 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-nov-04/juiz_autoriza_transfusao_testemunha_jeova . Acesso em: 25 de jun. de 2015.

CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência.** Lisboa: Vega, 1993.

COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência.** 2001, p.10 Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01. Acesso em 30 mai. 2015.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DACOL, André Luiz. **A concretização da Constituição e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Monografia (Especialização Lato Sensu em Direito Constitucional). Florianópolis: Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** 1ª ed. (Coleção Polêmica). São Paulo: Moderna, 1998.

DINIZ D, Brum E. **Uma história Severina** [filme]. Brasília: Imagens Livres; 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIREITO, Carlos A. M. Do erro médico. In: **Doutrina.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico.** Disponível em: www.egov.ufsc.br. Acesso em 05 mai. 2015.

FERNANDEZ-GALIANO, António. **Derecho natural. Introducción filosófica al derecho.** Madrid, 1983.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão e dominação.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIÚZA, César. **Direito Civil.** Curso completo. 8 ed. rev., atual., ampla. Belo horizonte: Del Rey. 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad civil médica**. 3. Ed. Pamplona: Editora Civitas/Thomson Reuters, 2011.

GARCÍA FERNÁNDEZ D. Hasta la objeción de conciencia sirve para proteger al embrión humano. **Revista el mundo del abogado**, México. 2007;(104):26-28.

GARCIA, Ibere A. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In **Revista dos Tribunais**: 100 anos. Doutrinas Essenciais: Direito Penal. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, María Cebriá. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas: doctrina y jurisprudencia**. Thomson Aranzadi: Pamplona, 2005.

GAUDERER, Ernst Christian. **Os direitos do paciente**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005.

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro Médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm. Acesso em 15 jun. 2015.

GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico**. Valencia: Tirant lo Blanch; 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

Grande Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional LTDA, vol. 04, 2005.

Grande Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional LTDA, vol. 14, 2005.

HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal: Justificação e limites**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da beneficência e não-maleficência. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellprincipios.htm. Acesso em 15 jun. 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ed. Lisboa, Pt: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LEE, G. M., SOTELO, G.; CASA, O. **La objeción de conciencia en la práctica del médico**. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no49-3/RFM49310.pdf>. Acesso em 30 jun. 2015.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/947845-ana-carolina-reis-paes-leme/publicacoes>. Acesso em 25 jun de 2015.

LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da Bioética. Disponível em: www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf. Acesso em 15 jun. 2015.

MACEDO, T. F. A ponderação de interesses e o paciente Testemunha de Jeová. In: **DireitoNet**, Artigos. 05/06/2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2664/A-ponderacao-de-interesses-e-o-paciente-Testemunha-de-Jeova>. Acesso em: 22 jun. 2015.

MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Direitonet, 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641> . Acesso em 24. Jun. 2015.

MAUÉS, A. G. M.; SIMÕES, S. A. de. S. **Direito público sanitário constitucional**. Disponível em: < <http://www.saudepublica.bvs.br/itd/legis/curso/pdf/a19.pdf> >. Acesso em: 5 de junho de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: volume 4 - direitos fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Irary Hovah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 6 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2002.

MUÑOZ B. **La objeción de conciencia**. Disponível em: http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf. Acesso em 30 jun. 2015.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellautonomia.htm. Acesso em 15 jun. 2015.

MUTUO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida**: o primeiro instante. Revista Super Interessante, n. 219., nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>. Acesso em: 20 abr. 2015.

NEMETZ, Luiz Carlos; DALMARCO, Aline; ANTUNES, Patrícia Ribeiro Peret; SILVA, Tatiana Schmitt da. **Estudos e Pareceres sobre direito médico e da saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PACHECO, Newton. **O erro médico**: responsabilidade penal. Porto Alegre: Livraria

PELAYO Á. La objeción de conciencia sanitaria. En: BARRANCO, M. C., GARRIDO, M. I. **Libertad ideológica y objeción de conciencia**. Pluralismo y valores en derecho y educación. Madrid: Dykinson; 2011.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiróz. Igualdade e dignidade da pessoa humana e o seu enfoque constitucional e doutrinário. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte**. Natal (RN), n, 4, dezembro / 2003, p. 103-116.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Os tratados internacionais de direitos humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro como normas introdutoras de direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis e criminais do biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SEOANE J. El perímetro de la objeción de conciencia médica. **Revista para el Análisis del Derecho**, InDret. 2009; (4):1-21.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 3. ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A liberdade religiosa e o novo código civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, RT v.12, jul. 2003.

SORIANO, Aldir Guedes. Terapia transfusional: Aspectos jurídicos. **JusNavigandi**, ago. de 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em 25 jun. 2015).

SOUZA, Antonio Carlos; FIALHO, Francisco Antonio Pereira; OTANI, Nilo: **TCC Métodos e técnica**, Florianópolis, Visual Books, 2007, p. 39-40.

SOUZA, Antonio Carlos; FIALHO, Francisco Antonio Pereira; OTANI, Nilo: **TCC Métodos e técnica**, Florianópolis, Visual Books, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2 ed São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2009.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Testemunhas_de_Jeov%C3%A1&oldid=6181868>. Acesso em: 10 ago. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová. **Revista jurídica consulex**, Brasília, v. 182, ago., 2004.

WILLEMANN, Flávio A. Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana. O caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. **Revista EMERJ**, v. 13, n. 50, 2010. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/revista50_sumario.htm> Acesso em: 18 de mai. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil, natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, usando da atribuição que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO o disposto no artigo 153, parágrafo 2º da Constituição Federal; no artigo 146 e seu parágrafo 3º, inciso I e II do Código Penal; e nos artigos 1º, 30 e 49 do Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue; CONSIDERANDO finalmente o decidido em sessão plenária deste Conselho realizada no dia 26 de setembro de 1980,

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.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980.

GUARACIABA QUARESMA GAMA
Presidente em Exercício

JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS
Secretário-Geral

Publicada no D.O.U.(Seção I - Parte II) de 22/10/80

PARECER PROC. CFM nº 21/80

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sangüínea, 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, abstando-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 da 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 sangüínea, 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.

Dr. TELMO REIS FERREIRA

Relator

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ

RUA VICTÓRIO VIEZZER, 84 - CAIXA POSTAL 2.208 - CEP 80810-340 - CURITIBA - PR
FONE: (41) 3240-4000 - FAX: (41) 3240-4001 - SITE: www.crmpr.org.br - E-MAIL: protocolo@crmpr.org.br

PARECER N.º 1072/98- CRMPR

PROTOCOLO n.º 2174/98 - CONSULTA n.º 023/98-AJ

ASSUNTO: TRANSFUSÃO DE SANGUE – TESTEMUNHA DE JEOVÁ

PARECERISTA: ANTONIO CELSO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE

O Consulente, como cirurgião da cidade de L., onde atua no C. U., indaga deste Conselho Regional de Medicina como deve proceder como pacientes da religião “TESTEMUNHA DE JEOVÁ”, perquirindo se um documento assinado pelo doente, ou seu responsável, o isentaria de responsabilidade pela não administração de sangue, quando necessário para o bom êxito do procedimento. Pergunta também, se em casos de risco de vida pode administrar o sangue, mesmo contra a vontade do doente. Se a lei lhe protege ou se estaria isento de responsabilidade se o óbito ocorresse pela falta de transfusão.

Isto posto, passo as seguintes considerações:

O artigo 5º da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais do homem e o principal deles é a vida, da qual, aliás, decorrem todos os demais. A convicção religiosa, seja qual for, não pode induzir alguém ao suicídio nem permitir que o médico, ou qualquer outro cidadão, seja cúmplice na destruição do bem maior que a natureza concedeu ao homem, que é a sua vida.

Por sua vez, o artigo 2º do Código de Ética Médica em perfeita consonância com os direitos e garantias fundamentais do ser humano, defere ao médico o dever de preservar a saúde de todos quantos lhe procurem e em benefício dos quais deve agir com máximo de zelo de sua capacidade profissional.

É essencial para o aperfeiçoamento da raça humana que os direitos fundamentais de cada um, como à vida e à vida com liberdade e dignidade, sejam sempre respeitados, lembrando-se, outrossim, que nem a própria lei pode sobrepor-se, pois indivíduos doentes ou fanáticos com o poder de legislar, ditam e impõem as regras que melhor lhes aprouver.

O dever do médico é curar, tanto que a medicina é uma profissão a serviço do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

A religião, seja qual for, não pode pretender que o médico ignore as regras fundamentais de sua profissão, colaborando, com sua omissão, para o fim da vida de seu paciente, pouco importando que este se rebele contra suas decisões.

Se a transfusão de sangue é indispensável para livrar o doente do iminente perigo de vida, não cabe ao médico perguntar-lhe ou a seus familiares ou responsáveis, quais suas convicções religiosas. Cabe-lhes, sim cumprir o seu dever profissional e também a sua missão primordial, estampada no artigo 2º do Código de Ética Médica.

Assim sendo, o médico somente poderá eximir-se de realizar a transfusão de sangue em paciente sob seus cuidados, se este, per si ou sendo menor, por seus responsáveis legais, manifestar sua recusa, não existindo, entretanto, risco de vida na demora do tratamento. Ai sim, a escolha não é do médico e nem sua a responsabilidade de resultado futuro funesto. Todavia, em havendo a comprovada e imediata necessidade da transfusão, compete ao médico realiza-la, independentemente da recusa, salvo a reação sobrepujar a sua vontade.

Vale ressaltar, outrossim, que a opinião ora expressada é manifestada tendo em vista tão somente a decisão do médico frente a um paciente que poderá curar, quando então deverá utilizar todos os meios disponíveis ao seu alcance em favor do mesmo, levando-se em conta ainda, no que concerne à questão ora em análise, o disposto pelo artigo 8º do Código de Ética Médica, assim redigido: **“O MÉDICO NÃO PODE, EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA OU SOB QUALQUER PRETEXTO, RENUNCIAR A SUA LIBERDADE PROFISSIONAL, DEVENDO EVITAR QUE QUAISQUER RESTRIÇÕES OU IMPOSIÇÕES POSSAM PREJUDICAR A EFICÁCIA E CORREÇÃO DE SEU TRABALHO.”**

Por fim, cumpre relevar como de suma importância, a Resolução 21/80, do Conselho Federal de Medicina, que, tratando deste assunto já definiu, em seu artigo 2º: **“SE HOUVER IMINENTE PERIGO DE VIDA, O MÉDICO PRATICARÁ A TRANSFUSÃO DE SANGUE, INDEPENDENTEMENTE DE CONSENTIMENTO DO PACIENTE OU DE SEUS RESPONSÁVEIS”**.

É o parecer.

Curitiba, 26 de junho de 1998.

ANTONIO CELSO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE

Consultor Jurídico

Aprovado em Reunião Plenária. n.º 996/ de 29/06/1998.

**PROJETO DE LEI Nº, DE 2009
(DO SR. GONZAGA PATRIOTA)**

Dispõe sobre o direito à objeção de consciência como escusa ao princípio constitucional insculpido no inciso II do artigo 5º, da Constituição Federal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe acerca do direito à objeção de consciência como escusa ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se objeção de consciência a possibilidade de recusa por um indivíduo da prática de um ato que colida com suas convicções morais, éticas e religiosas, por imperativo de sua consciência.

Art. 3º A objeção de consciência pode se dar no campo do exercício profissional, por motivos de religião, ou por qualquer outro que agrida os princípios e o foro íntimo do indivíduo.

Art. 4º No exercício da objeção de consciência, além dos argumentos éticos, morais ou religiosos, pode ser exigida do cidadão a apresentação de histórico que comprove seu envolvimento com a convicção alegada, a fim de fundamentar sua recusa à prática do ato.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

J U S T I F I C A Ç Ã O

O postulado central da objeção de consciência é o de que o indivíduo pode livremente não participar de ações que podem ferir suas convicções filosóficas, éticas, morais, religiosas. É direito fundamental de toda pessoa não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos.

O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania. A objeção de consciência, entretanto, não pode ser utilizada de forma indiscriminada e por motivo banal. Cada ser humano deve agir com base na sua própria consciência,

sendo responsável por suas decisões individuais. A consciência reta se perfila à verdade objetiva, acolhida pelo coração humano. É a reta razão que deriva da dignidade da consciência individual. Aliado a isso, o indivíduo deve comprovar o seu envolvimento com a questão que está sendo alvo da objeção de consciência.

Todos os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais inerentes à condição humana, e toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Nada mais antidemocrático e antiliberal do que obrigar o cidadão a praticar uma ação que sua consciência condena. Este é um direito previsto na Constituição brasileira e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Caso alguma atividade não esteja de acordo com a consciência do indivíduo e não seja obrigatória por lei, este pode objetar-se.

Assim dispõe o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu Artigo XXIV, 2, que *“No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”*.

Dispõe, ainda, o § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal, que *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

As pessoas têm reservas pessoais sobre determinados assuntos e não podem ser obrigadas a agir contra sua consciência. Não se trata de discriminação, e por isso não podem ser constrangidas a agir contra seus princípios e sua natureza. Além disso, quando um profissional se recusa a prestar atendimento a determinada pessoa por questões de foro íntimo, esta não tem seu direito tolhido, uma vez que pode buscar outro profissional que preste o mesmo atendimento.

A essência ou natureza do ser humano sofre influência de valores morais, religiosos, culturais, filosóficos, éticos, etc. A dignidade do ser humano consiste em sua autonomia, que é a aptidão para formular as próprias regras de vida, ou seja, sua liberdade individual ou livre arbítrio.

Daqui se conclui que não é lícito ao poder público impor aos cidadãos por força, medo ou qualquer outro meio, que ajam contra os seus princípios morais e éticos, obrigando-os a realizar conduta contrária à sua consciência.

Além disso, uma vez que a sociedade civil tem o direito de se proteger contra os abusos que, sob pretexto de liberdade religiosa, moral, ética, etc, se poderiam verificar, é sobretudo ao poder civil que pertence assegurar esta proteção. Isso deve ser feito segundo as normas jurídicas, conforme a ordem objetiva, postulada pela tutela eficaz dos direitos de todos os cidadãos e sua pacífica harmonia. Deve-se manter o princípio de assegurar a liberdade integral na sociedade, segundo o qual se há de reconhecer ao homem o maior grau possível de liberdade, só restringindo esta quando e na medida que for necessário.

Todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. Assim, a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo. Na dúvida acerca da legitimidade da lei, prevalece a liberdade, porque é direito que não se restringe por suposições ou arbítrios.

A autoridade é indispensável à ordem social (condição inclusive à liberdade), de modo que um mínimo de coação há sempre que existir. O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade. A liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral.

Os cidadãos estão cada dia mais conscientes da dignidade da pessoa humana e, cada vez mais reivindicam a capacidade de agir segundo a própria convicção e com liberdade responsável, não forçados por coação, mas levados pela consciência do dever. Os homens de hoje estão sujeitos a pressões de toda a ordem e correm o perigo de se ver privados da própria determinação; por isso não devem ter violados sua consciência, seu foro íntimo, sua natureza e seus princípios morais, éticos, religiosos e filosóficos.

Diante do exposto, faz-se necessária a previsão legal e expressa do instituto da objeção de consciência, que pode ser exercido como escusa ao princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, permitindo-se, assim, que o poder público seja delimitado juridicamente, a fim de que a honesta liberdade das pessoas não seja restringida mais do que é devido. Nesse sentido, solicito a atenção dos nobres pares em toda a tramitação da presente proposição nesta Casa.

Sala das Sessões, em de novembro de 2009.

Deputado GONZAGA PATRIOTA
PSB/PE

Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria.

JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente

Ley:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 30 de la Constitución Española establece la obligación de regular, con las debidas garantías, la objeción de conciencia. El ejercicio del derecho de objeción de conciencia introduce una exención del cumplimiento del servicio militar obligatorio basada en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza. Es pues la incompatibilidad entre las actividades militares y las convicciones del ciudadano, y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención del servicio militar, exención que, para evitar discriminaciones entre los ciudadanos en razón de sus creencias e ideologías, conlleva la obligación de cumplimiento de una prestación social sustitutoria.

La aplicación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, ha evidenciado algunas insuficiencias y limitaciones, que, unidas a críticas procedentes de diversos sectores de la juventud, motivan la elaboración de un nuevo texto legal, al objeto de garantizar el ejercicio del derecho constitucional de objeción de conciencia y mejorar, al mismo tiempo, las condiciones de cumplimiento de la prestación social sustitutoria.

A tal fin, la presente Ley equipara la duración del período de actividad de la prestación social sustitutoria y el servicio militar, estableciendo, a su vez, en tres años el tiempo límite de espera entre el reconocimiento de la condición de objetor y el inicio del período de actividad.

De otro lado, se amplía la composición del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, incluyéndose un Vocal a propuesta de las centrales sindicales más representativas y un Vocal representativo de las entidades del voluntariado, toda vez que se contempla entre las competencias de dicho organismo la de convalidar los servicios voluntarios como prestación social sustitutoria, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

A su vez, se reduce a tres meses el tiempo en que el Consejo Nacional de Objeción de

Conciencia debe resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor.

También resulta novedoso en esta Ley la posibilidad de que, mediante la celebración de convenios, se profundice en la colaboración de las Comunidades Autónomas en la gestión e inspección de la prestación social sustitutoria.

Todo ello en el marco de un progreso de profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas que exige una actitud de prudencia y responsabilidad durante el período transitorio, por lo que se hace necesaria una regulación que, sin merma de los derechos constitucionales, resulte compatible con dicho proceso.

Artículo 1.

1. El derecho de la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30 de la Constitución se ejercerá conforme a lo dispuesto en la presente Ley.

2. Los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia quedarán exentos del servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutoria.

3. La solicitud de reconocimiento de objetor de conciencia podrá presentarse hasta la fecha señalada por el Ministerio de Defensa para su incorporación al servicio militar, o una vez finalizado el mismo, mientras se permanezca en la situación de reserva.

4. El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia será competencia del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

Artículo 2.

1. Las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, dirigidas al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, se podrán presentar ante el mismo o en cualquiera de las oficinas señaladas en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.

2. La presentación de la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, cuando se produzca con al menos un día de antelación a la fecha de incorporación al servicio militar, suspenderá dicha incorporación en la forma que reglamentariamente se determine, hasta tanto recaiga resolución en firme del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia o, en su caso, de los órganos jurisdiccionales pertinentes.

Artículo 3.

En el escrito de solicitud de reconocimiento de la condición de objetor se harán constar los datos personales y la situación militar del interesado, especificándose el organismo de reclutamiento a que esté adscrito, o el Ayuntamiento u Oficina Consular en que deba efectuar su inscripción, así como los motivos de conciencia de acuerdo con el artículo 1.2 de la presente Ley.

También podrán manifestar las preferencias para la efectiva realización de la prestación social sustitutoria.

Artículo 4.

1. El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia decidirá sobre la procedencia o improcedencia del reconocimiento de la condición de objetor,

atendidos los términos de la solicitud, no pudiendo, en ningún caso, valorar los motivos alegados por el solicitante. La resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa y contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

2. El plazo para resolver las solicitudes de reconocimiento será de tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución, la solicitud se entenderá estimada.

Artículo 5.

El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia comunicará al Ministerio de Defensa, en la forma que reglamentariamente se determine, tanto las solicitudes como las resoluciones relativas al reconocimiento de la condición de objetor.

Artículo 6.

1. Los objetores de conciencia reconocidos quedarán exentos del servicio militar y deberán realizar una prestación social sustitutoria consistente en el desarrollo de actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas ni tengan relación con la institución militar.

La prestación social sustitutoria podrá convalidarse total o parcialmente de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

2. Los sectores en los que se podrá desarrollar dicha prestación serán los siguientes:

a) Servicios sociales y, en particular, los que afecten a la acción comunitaria o familiar, protección de menores o adolescentes, tercera edad, personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales, minorías étnicas, prevención de la delincuencia, reinserción social de alcohólicos, toxicómanos y ex-reclusos y promoción de hábitos saludables de conducta.

b) Servicios sociales por la paz y, en particular, ayuda a refugiados y protección de los derechos humanos.

c) Programas de cooperación internacional.

d) Conservación del medio ambiente, mejora del medio rural y protección de la naturaleza.

e) Educación y cultura y, en particular, promoción cultural, alfabetización, bibliotecas y asociaciones.

f) Educación en el ocio. g) Protección civil.

h) Servicios sanitarios.

i) Cualesquiera otras actividades, servicios u obras de carácter análogo que sean de interés general.

3. Las actividades realizadas en cumplimiento de la prestación social no deberán incidir negativamente en el mercado laboral.

Artículo 7.

La prestación se realizará en asociaciones o entidades no gubernamentales previamente concertadas, así como en entidades dependientes de las Administraciones públicas que hayan sido autorizadas en la forma prevista

reglamentariamente. Las entidades no gubernamentales donde se realice la prestación social no podrán tener finalidades lucrativas, deberán servir al interés general de la sociedad y a los sectores más necesitados. Los objetores realizarán preferentemente la prestación social en la Comunidad Autónoma donde residan y, siempre que sea posible, en su propio municipio y en la entidad o programa de su elección.

Artículo 8.

1. El régimen de la prestación social sustitutoria comprende las situaciones de disponibilidad, actividad y reserva.

La situación de disponibilidad comprende desde que el solicitante obtiene la consideración legal de objetor hasta que inicia la situación de actividad.

La duración máxima de la situación de disponibilidad será de tres años.

Transcurrido dicho plazo sin que el objetor hubiese iniciado la situación de actividad por causas no imputables al mismo, pasará directamente a la situación de reserva.

No se computarán a los efectos de este precepto los períodos disfrutados de aplazamiento de cualquier clase instados por el objetor.

2. La duración de la situación de actividad será la misma que la fijada para el servicio militar en filas.

3. Finalizado el período de actividad de la prestación social, se pasará a la situación de reserva. También pasarán a esta situación los objetores que hayan presentado su solicitud durante la situación de reserva del servicio militar.

La situación de reserva empezará el día siguiente al término de la situación de actividad y se extenderá hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización de la prestación social sustitutoria del servicio militar.

En la situación de reserva, el Gobierno podrá acordar la reincorporación de los objetores en los supuestos previstos en la normativa sobre el servicio militar y movilización nacional, a fin de realizar actividades de protección y defensa civil.

Artículo 9.

Los aplazamientos y exenciones de la prestación social serán regulados en el Reglamento que desarrolle esta Ley de forma que dicha prestación quede equiparada en estas materias con el servicio militar. También podrá aplazarse la incorporación a la prestación social por realizar servicios voluntarios en la forma que se determine reglamentariamente.

Artículo 10.

La situación de actividad comienza cuando, emitida la orden de incorporación para realizar la prestación social en un puesto de actividad, se produce la incorporación efectiva del objetor de conciencia al mismo y finalizará cuando cumpla el tiempo de duración establecido.

En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo al establecido para el servicio militar.

Los objetores de conciencia en situación de actividad tendrán derecho a los mismos haberes que los soldados en filas y a prestación equivalente de sanidad y seguridad social. También tendrán derecho a prestaciones equivalentes de alojamiento, manutención, vestuario y transporte, sólo en los casos en que sea necesario para el cumplimiento de la prestación social.

Tendrán derecho, en especial, a la reserva del puesto de trabajo que ocupaban hasta el momento de su incorporación, tanto si son funcionarios públicos, como si les es de aplicación la legislación laboral.

Disfrutarán de cuantas facilidades y derechos se reconozcan a efectos educativos a quienes presten el servicio militar y de todos los derechos que como civiles les correspondan.

Cuando las necesidades del servicio lo permitan se procurará la compatibilidad de la prestación social con la realización de estudios.

Artículo 11.

Cuando la prestación social tenga por objeto una actividad que requiera especiales conocimientos o preparación, el objetor, cuando sea necesario, deberá seguir un curso de capacitación, cuya duración será computada dentro del tiempo total de prestación del servicio.

Artículo 12.

1. La gestión e inspección del régimen de la prestación social sustitutoria corresponde al

Ministerio de Justicia en la forma en que se determine reglamentariamente.

2. El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios a efectos de que éstas puedan colaborar en la gestión e inspección de la prestación social.

No podrán ser objeto de convenio las competencias propias del Consejo Nacional de

Objeción de Conciencia, ni las vinculadas con la clasificación militar o la reserva.

Tampoco podrán ser objeto de convenio la gestión e inspección de los programas de prestación social dependientes de la Administración del Estado y aquellos cuyo ámbito territorial exceda del de la Comunidad Autónoma.

En todo caso, corresponderá al Ministerio de Justicia la coordinación interterritorial y la gestión de procedimientos relativos a objetores residentes en el extranjero.

Los convenios deberán especificar, de forma clara y precisa, las facultades que asume la Comunidad Autónoma, así como los instrumentos de colaboración que se determinen en materia económica, de coordinación, mutua información y asistencia recíproca.

3. Al menos dos veces al año, se celebrarán reuniones entre representantes del Ministerio de Justicia y de aquellas Comunidades Autónomas que hayan suscrito los convenios a que se refiere este precepto, a los efectos de coordinación, mutua información y asistencia recíproca.

Artículo 13.

El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, dependiente del Ministerio de Justicia, adoptará sus decisiones por mayoría y estará formado por:

a) Un miembro de la Carrera Judicial, con categoría de Magistrado, que ejercerá las funciones de Presidente y será designado por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial.

b) Un Vocal nombrado por el Ministerio de Justicia. c) Un Vocal nombrado por el Ministerio de Defensa.

d) Un Vocal elegido entre los objetores de conciencia que hayan superado la situación de actividad, a propuesta de las asociaciones de objetores legalmente reconocidas.

e) Un Vocal a propuesta de las centrales sindicales más representativas.

f) Un Vocal nombrado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales representativo de las entidades de voluntariado.

g) Un Vocal, que actuará como Secretario del Consejo, nombrado por el Ministerio de Justicia.

El procedimiento de designación de los Vocales se determinará reglamentariamente.

Artículo 14.

Corresponde al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia:

1. Resolver las solicitudes de objeción de conciencia y expedir la certificación legal de objetor.

2. Elevar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y a las Cortes Generales por medio de aquél, informes periódicos sobre la aplicación práctica del régimen de prestación social, y proponer la modificación, en su caso, de las normas aplicables.

3. Conocer en el ámbito de su competencia las peticiones o reclamaciones que eventualmente presenten los objetores de conciencia.

4. Emitir los informes que le soliciten el Ministerio de Justicia o las Comunidades

Autónomas sobre las materias de su competencia.

5. Convalidar total o parcialmente el tiempo prestado como voluntario, por el tiempo de duración de la prestación social sustitutoria que corresponda proporcionalmente, siempre que se reúnan los requisitos exigidos legal y reglamentariamente.

6. Las demás funciones que se le asignen legal y reglamentariamente.

Artículo 15.

El Ministerio de Justicia proveerá al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia de los medios personales y materiales precisos para el adecuado desarrollo de sus funciones.

Artículo 16.

Los objetores de conciencia, durante la situación de actividad, se encontrarán sujetos al deber de respeto y obediencia a los responsables de la prestación social sustitutoria y a los de las entidades y organizaciones donde ésta se realice.

Artículo 17.

1. Las infracciones serán sancionadas según lo dispuesto en la presente Ley.

2. Son infracciones graves:

a) La falta manifiesta de respeto y el maltrato, de palabra u obra, a quienes se dirija la prestación social y a los compañeros.

b) La manifiesta insubordinación individual o colectiva a quienes dirijan los servicios en los que presten su actividad los objetores o a las autoridades, funcionarios u órganos competentes.

c) La destrucción voluntaria, sustracción o enajenación de materiales, equipos o prendas que fueran confiadas al objetor.

d) El embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el servicio o cuando afecten negativamente al desarrollo de la actividad.

e) El incumplimiento del régimen de dedicación a la prestación social.

f) La negligencia grave en la conservación o mantenimiento del material de equipo y vestuario.

g) La inasistencia o el abandono injustificado, por tiempo superior a setenta y dos horas e inferior a veinte días consecutivos o treinta no consecutivos, de la actividad en que consista la prestación social.

h) El retraso en la incorporación al puesto de actividad ordenado, por más de tres días y hasta de un mes de duración.

3. Son infracciones leves:

a) La inasistencia o abandono injustificado por tiempo no superior a setenta y dos horas de la actividad en que consista la prestación social.

b) El retraso en la incorporación al puesto de actividad ordenado por tiempo no superior a tres días.

c) La negligencia leve en la conservación o mantenimiento del material de equipo y vestuario.

Artículo 18.

1. A las infracciones previstas en el artículo 17 corresponden las siguientes sanciones:

a) Amonestación personal, hecha por el responsable de la prestación social. b) Pérdida de un mes de remuneración.

c) Asignación a otro servicio.

d) Prolongación, por un período máximo de tres meses, de la prestación social sustitutoria.

2. La competencia para ejercer la potestad disciplinaria se establecerá reglamentariamente, así como el procedimiento sancionador, respetando, en todo caso, los derechos del inculpado, en especial los de audiencia y defensa. Para la graduación de las sanciones en graves o leves, se tendrán en cuenta los criterios de intencionalidad, perturbación del servicio y reincidencia no pudiendo en ningún caso aplicarse a las infracciones leves la sanción prevista en el apartado d) del número anterior.

Disposición adicional primera.

El Gobierno realizará, con cargo a la sección presupuestaria correspondiente, las modificaciones de crédito necesarias para el desarrollo de los convenios a que se refiere el artículo 12, a fin de dotar a las Comunidades Autónomas de los medios adecuados a las funciones y servicios especificados en los correspondientes convenios.

Disposición adicional segunda.

Las Administraciones públicas, del mismo modo en que lo hacen respecto de las obligaciones militares, deberán garantizar la información y publicidad del derecho a la objeción de conciencia y de las modalidades para ejercerlo, y para ello deberán establecer sistemas permanentes de información.

Disposición adicional tercera.

En tiempo de guerra, se establecerá un régimen jurídico específico de la prestación social sustitutoria en base a las circunstancias especiales que concurran en ese momento.

Disposición adicional cuarta.

La presente Ley extenderá sus efectos en tanto subsista el servicio militar obligatorio.

Disposición transitoria primera.

Hasta la constitución del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia en la forma prevenida en esta Ley, continuará prestando sus cometidos el actual Consejo Nacional de Objeción de Conciencia.

Disposición transitoria segunda.

El régimen jurídico de la prestación social sustitutoria, previsto en esta Ley, será de aplicación a los objetores de conciencia que, habiendo sido reconocidos como tales con anterioridad a su entrada en vigor, tuvieran pendiente o no hubieran finalizado el cumplimiento de la prestación social.

Disposición derogatoria única.

Queda derogada la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final única.

El Gobierno, en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, elaborará cuantas disposiciones fueren necesarias para el cumplimiento y ejecución de la misma.

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Dado en Madrid a 6 de julio de 1998.

El Presidente del Gobierno, JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

JUAN CARLOS R.