



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELA MONTEIRO XAVIER

**O DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS INCAPAZES
ENVOLVIDO NAS TRANSFUSÕES DE SANGUE ENTRE OS
TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Salvador

2021

GABRIELA MONTEIRO XAVIER

**O DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS INCAPAZES
ENVOLVIDO NAS TRANSFUSÕES DE SANGUE ENTRE OS
TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: André Luiz Batista Neves

Salvador
2021

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.1. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA	11
2.2. ESTADO LAICO E DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA	13
2.3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA	15
2.4. SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS BASEADO NA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	18
3. INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	21
3.1. DIFERENÇA ENTRE INCAPACIDADE ABSOLUTA E RELATIVA	22
3.2. INCAPACIDADE X AUTONOMIA PRIVADA	24
3.3. PODER DE DISCERNIMENTO DOS INCAPAZES	26
4. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: ORIGEM NO MUNDO E NO BRASIL	30
4.1. MOTIVO DE RECUSA ENTRE OS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ PARA AS TRANSFUSÕES DE SANGUE	32
5. TRANSFUSÕES DE SANGUE	35
5.1. AVANÇO NA CIÊNCIA COMPROVANDO SUA EFETIVIDADE	36
5.2. SEGURANÇA NAS TRANSFUSÕES DE SANGUE NA ATUALIDADE 39	
5.2.1 Reações adversas à transfusão	42
5.3. NECESSIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, <i>ÚLTIMA RATIO</i>	45
6. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NAS NEGATIVAS DE TRANSFUSÕES DE SANGUE MOTIVADAS PELA RELIGIÃO	48
7. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	56

GABRIELA MONTEIRO XAVIER

**O DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS INCAPAZES
ENVOLVIDO NAS TRANSFUSÕES DE SANGUE ENTRE OS
TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, __ de _____ de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. André Luiz Batista Neves (orientador): _____
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Prof. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins: _____
Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Prof. Fábio Periandro: _____
Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

A questão da negativa da transfusão de sangue motivada por questões religiosas desemboca em várias nuances jurídicas e sociais, principalmente quando diz respeito às transfusões sanguíneas envolvidas entre os menores de 16 anos, os absolutamente incapazes pelo ordenamento jurídico brasileiro. De forma sucinta, o Código Civil de 2002 trata como absolutamente incapazes as crianças e adolescentes menores de 16 anos. Isso significa que, apesar de possuírem capacidade de fato, não possuem capacidade de gozo, e determinadas decisões da vida, derivam da vontade e consciência dos seus representantes legais, normalmente, os seus pais. A grande questão gira em torno do conflito quando um absolutamente incapaz, para dar continuidade a sua vida, por questões de saúde, tem a indicação de ser submetido a uma transfusão de sangue, mas os seus pais se recusam por motivos religiosos. Busca-se entender se essa é uma decisão em consonância com o direito brasileiro, quando existe um conflito entre o direito à vida e à saúde do incapaz e o direito à liberdade religiosa e escusa de consciência de seus pais. Analisa-se se há uma violação ao direito à vida e à saúde do incapaz quando a negativa da transfusão de sangue se dá por motivações religiosas dos seus responsáveis.

Palavras-chaves: 1. Liberdade religiosa. 2. Incapacidade. 3. Poder de discernimento dos incapazes. 4. Transfusões de Sangue. 5. Testemunhas de Jeová. 6. Direito Médico.

ABSTRACT

The issue of refusing blood transfusions motivated by religious issues leads to various nuances of law and society, especially when it comes to blood transfusions involved among children under 16 years old, those who are absolutely incapable of the Brazilian legal system. Briefly, the Civil Code of 2002 treats children and adolescents under 16 as absolutely incapable. This means that, although they actually have the capacity, they do not have the capacity for enjoyment, and certain life decisions derive from the will and conscience of their legal representatives, usually their parents. The big question revolves around the conflict when an absolutely incapable, to continue his life, for health reasons, has the indication of having a blood transfusion, but his parents refuse for religious reasons. We seek to understand whether this is a decision in line with Brazilian law, when there is a conflict between the right to life and health of the incapacitated and the right to religious freedom and the excuse of conscience of their parents. It is analyzed whether there is a violation of the right to life and health of the incapacitated when the refusal of blood transfusion is due to religious motivations of those responsible.

Keywords: 1. Religious freedom. 2. Disability. 3. Discerning power of the incapacitated. 4. Blood transfusions. 5. Jehovah's Witnesses. 6. Medical Law.

1. INTRODUÇÃO

O conflito entre direitos fundamentais é um dos temas mais intrigantes do direito. Para solução desse conflito, busca-se a prevalência de um deles *in casu*, prezando sempre pelo não esvaziamento do(s) outro(s). A recusa às transfusões de sangue, por motivos religiosos, é uma temática muito debatida, não tão inovadora, porém extremamente polêmica e sem uma unanimidade sobre como solucionar a questão.

Neste trabalho, visa-se afunilar o estudo da recusa às transfusões de sangue quando se tratam de absolutamente incapazes, e a escusa é feita pelos seus responsáveis legais, que são, em regra, seus pais.

Não há uma análise em relação a recusa às transfusões de sangue em geral pois, para aqueles com plena capacidade e poder de autodeterminação, prepondera-se o princípio da autonomia privada.

O desenvolvimento comporta 5 capítulos.

O primeiro capítulo traz a importância dos direitos fundamentais para a vida em sociedade e no direito brasileiro, com um aprofundamento maior na liberdade de consciência e crença, definindo conceitos de suma importância para o entendimento do tema.

Aborda a forma de Estado laico do Brasil e o direito à liberdade religiosa respeitado no país. Além disso, desenvolve o princípio da autonomia privada, com esclarecimentos e conceitos, sendo um dos pilares do direito brasileiro, principalmente para o direito civil.

Em seguida, trata da solução de quando dois ou mais direitos fundamentais colidem entre si, e devem ser utilizados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para dirimir tal questão, sem o esvaziamento total de qualquer um dos direitos fundamentais, com uma análise do caso concreto sobre qual direito se prepondera sobre o outro, naquela situação.

Já o capítulo dois desenvolve a incapacidade no direito brasileiro em geral, perpassando sobre personalidade jurídica, capacidade de fato e capacidade de gozo, que juntas, alcançam a capacidade plena, que é atribuída aquele que possa exercer sua capacidade de direito e de exercício, ou seja, apto a praticar pessoal atos da vida civil, sem existir qualquer impedimento jurídico.

Faz um estudo sobre as diferenças entre a incapacidade absoluta e relativa, alertando para as mudanças ocorridas no Código Civil de 2002 após o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

Em razão disso, define como objeto de estudo do trabalho especificadamente os absolutamente incapazes, tendo em vista que aqueles com capacidade plena estão protegidos pelo princípio da autonomia privada em razão da sua capacidade de autodeterminação.

Traz a questão da incapacidade *versus* a autonomia privada do direito civil, e discorre sobre o poder de discernimento dos incapazes, que, em regra, tende a aumentar cada vez mais com o aumento de idade do indivíduo, até a chegada da idade limiar que a lei atribui a capacidade plena.

O terceiro capítulo entra na história dos Testemunhas de Jeová, desde o momento que a religião começou a existir, seus primeiros precursores e em que lugar do mundo teve o seu início, diante de todo o contexto envolvido, até o momento atual, mostrando seu crescimento, e como se dividem hoje no Brasil.

Junto com a história dos Testemunhas de Jeová, é trazida a questão da recusa de sangue como um dos mandamentos bíblicos desde os tempos primórdios. Acreditam que seu livro sagrado, desde sempre trouxe a questão da impossibilidade de se utilizar sangue que não fosse seu, independente da sua forma e até mesmo para uso medicinal.

Apesar das menções ao sangue nesses escritos se referirem ao sangue animal, entendem até hoje que a transfusão sanguínea humana também se enquadra nesta impossibilidade, pois, afirma que desde aquela época o uso de sangue de forma medicinal já existia e mesmo assim era proibido.

Nesta parte do trabalho há um desenvolvimento claro explicando todos os motivos que os Testemunhas de Jeová afirmam ser um impedimento de receberem transfusão sanguínea, principalmente por ser um mandamento divino.

Entretanto, fundamentam sua recusa também que, em caso de transfusão de sangue de forma compulsória, ou seja, contra a vontade do indivíduo, se estaria diante da ocorrência de um dano existencial.

Ademais, desenvolve-se também o argumento do risco de transmissão de doenças infectocontagiosas devido ao uso do sangue.

Em razão disso, o capítulo quatro esclarece a questão da transfusão de sangue, trazendo o avanço da ciência no mundo de hoje, explicando de forma concisa como

funciona a questão do sangue, com suas peculiaridades e cuidados empregados na sua utilização.

Com o passar dos anos, após estudos, testes e cuidados, se alcançou a diminuição a quase zero de qualquer risco de transmissão de doenças infecciosas pelo uso do sangue, como temem os adeptos à religião e se utilizam como um dos fundamentos para recusa ao procedimento.

Não há o que negar que, há anos ou décadas atrás, a transfusão de sangue era um veículo transmissor de tais doenças. Entretanto, não é a realidade hoje, visto que já existem estudos comprovando sua efetividade e a segurança atual do procedimento, com todos os cuidados e protocolos necessários e exigidos, seja na coleta, no armazenamento, no estoque do sangue e nos cuidados com os doadores e receptores.

Como qualquer procedimento médico, a transfusão de sangue não é isenta de riscos adversos, por isso, esse capítulo ainda traz as situações mais comuns, onde, na maioria das vezes, a conduta que deve ser adotada é a interrupção imediata da transfusão, sempre acompanhado de equipe médica competente para análise individual de cada paciente.

Entretanto, apesar de todo avanço científico atual, a transfusão de sangue ainda é, em alguns casos, o único tratamento terapêutico possível de salvar vidas, e por isso a sua necessidade de utilização quando indicada.

Por fim, neste quarto capítulo, ratifica-se que a transfusão de sangue só será utilizada como *ultima ratio*, ou seja, apenas quando não houver outro tratamento alternativo indicado para aquele caso. Em uma situação que, para preservar a vida do paciente, é necessário empregar tal procedimento, como o último recurso disponível e que deverá ser utilizado.

Não só entre os Testemunhas de Jeová, mas sempre que houver outro cuidado terapêutico que substitua a transfusão de sangue, e que, mantenha a vida do paciente, não há o que se pensar: ela só será utilizada quando for, efetivamente, a última alternativa.

O último capítulo, que antecede a conclusão, intitula-se “ A violação do direito à vida e à saúde dos absolutamente incapazes nas negativas de transfusão de sangue motivadas pela religião”.

Nele, há uma análise sobre todos os conceitos, argumentos e o que foi discutido no decorrer do trabalho, relacionando que, a negativa de transfusão de sangue,

motivada pela religião dos responsáveis legais dos absolutamente incapazes produz uma clara violação ao direito à vida e à saúde deles.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, hoje, são aqueles garantidos a todos os seres humanos enquanto indivíduos de direito. Ou seja, tratam-se de garantias conquistadas ao longo do tempo, inerentes aos indivíduos, onde sua característica fundamental é a universalidade.

Estes direitos asseguram condições mínimas para uma vida digna, embasando-se nos direitos humanos para definir os seus conceitos. Autores como Alexandre Guimarães Gavião Pinto¹ os definem como:

Os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. Constituem os direitos fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica. Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.

Para Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais constituem:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. 2

Desta forma, os direitos fundamentais são caracterizados por Ingo Wolfgang Sarlet³ como “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. Ou seja, os direitos fundamentais nada mais são do que direitos inerentes à pessoa humana, que, para possuírem efetividade e validade num dado país, devem ser tutelados pelo direito constitucional deste.

Assim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 define os direitos fundamentais em seu art. 5º ao art. 7º, tratando, entretanto, sobre o assunto em toda a sua composição.

¹ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009. [online]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf. Acesso em: 18 fev. 2017.

² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

Como características dos direitos fundamentais tem-se o seu caráter absoluto, em regra, ou seja, possui prevalência sobre quaisquer outros direitos que não sejam também fundamentais; bem como a inalienabilidade, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, que se caracteriza em razão de tais direitos não poderem ser abdicados pelo seu agente, mesmo quando há vontade deste para fazê-lo.

Assim, no caso do Brasil, por exemplo, a universalidade de tais direitos não é sempre plena, como a situação dos estrangeiros não terem direitos políticos. Entretanto, a grande questão é ponderar essas “categorias” para que sejam justas e não excludentes.

É necessário ainda trazer o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, é também fundamento de todos os direitos fundamentais, visto que, a constante evolução dos direitos fundamentais não permite que todos eles estejam sempre enumerados na Constituição.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana se efetiva como centro e razão última da ordem jurídica brasileira, sendo um dos pilares da sua ordem constitucional.

Daniel Sarmento define:

Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional, mas também é sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma “ilha” separada da sociedade; que deve ser a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade.⁴

Temos assim o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento como conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E CRENÇA

Durante toda a história da humanidade existiu uma repressão às religiões contrárias aquelas que eram impostas pelos governantes, e que possuíam a maioria dos adeptos.

No fim da Idade Média e início do Renascimento, surge o pensamento de que qualquer um tem o direito de crer no que quiser, e o Estado não tem direito de interferir nessa crença.

⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 70.

O Brasil, desde a sua primeira Constituição, consagrava a liberdade religiosa. O que não significa que isso era aplicado. Entretanto, nos seus textos estava consagrado o direito à liberdade religiosa.

A liberdade de consciência é a liberdade de escolher aderir ou não a uma religião, compreendendo tanto o direito de crer como o de não crer. Já a liberdade de crença, seria a livre escolha daquilo que se acredita, ou seja, é o direito de escolher ou aderir a uma religião.

Desta forma, a liberdade de consciência é mais ampla que a liberdade de crença e possui foro individual, intrínseco a cada um, enquanto a liberdade de crença possui uma dimensão social e institucional.

Para Jorge Miranda, a liberdade de crença é mais restrita do que a liberdade de consciência, pois esta abarca tanto a liberdade de se ter como de não se ter uma religião. Enquanto que aquela se refere apenas ao direito de se crer, de se escolher uma religião ou de mudar de religião.⁵

De acordo com Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, t. IV, p. 445), conforme citado por Aldir Guedes Soriano, as liberdades se diferenciam por:

A liberdade de consciência e a de crença são inconfundíveis. O descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele, juridicamente, tal direito. Bem assim, a liberdade de pensamento, que nem sempre é tangencial com a de consciência⁶.

A liberdade de consciência é assegurada como direito humanos, junto com à liberdade de pensamento e à liberdade de religião, de acordo com o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim dispõe:

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular⁷.

Assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 18 e na Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 12:

Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença,

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. t. IV. Editora: Coimbra, 2000, p. 416.

⁶ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2002, p. 12.

⁷ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, artigo 18. Paris, 1948. [online]. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.⁸

O art. 5º, caput, da Constituição Federal também traz o direito à liberdade, em geral, como direito fundamental.

Desta forma, percebe-se que a liberdade de consciência e crença estão protegidas pela Carta Magna e dizem respeito, respectivamente, ao direito de se ter ou não uma religião, e à possibilidade de se crer na sua própria religião.

2.2. ESTADO LAICO E DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Inicialmente, traremos dois modelos de Estado laico. O primeiro é aquele que promove uma separação entre a religião e o espaço público, associando a religião ao foro íntimo de cada um. Este modelo é adotado na França, por exemplo, onde a religião vem sendo expulsa do espaço público de forma gradativa.

Já o segundo modelo de Estado laico, escolhido pelo Brasil, é aquele que não busca afastar a religião do espaço político. Pelo contrário, entende o fenômeno religioso como um elemento importante de integração social, inclusive incentivando as expressões de religiosidade em espaço público, desde que se assegure a igualdade no acesso.

Entretanto, a história do Estado brasileiro não foi linear na adoção da laicidade do Estado, havendo uma transição do Estado confessional para o Estado laico.

A Constituição Imperial de 1824 trouxe em seu art. 5º, a Religião Católica Apostólica Romana como a Religião oficial do Estado.⁹

Com isso, intelectuais e políticos buscaram a separação entre a Igreja e o Estado, como é o caso do jurista baiano Rui Barbosa, que desde 1876¹⁰ passou a pregar contra esse consórcio existente e se tornou uma figura importante na luta pelo estabelecimento de um Estado laico.

⁸ Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 maio 2021; Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹ “Art. 5 – A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo”.

¹⁰ SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007, p. 68.

Com o fim do período monárquico, uma das primeiras medidas do governo provisório republicano, em 1890, foi extinguir o padroado, proibindo a intervenção da autoridade federal e dos estados federados em matéria religiosa e consagrou a plena liberdade de culto.

Desta forma, a primeira Constituição que assegurou o princípio da laicidade, no Brasil, foi a Constituição imperial de 1891, sendo a primeira Carta Magna a separar a Igreja de Estado e fazer com o que acontecesse essa neutralidade.

Desde então, o princípio da separação entre o Estado e a religião tem se mantido em todas as constituições federais, inclusive na Constituição Brasileira atual, de 1988.

A laicidade brasileira não faz parte de um dos direitos fundamentais, ela é uma das vedações constitucionais de natureza federativa, sendo um limite à organização do Estado, vista como uma garantia institucional, que protege, principalmente, a liberdade de consciência e de crença.

Assim, essa aconfessionalidade estatal trouxe, mesmo que indiretamente, uma expansão dos direitos das minorias religiosas, que pode-se perceber pelo crescimento das religiões não católicas no censo de 2010.¹¹

Entendendo a laicidade do Estado brasileiro, passamos a estudar a liberdade religiosa adota na Constituição.

A liberdade religiosa, *latu sensu*, engloba a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de culto e a de organização religiosa, um direito *tripartite*, como afirma Manoel Jorge e Silva Neto¹².

Consideramos a liberdade de culto como a possibilidade de exteriorização da sua crença, e a liberdade de organização religiosa a permissão para livre criação, ordenação, estruturação interna e seu livre funcionamento.

Desta forma, entende-se que a liberdade religiosa, garantida como direito fundamental no caput do art. 5º da Constituição Federal, é o direito que cada um possui de ter a sua religião e segui-la, conforme a sua própria consciência.

Pinto Ferreira afirma que “a Liberdade Religiosa é o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto”.¹³

¹¹ Informações disponibilizadas pelo *site* do IBGE. Disponível em:

<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/23/22107>. Acesso em: 30 abr. 2021.

¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018, p. 34.

¹³ FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 102.

A definição de Pontes de Miranda, se aproxima com a liberdade religiosa que o Constituinte brasileiro escolheu, considerando a invocação a proteção de Deus no seu preâmbulo¹⁴, a admissão da escusa de consciência (art. 5º, VIII, da CRFB/88), a imunidade tributária, dentre outras. E assim dispõe:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis.

A liberdade religiosa, assim como qualquer direito fundamental, não possui caráter absoluto. Isso porque, tal direito não poderia servir de escudo potestativo para proteger atividade ilícitas, por exemplo, havendo sempre um limite à liberdade religiosa, que, ao entrar em conflito com outro direito fundamental, tem como solução uma ponderação de princípios baseado na proporcionalidade e na razoabilidade, que será tratado em tópico adequado ainda neste trabalho.

Esses limites podem ser fixados na própria Constituição, na legislação infraconstitucional ou pelo julgador na solução de um caso concreto onde haja colisão entre dois ou mais direitos fundamentais.

Assim, a liberdade religiosa admite as contenções impostas pela regra de ouro da liberdade, consagrada pelo filósofo inglês Herbert Spencer, citada por Manoel Jorge e Silva Neto: “a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”¹⁵.

2.3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Entende-se como autonomia a capacidade do indivíduo se autorregular nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De origem grega, a palavra autonomia deriva de “*auto*” (a própria pessoa) e “*nomos*” (a lei). Ou seja, uma autodeterminação.

¹⁴ “NÓS, REPRESENTANTES DO POVO BRASILEIRO, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018, p. 138.

A autonomia pode ser pública ou privada, sendo a primeira aquela que está ligada com a democracia, é o poder do cidadão de fazer parte da comunidade política. Já a segunda, de maior importância neste trabalho, diz respeito à possibilidade de cada um fazer as suas próprias escolhas de vida.

Como bem definiu Daniel Sarmento:

A autonomia privada corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, **desde que ela não viole direitos alheios**.¹⁶

Ora, desde que não lesem direitos de outrem, os indivíduos devem poder seguir seus desejos, suas vontades e preferências, mesmo que desagrade a maioria social.

A autonomia privada envolve a capacidade de atuar como agente moral, pressupõe racionalidade nas escolhas do indivíduo, que poderá agir de acordo com seus juízos morais, sentimentos, desejos e até decidir de forma considerada incompreensível para terceiros.

Vale ressaltar que a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, que é um conceito superado, presente no Código Civil de 1916, intimamente relacionando com os Direitos das Obrigações, e dizia respeito principalmente a negócios jurídicos de cunho patrimonial.

A grande questão gira em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia.

Ingo Wolfgang Sarlet define como dignidade:

A 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, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, 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”.¹⁷

¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 140.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-43.

O filósofo alemão Immanuel Kant formulou a dignidade da pessoa humana no auge do Iluminismo, onde propõe que o homem deve ser visto como imperativo categórico, isso é, algo que tem seu fim nele mesmo, não podendo ser utilizado como meio.¹⁸

Há quem defenda que o princípio da dignidade da pessoa humana ratifica o direito de cada um seguir suas vontades pessoais, desde que isto não fira direitos de terceiros. Por outro lado, muitos sustentam que a dignidade humana poderia ser uma limitação à autonomia, como um impedimento para aqueles que desejassem se submeter a situações consideradas indignas.

Seguimos a primeira linha de entendimento, conhecida também como uma liberdade positiva, onde cada um tem a capacidade real de autodeterminar a sua conduta, desde que não venha a ferir direitos alheios.

Assim, a única forma admissível de haver a restrição à liberdade seria a ocorrência de dano a outras pessoas. Essa é a ideia trazida pelo filósofo inglês John Stuart Mill no século XIX.

Ademais, essa mesma ideia foi consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim dispõe:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.¹⁹

Entendemos então, que a autonomia privada é a capacidade de se autorregular, de fazer suas escolhas individuais. Entretanto, o limite dela gira em torno da ofensa do direito de outrem, que será abordada neste trabalho, principalmente quando se trata do direito à vida e à saúde dos incapazes.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 35.

¹⁹ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 1789.

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 11 de maio 2021.

2.4. SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS BASEADO NA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais, como já visto anteriormente, são aqueles direitos que sem eles a pessoa humana não se realiza, não vive bem e de forma digna. Como exemplo desses direitos, temos o direito à vida e à saúde, presentes, respectivamente, nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, que assim dispõem:

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 transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Dirley da Cunha Júnior, definiu que:

Os direitos fundamentais devem ser entendidos, em última análise, como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal.

Vale destacar que os direitos fundamentais vêm cada vez mais sofrendo mutações e assumindo novas dimensões com o passar do tempo, de acordo com as exigências específicas de cada momento e dos grupos sociais.

Ademais, ressaltamos que o princípio da dignidade da pessoa humana representa um valor supremo e de reconhecimento universal, e os direitos fundamentais devem explicitar e concretizar a dignidade da pessoa humana, pois é, inclusive, um dos pilares dos direitos fundamentais.

Entretanto, não há como garantir que os direitos fundamentais sempre estarão em conformidade uns com os outros. Pelo contrário, o conflito existe e é necessário uma solução para tanto.

Daí surge o grande problema de como decidir qual direito fundamental se sobrepõe ao outro em cada situação, se realmente existe essa sobreposição e de que forma ocorre.

No conflito entre o direito à vida e à saúde *versus* o direito à liberdade religiosa, por exemplo, a ausência de hierarquia entre esses direitos fundamentais evidencia a problemática da situação. Para muitos, o direito à vida se sobrepõe a qualquer outro, sendo irrenunciável, intocável e protegido.

Enquanto para outros, o direito à liberdade em geral exprime o direito mais particular do indivíduo, devendo ser respeitado acima de tudo.

Robert Alexy²⁰ desenvolve a ideia da solução do conflito entre princípios trazendo como ponto crucial o fato de que, quando dois ou mais princípios entram em choque, não há o esvaziamento total de nenhum desses princípios, haverá uma sobreposição de acordo com a situação fática.

No caso concreto, um dos princípios terá que ceder, o que não significa dizer que o princípio cedente deva ser declarado inválido.

Na verdade, os princípios têm pesos diferentes e em cada caso um terá mais força que outro, existindo um balanceamento entre interesses conflitantes.

Dessa forma, temos que na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, nenhum deles será considerado inválido, nem tampouco terá precedência absoluta sobre o outro direito. Tudo dependerá de uma análise à luz do caso concreto.

Daí surge o método de solução de conflito entre direitos fundamentais baseado na razoabilidade e na proporcionalidade.

A razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Ou seja, não pode haver desproporção entre o direito aplicado e a ação, o objetivo, diante de cada circunstância fática.

Já a proporcionalidade diz respeito a relação de causalidade entre meio e fim, de forma que adotando determinado meio chega-se ao fim esperado. Porém, a proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a) adequação: tem como objetivo verificar se tal medida escolhida é capaz de atingir a finalidade; b) necessidade: visa confirmar se a medida designada é a que restringe em menor escala os demais direitos analisados; c) proporcionalidade em sentido estrito: verifica se a decisão será justa, necessária, adequada e se produzirá seus efeitos jurídicos.

Percebe-se então, que a utilização de tal método como forma de ponderação entre dois ou mais princípios ou direitos fundamentais é de suma importância. Com base na razoabilidade e proporcionalidade não há o esvaziamento de nenhum direito fundamental, o que ocorre, em verdade, é a decisão, em cada caso, de qual direito irá prevalecer sobre o outro.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90-91.

Na linha de pensamento desde trabalho, questiona-se a disponibilidade do bem jurídico vida, comumente considerado como um bem inalienável, indisponível e irrenunciável.

Não é demais frisar que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, sendo considerado justo esse método de solução quando entram em conflito, pois, em cada caso concreto é tolerado a preponderância de um direito fundamental sobre outro em decorrência da constatação da maior chance de efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3. INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre esclarecer um dos temas mais importantes para Teoria Geral do Direito Civil: a personalidade jurídica. Esta é uma premissa no âmbito do Direito Privado, principalmente quando se trata da capacidade civil.

Personalidade jurídica é a “aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito”²¹.

Ora, é o atributo necessário para a prática de atos e negócios jurídicos.

Em relação ao momento de aquisição da personalidade jurídica, não há uma unanimidade na doutrina. Entretanto, para o direito brasileiro, de acordo com o art. 2º do Código Civil de 2002, surge a partir do nascimento.

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.²²

Adquirida a personalidade jurídica, a pessoa natural ou jurídica passa a atuar na qualidade de sujeito de direito, ou seja, passa a ser capaz de possuir direitos e contrair obrigações.

Possui, portanto, capacidade de direito ou de gozo.

Considerando o momento escolhido pelo legislador brasileiro da aquisição da personalidade jurídica, infere-se que, ao nascer, todo ser humano tem capacidade de direito, levando em consideração que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição.

A grande questão gira em torno do fato de que nem toda pessoa tem aptidão para exercer os seus direitos, seja essa limitação orgânica ou psicológica.

Daí surge a capacidade de fato, que é quando a pessoa, além de possuir capacidade de direito ou de gozo, pode também atuar pessoalmente no exercício dos seus direitos.

Ao reunir os dois atributos: capacidade de direito e capacidade de fato, chegamos à capacidade civil plena.

Nesse ponto, Orlando Gomes discorre, de acordo com a citação feita por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 138.

²² *Ibidem*, p. 139.

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. (...) A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.²³

A partir disso surge a questão da incapacidade, que será esclarecida no tópico a seguir.

Antes disso, cumpre ainda fazer uma explicação sobre a diferença entre capacidade e legitimidade, conceitos que não devem ser confundidos.

Uma pessoa capaz pode não estar legitimada para a prática de determinados atos jurídicos, ou seja, são criados impedimentos circunstanciais, diferentes das hipóteses legais genéricas de capacidade, onde, em razão de algum interesse que se queira preservar ou em defesa da proteção de alguém, um ato jurídico não poderá ser praticado por falta de legitimidade ou de capacidade específica para o ato.

Assim, de forma sintética concluímos que a capacidade de direito é uma capacidade genérica; a capacidade de fato é a possibilidade do exercício da personalidade; e a legitimidade é a ausência de impedimentos jurídicos circunstanciais para a prática de determinados atos.

Percebe-se então que, em caso de ausência da capacidade de fato, estaremos diante da incapacidade civil, absoluta ou relativa, que serão abordadas logo abaixo.

3.1. DIFERENÇA ENTRE INCAPACIDADE ABSOLUTA E RELATIVA

Como já vimos, a incapacidade diz respeito àquele que não tenha aptidão para praticar pessoalmente determinados atos da vida civil, sem possuir capacidade de fato, não possui poderes para manifestar real e juridicamente sua vontade.

O ordenamento jurídico brasileiro traz, então, dois conceitos de incapacidade; a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

O Código Civil de 2002 trouxe como absolutamente incapazes: a) os menores de dezesseis anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos; c) os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 148.

Entretanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – retirou a pessoa com deficiência da categoria de capaz, fazendo uma reconstrução jurídica no dispositivo.

O art. 84, caput, da referida Lei diz: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Tal dispositivo deixa claro: a pessoa com deficiência é considerada legalmente capaz.

Assim, o art. 3º do Código Civil Brasileiro teve todos os seus incisos revogados pela Lei nº 13.146 e possui como a única hipótese de absolutamente incapaz o menor impúbere, as pessoas menores de dezesseis anos.

Vale ressaltar que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴, o menor será considerado como criança até os doze anos de idade. Logo, não é correto afirmar que apenas as crianças são absolutamente incapazes, pois os adolescentes até os dezesseis anos também são assim considerados.

Ademais, o Enunciado 138, da III Jornada de Direito Civil incluiu um importante ponto para o tema dos absolutamente incapaz ao dispor que:

A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.²⁵

Entendendo que a incapacidade absoluta ficou limitada àqueles menores de dezesseis anos, passaremos para uma análise da incapacidade relativa.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona definem: “entre a absoluta incapacidade e a plena capacidade civil, figuram pessoas situadas em zona intermediária, por não gozarem de total capacidade de discernimento e autodeterminação”²⁶.

Essa é a definição de incapacidade relativa.

Após a mudança ocorrida pela Lei nº 13.146/2015 no Código Civil, ficou definido em seu art. 4º que são relativamente incapazes aqueles: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios naturais e os viciados em tóxicos; c) aqueles

²⁴ Art. 2º, do ECA: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”.

²⁵ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 155

que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; d) os pródigos.

Aqui, vale fazer uma consideração em relação a alguns desses consideradas como relativamente incapazes. O Código Civil de 2002 trouxe a embriaguez habitual como causa de incapacidade relativa considerando que tal patologia reduz de forma considerável a capacidade de discernimento do homem.

Da mesma forma ocorre com os viciados em tóxicos, que possuem reduzida capacidade de entendimento. Neste caso, é necessária uma análise do grau de intoxicação e dependência.

Já em relação aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que eram considerados como absolutamente incapazes pelo Código Civil de 2002, antes da reforma pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, fica um questionamento.

Aquele que está em um estado vegetativo, por exemplo, não poderá exprimir vontade alguma. Entretanto, será considerado como relativamente incapaz. Ora, se não poderá expressar seus pensamentos e desejos, por um estado alheio a sua vontade, não deveria ser considerado como absolutamente incapaz?

Por ora, a resposta que temos é que esses são sim considerados relativamente incapazes.

No que tange à questão dos pródigos, temos que, é considerado pródigo aquele que desordenadamente gasta e destrói a sua fazenda, reduzindo-se à miséria por sua culpa.

Entretanto, essa é a definição dada por Clóvis Beviláqua e demais juristas que elaboraram o Código Civil de 1916, pois o Código Civil de 2002 não definiu a prodigalidade.

3.2. INCAPACIDADE X AUTONOMIA PRIVADA

O suprimento da incapacidade varia dependendo da sua modalidade. Na incapacidade absoluta, ocorre através da representação, que será os pais ou tutores.

Isso significa que, o representante do absolutamente incapaz pratica o ato no interesse deste. E, caso o incapaz pratique esse ato sozinho, sem representação legal, esse ato será hipótese de nulidade.

Neste sentido, o art. 1.692 do Código Civil conduziu para um importante posicionamento sobre o tema, ao dispor que “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial”.

Ora, percebe-se que a decisão do representante legal, neste caso, os pais, devem estar em consonância com o interesse do filho, o absolutamente incapaz. E, em caso contrário, o menor ou o Ministério Público pode requerer à Justiça, que lhe seja nomeado um curador especial para solução daquele problema.

Em relação ao suprimento da incapacidade relativa, dá-se por meio da assistência. Neste caso, o relativamente incapaz pratica o ato juntamente o seu assistente (pais, tutores ou curadores), sob pena de anulabilidade do ato.

Temos que, na representação legal, os pais, em regra, praticam o ato em nome do absolutamente incapaz, mas para o seu interesse. E na assistência, o relativamente incapaz pratica o ato de forma conjunta com o seu assistente.

Nas duas possibilidades, percebemos a importância da autonomia privada para a prática do ato, mesmo se tratando de incapazes. No primeiro caso, o interesse do absolutamente incapaz é indispensavelmente relevante. Assim como no caso do relativamente incapaz, que pratica o ato, mesmo que de forma conjunta, mas com imposição do seu interesse e vontade.

Os incapazes devem ter o reconhecimento da sua autonomia, ainda que limitada, diante de cada circunstância fática.

De acordo com Carlos María Romero Casabona:

É unânime a opinião de que o poder familiar não faculta aos pais a tomada de decisões irreversíveis que possam pôr em sério perigo a vida de seus filhos menores ao dar prioridade a outros interesses, ainda que sejam relevantes e pretendidamente em favor do próprio menor, por exemplo, manter-se tanto os pais como os filho fiéis ao credo religioso professado por aqueles e no que previsivelmente havia sido – ou estaria sendo – educado seu filho.²⁷

²⁷ Tradução livre de: “Es unânime La opinión de que El ejercicio de La patria potestad no faculta a los padres para tomar decisiones irreversibles que pudean poner em serio peligro la vida de sus hijos menores al dar prioridade a otros intereses, incluso aunque sean relevantes y pretendidamente em favor del proprio menor, por ejemplo, mantenerse tanto los padres como al hijo, fieles al credo religioso professado por aquéllos y em el que previsiblemente habría sido – educado su hijo.” ROMEO CASABONA, Carlos María. Libertad de consciencia y actividad biomédica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 30.

Desta forma, apesar de os incapazes não possuírem capacidade de fato, seja de forma absoluta ou relativa, seu interesse e vontade, deve ser levado em consideração em todos os atos praticados por seu representante ou assistente.

Sendo assim, possuem autonomia, mesmo que não de forma integral, e deve ser respeitada. Entretanto, neste trabalho iremos afunilar os estudos na incapacidade absoluta, aqueles menores de 16 anos e que os pais costumam ser os seus representantes legais.

3.3. PODER DE DISCERNIMENTO DOS INCAPAZES

Os principais elementos para o exercício da capacidade são o discernimento e a autodeterminação. Faz-se necessário discutir, diante de cada circunstância fática, a capacidade e a autonomia privada dos absolutamente incapazes.

Os menores de 16 anos englobam tanto aquele bebê recém-nascido, quanto o adolescente de 15 anos, por exemplo. E, neste íterim há uma enorme diferença entre eles. Com 16 anos, o menor já pode votar, por exemplo. Resta saber se, já que possui capacidade para eleger o Presidente do país, representante estadual, e outros, ele teria capacidade para decidir sobre um tratamento médico para si próprio.

Independentemente da idade, o representante legal do incapaz deve praticar o ato observando o interesse do menor, se abstendo das suas convicções pessoais para decidir sempre em favor do incapaz.

No caso de um bebê ou uma criança que não possua ainda formação com capacidade de discernimento e autodeterminação, no caso de um ato praticado pelos representantes legais eivado de inobservância do interesse do incapaz, o Ministério Público deve ser acionado.

O Ministério Público é o grande defensor de interesses da sociedade, ampara os direitos que dizem respeito à coletividade, protege aqueles que não tem condições de se defender, como as crianças, e zela pelos direitos dos quais as pessoas não podem abrir mão, como o direito à vida e à saúde, destacados neste trabalho.

Já no caso de um menor com capacidade de discernimento e autodeterminação, sua voz e opinião é de suma importância para a prática do ato pelo seu representante legal, constituindo elemento volitivo a ser levado em conta no ato em questão.

Neste contexto, entramos em uma situação ainda sem unanimidade de entendimento: a situação de crianças cujos pais professam religiões que proíbem transfusões de sangue.

Se questiona se a escolha religiosa dos pais implica na obrigatoriedade dos filhos em segui-la. Indaga-se se numa hipótese de necessidade de transfusão de sangue em um incapaz, sem capacidade de discernimento e autodeterminação, a negativa do procedimento, sob o argumento religioso, deve prevalecer em face do direito à vida e à saúde do menor.

Os pais, maiores e capazes, abarcados pelo direito fundamental à liberdade religiosa, que engloba suas três vertentes, decidiram ter uma religião, qual seja, Testemunhas de Jeová, que não permite a realização de transfusão de sangue.

Entretanto, ao se tornarem responsáveis legais de um absolutamente incapaz, surge o questionamento de se, independente da vontade daquele, a religião decidida por seus pais deverá ser imposta aos incapazes, com todos os mandamentos e posições, mesmo quando se tratar do bem jurídico mais precioso, a vida.

Ora, não se provando o discernimento do menor e sua capacidade de tomar decisões existenciais, não há dúvida de que se deve preservar a vida. Não há nenhuma certeza de que, no futuro, aquele filho seguirá a religião professada pelos pais.

Baseado no princípio da autonomia privada e no livre arbítrio, o absolutamente incapaz poderá, ao completar 16 anos, decidir por seguir a religião dos seus pais, como também poderá se tornar adepto a qualquer outra religião, ou até mesmo decidir por não ter religião, protegido pela liberdade de consciência, garantida no ordenamento jurídico brasileiro.

Maria de Fátima Freire de Sá traz importante informação sobre o tema no direito internacional:

França, Portugal e Espanha entendem que no caso de oposição dos pais ao tratamento do filho menor, por razões de consciência, há que se proteger o menor. Afirmam que esse tem direito a especial proteção por parte da sociedade e do Estado, contra todas as formas de discriminação e opressão, e contra o abuso de autoridade da família e de terceiros.²⁸

²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 171.

Neste caso, temos que, inicialmente, preservar o direito à vida para que o menor tenha a oportunidade de, no futuro, decidir sobre sua escolha religiosa. E aí sim, poder fazer uso da sua liberdade religiosa, de consciência e de crença.

Entretanto, em se tratando de um menor com capacidade de discernimento, ratificamos a importância da sua manifestação de vontade.

Maria Ángeles Parra Lucán diz sobre o tema:

Quando o menor já possui capacidade de se desenvolver por conta própria, parece mais razoável uma proteção segura da sua capacidade, para protegê-los dos perigos a que pode estar exposto na vida devido à sua inexperiência.²⁹

O direito brasileiro traz nas suas diversas áreas a importância desse consentimento, expressão de vontade do menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu art. 45, §2º que “em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

Percebe-se que, no processo de adoção, o consentimento do adolescente maior de doze anos é de extrema importância para a adoção.

É a postura que espera ser adotada também no caso da escolha de um tratamento médico, como pode ocorrer no caso das transfusões de sangue, que muitas vezes são essenciais para a manutenção da vida.

Destaca-se que a autonomia e a capacidade de autodeterminação dos indivíduos tende a aumentar com o aumento da idade, até a chegada do limiar em que a lei atribui a capacidade plena.

Assim, como exemplificado anteriormente, quanto mais próximo dos 16 anos (idade escolhida pelo legislador brasileiro), maior o poder de discernimento e a importância da sua manifestação de vontade em processos que te envolvam, principalmente quando se trata de uma questão que envolve o seu direito à saúde e à vida.

Na necessidade de uma transfusão de sangue, onde os pais são Testemunhas de Jeová, em se tratando de um absolutamente incapaz sem poder de discernimento, fazendo existir um conflito entre o direito à liberdade religiosa e o bem jurídico vida,

²⁹ Tradução livre de: “Sin embargo, cuando el menor tiene ya una cierta capacidad para desenvolverse por sí mismo, parece más razonable una protección consistente en el complemento de su capacidad, para preservarlo de los peligros a que puede quedar expuesto en razón de su inexperiencia.” (LUCÁN, María Ángeles Parra. **La autonomía privada em el derecho civil**. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2016, p. 138).

tal conflito deve ser resolvido em favor do segundo, para que no futuro o menor possa vir decidir sobre sua escolha religiosa.

No caso de um incapaz com poder de discernimento, sua vontade e opinião possui relevância extrema quando se trata de tratamento médico para si, e, principalmente, transfusão de sangue quando há risco de vida, independentemente da religião professada por seus pais e representantes legais.

Nesse caso, seus posicionamentos devem ser levados em consideração, pois a vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que o senso comum considere errônea ou irresponsável.

É evidente que, cada um dos pais é titular do direito à liberdade religiosa e ambos partilham do direito de educar religiosamente seu filho. Porém, cada um dos filhos goza também de liberdade religiosa, e, ainda sem ter capacidade de discernimento, não pode ter sua vida ceifada em prol de uma religião que ainda não é definida por si mesmo.

4. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: ORIGEM NO MUNDO E NO BRASIL

A Pensilvânia foi o berço da religião dos “Estudantes da Bíblia”, que mais tarde se tornaram os Testemunhas de Jeová. O estado norte-americano, uma das colônias que foram criadas no território da América do Norte antes da Revolução Americana, se caracterizou por sua política liberal, que, conseqüentemente, contribuiu para o progresso da tolerância religiosa.

Seus habitantes da época eram considerados simples, com senso de igualdade, fraternidade e democráticos, fazendo florescer uma liberdade religiosa, diferente do que ocorria no território europeu.

Assim, no século XIX, um americano conhecido como Charles Taze Russel, após passar por diversas igrejas, como a Presbiteriana, Congregacional e Adventista do Sétimo Dia, escreveu suas ideias e compilou em revistas e publicações.³⁰

Com isso, seus seguidores foram aumentando devido a sua literatura, e em 1884 foi organizado oficialmente o “Russelismo”.

Após a morte de Charles Russel, Joseph Franklin Rutherford seguiu seu movimento, o estruturando e consolidando. Escreveu diversos livros e construiu uma mansão para os Testemunhas de Jeová do passado (consideradas por ele).

Tal grupo já teve diversos nomes: “A Aurora do Milênio”, “Associação Internacional dos Estudantes da Bíblia”, “Sociedade de Folhetos da Torre de Vigia”, “Sociedade Novo Mundo”, “Russelitas”, e, por fim, como mais são conhecidos “Testemunhas de Jeová”.

Os Testemunhas de Jeová marcaram a Segunda Guerra Mundial por se negarem fazer a saudação a Hitler e a prestar serviço militar. Com isso, foram enviados para os campos de concentração nazista, onde recebiam como marca distintiva um triângulo roxo.³¹

Sucessor de Rutherford, Nathan Knorr, é reconhecido por estruturar e organizar mundialmente os Testemunhas de Jeová. Em 1943, com objetivo de evangelizar diversos países, criou a “Escola Bíblica de Gileade”, para fazer serviço missionário.

³⁰ BIGNON, Deivinson Gomes. **Testemunhas de Jeová: Podemos crer no que dizem?**. Rio de Janeiro, junho de 2000 [*Livro Eletrônico*]. Disponível em: <http://www.rochaeternaipb.com/ebook/004.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

³¹ CASTRO, Eduardo Goés de. **A torre sob vigia: As Testemunhas de Jeová em São Paulo (1930-1954)**. Dissertação (Mestrado em História Social) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

Além disso, é responsável pela tradução da Bíblia conhecida como “Tradução das Escrituras Sagradas do Novo Mundo”, utilizada hoje em dia entre os membros da religião.

Sua origem no Brasil, tem como ponto principal a chegada de tripulantes de um navio brasileiro, que ficou atracado em Nova York, e lá, tiveram o primeiro contato com os “Estudantes da Bíblia” em 1918.

Rutherford, percebendo o espaço que poderia vir a ter no Brasil, enviou George Young ao Rio de Janeiro, que realizou os primeiros batismos e assembleias, iniciados em 1922.

No início, o governo brasileiro e a Igreja Católica permitiram que circulasse tranquilamente as publicações e livros do grupo, considerando que, até o início dos anos 40 o número de religiosos Testemunhas de Jeová no Brasil não chegava aos 100.

Entretanto, com o Estado Novo, diversas prisões foram feitas, confisco de livros e publicações e a cassação do registro da sociedade. Nesse período, as reuniões dos Testemunhas ocorriam de forma secreta³².

No governo Dutra foi quando os Testemunhas recuperaram seu registro, tendo em vista o processo de redemocratização que ocorria no país.

Porém, tiveram seu registro cassado novamente em 1949, e reavido apenas em 1957, quando receberam o status de organização religiosa sem fins lucrativos. Mesmo assim, o grupo religioso se manteve sob investigação do governo, principalmente durante o período da ditadura militar.

Essa foi a trajetória acidentada dos Testemunhas de Jeová no Brasil.

Nos dias de hoje, de acordo com o Censo de 2010³³, no Brasil, temos uma população de 1.393.208 pessoas praticantes de tal religião no país, sendo em sua maioria mulheres, numa quantia de 813.742, e 579.466 homens.

1.328.406 pessoas residentes da zona urbana e 64.801 domiciliados na zona rural brasileira.

³² CASTRO, Eduardo Goés de. **A torre sob vigia**: As Testemunhas de Jeová em São Paulo (1930-1954). Dissertação (Mestrado em História Social) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 88.

³³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. [online]. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

4.1. MOTIVO DE RECUSA ENTRE OS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ PARA AS TRANSFUSÕES DE SANGUE

Para os Testemunhas de Jeová, a recusa do uso de tratamentos que envolvam sangue, como as transfusões, é uma ordem divina que deve ser obedecida por toda a humanidade.

Eles justificam tal conduta com base no livro de Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículos 19, 20, 28 e 29, que fazem referência à proibição do uso de sangue.

O versículo 29 determina: “que se abstenham de comida sacrificada aos ídolos, do sangue, da carne de animais estrangulados e da imoralidade sexual. Vocês farão bem em evitar essas coisas. ‘Que tudo lhes vá bem’. ”.³⁴

Assim, os Testemunhas de Jeová chegaram à conclusão que a utilização do sangue seria proibida, mesmo que para uso medicinal.

Apesar das escrituras bíblicas terem feito referência à vedação do uso de sangue associado à carne animal, os adeptos entendem que o uso do sangue de forma medicinal já existia desde tal época, e o que diferencia são as técnicas utilizadas hoje em dia.

Sendo assim, a proibição do uso de sangue diz respeito também a sua utilização na medicina.

Justificam também, que tal ensinamento já estava presente na Bíblia em Gênesis, capítulo 9, versículos 3 e 4, ao dispor:

4 A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis.

5 E certamente requererei o vosso sangue, o sangue da vossa vida; da mão de todo animal o requererei, como também da mão do homem, e da mão do irmão de cada um requererei a vida do homem.³⁵

Os Testemunhas de Jeová não aceitam a transfusão de sangue de glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Também não aceitam a coleta e o armazenamento pré-operatórios de sangue autólogo para posterior reinfusão.³⁶

³⁴ BÍBLIA. **Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículo 29.** In: Bíblia Sagrada. [online]. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/atos-dos-apostolos/15/>. Acesso em: 10 maio 2021.

³⁵ BÍBLIA. **Gênesis, capítulo 9, versículos 3 e 4.** In: Bíblia Sagrada. [online]. Disponível em: <https://www.churchofjesuschrist.org/study/scriptures/ot/gen/9?lang=por>. Acesso em: 15 maio 2021.

³⁶ REDE de Comissão de Ligação com Hospitais para as Testemunhas de Jeová. Folder. Site oficial das Testemunhas de Jeová. 2012. [online]. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 12 maio 2021.

Sangue autólogo é o sangue do próprio paciente. Por exemplo: é coletado, antes da realização de uma cirurgia, o sangue do paciente que será operado. Esse sangue fica armazenado para ser utilizado na cirurgia daquela pessoa.

Já com relação as frações de glóbulos vermelhos (exemplo: hemina e hemoglobina), frações de glóbulos brancos, frações de plaquetas e frações do plasma (exemplo: albumina, fibrinogênio, imunoglobulinas), a sua utilização fica a critério de cada um de acordo com a sua consciência.

É também uma decisão pessoal a utilização do sangue autólogo na hemodiluição normovolêmica aguda, na diálise, na circulação extracorpórea e na recuperação intraoperatória de sangue.

Com isso, verifica-se que existe uma recusa geral entre os Testemunhas de Jeová e também uma questão que envolve a decisão pessoal de cada um deles, havendo produtos ou procedimentos que são aceitáveis para um paciente e para outro não.

Os Testemunhas utilizam como fundamento constitucional que a obrigatoriedade da transfusão de sangue seria uma espécie de dano existencial.

O dano existencial faz parte de uma das classificações de dano extrapatrimonial, que pode ser enquadrado no conceito de novos danos. Ele ocorre quando, após determinado fato, há uma perda na qualidade de vida do indivíduo, que fica privado de usufruir o gozar da vida como gostaria.

Tal dano está intimamente ligado à ideia de frustração, que pode ser o dano à vida em relação ou o dano ao projeto de vida. Matilde Zavala de Gonzalez³⁷ afirma que o dano à vida em relação é aquele em que há impossibilidade ou grande dificuldade do indivíduo em se reinserir nas relações sociais, ou mantê-las em sua normalidade. Já o dano ao projeto de vida, caracteriza-se pela frustração das legítimas expectativas que o indivíduo tem em relação à própria existência, tais como seus sonhos, metas e objetivos de vida.

Desta forma, o dano existencial se aplicaria em caso de transfusão de sangue compulsória entre os Testemunhas de Jeová, pois, por ser um mandamento bíblico, uma ordem religiosa para os adeptos, tal procedimento traria mudanças no cotidiano da pessoa, podendo alterar de forma direta ou indireta sua relação com a sociedade,

³⁷ GONZALEZ, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños**: daños a las personas (integridade sicofísica). 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 462.

amigos, família e até consigo mesmo, atingindo sua felicidade, satisfação pessoal e seu conceito de vida plena e digna.

Por isso, em se tratando de pessoas dotadas de capacidade plena, não se questiona neste trabalho a possibilidade de uma transfusão de sangue indesejada pelo indivíduo, por questões pessoais e religiosas, respeitando o princípio da autonomia privada e sua capacidade de autodeterminação.

Ademais, além dos fundamentos já explicitados utilizados pelos Testemunhas de Jeová para justificar a recusa a transfusão sanguínea, eles alegam também o risco de contágio de doenças infectocontagiosas que podem ser transmitidas por meio do sangue.

Entretanto, tal argumento será esclarecido em tópico subsequente.

5. TRANSFUSÕES DE SANGUE

Aproximadamente em 1667, na França, ocorreu a primeira hemotransfusão em seres humanos que se tem notícias, realizada pelo médico do rei Luís XIV, Dr. Jean Baptiste Denis.

Foi feita a infusão de sangue de carneiro em um dos membros da nobreza que apresentava distúrbios mentais.

Claramente, o paciente morreu após o procedimento.

Naquela época, a transfusão heteróloga (entre espécies distintas) era vista como uma possibilidade de melhorar o comportamento humano, considerando que os animais seriam menos contaminados com as “experiências mundanas” que as pessoas tinham.

Com isso, as transfusões que ocorreram não foram bem sucedidas e com a falta de sucesso nas operações, logo esses experimentos transfusionais foram banidos da medicina.

Somente mais de quatro séculos mais tarde, foi realizada a transfusão homóloga (entre membros da mesma espécie), por *Pontic e Landois*, utilizando cobaias e que conseguiram mostrar a sua viabilidade.³⁸

James Blundell, médico obstetra inglês, realizou a primeira transfusão com sangue humano bem-sucedida, em 1818, em uma mulher que apresentava hemorragia pós-parto.

A partir daí, as transfusões sanguíneas foram incorporadas à prática médica, mas nem sempre seus resultados eram positivos, pois apresentavam problemas relacionados à coagulação sanguínea e outras reações adversas.

Além disso, tentou-se utilizar leite e sangue de cadáveres em transfusões, que não obtiveram sucesso.

A elucidação desse mistério só foi possível no início do séc. XX, quando o imunologista austríaco *Karl Landsteiner* percebeu que o soro de algumas pessoas aglutinava o sangue de outras, quando ambos eram misturados! Seus estudos sorológicos levaram à formulação do conceito de Grupo Sanguíneo, com a descrição do mais “importante” de todos: o **grupo ABO**.³⁹

³⁸ Disponível em: <https://www.institutohoc.com.br/historia-transfusao.html>. Acesso em: 15 maio 2021.

³⁹ HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 44.

Em 1940 o fator Rh foi descoberto, onde quem possui o fator Rh nas hemácias é considerado Rh+, Rh positivos e aqueles que não possui são chamados de Rh-, Rh negativos.

A importância do sistema Rh nas transfusões diz respeito também as reações de incompatibilidade caso haja uma infusão de um indivíduo que seja Rh negativo, receba o sangue Rh positivo, por exemplo. Nesse caso, ocorrerá a sensibilização e formação de anticorpos Anti-Rh no indivíduo que é Rh negativo.

Por isso, um indivíduo Rh positivo só poderá receber transfusão de sangue de outra pessoa que possua o fator Rh positivo. E o mesmo ocorre com o fator Rh negativo.

Com um desenvolvimento dos estudos sobre os antígenos e anticorpos, foi avistado um novo problema: a conservação e manutenção do sangue.

Foi necessário um debruçamento na análise de processos e métodos que permitissem o armazenamento de sangue para formação de estoques, e, conseqüentemente, o aumento da vida útil do sangue.

As soluções anticoagulantes e conservantes, junto com os sistemas de refrigeração, foram o que permitiu a organização dos centros de armazenamento de sangue.

E em Barcelona, em 1936, foi criado o primeiro Banco de Sangue do mundo, durante a Guerra Civil Espanhola, momento este em que a demanda por sangue era grande.

Por fim, após a Segunda Guerra Mundial, foi multiplicado os números de bancos de sangue pelo mundo, que representam hoje um dos pilares fundamentais da medicina moderna.

A transfusão de sangue e hemocomponentes é utilizada hoje em dia para corrigir deficiências no transporte de oxigênio e hemostasia, ou em razão de perdas agudas ou crônicas de sangue (comum em cirurgias de risco), ou devido à mudança na produção de hemácias e plaquetas, por exemplo.

5.1. AVANÇO NA CIÊNCIA COMPROVANDO SUA EFETIVIDADE

No sangue de cada indivíduo existe um conjunto próprio de antígenos.

Esses antígenos podem ser proteínas ou carboidratos e são encontrados sobre a superfície das hemácias, leucócitos e plaquetas, além de circularem

livremente no plasma. Cada antígeno exerce uma função biológica específica...⁴⁰

Essas moléculas são divididas em grupos para fins transfusionais, conhecidas como os Grupos Sanguíneos. Dentro de cada grupo, existem os tipos sanguíneos, que são definidos de acordo com o antígeno que está presente.

Esses tipos sanguíneos são importantes, pois, uma pessoa ao ser exposta a um antígeno sanguíneo que não faz parte do seu corpo, o seu próprio organismo desenvolve anticorpos contra aquele antígeno.

Esse fenômeno é conhecido como aloimunização. O prefixo “alo” quer dizer “outro”, significando, portanto, uma imunização contra antígenos de outro sangue. E os anticorpos formados a partir dessa exposição é chamado de aloanticorpos.

Essa aloimunização só ocorre após uma primeira transfusão de sangue não compatível, na maioria dos tipos sanguíneos, ou numa gestação se o feto possuir antígenos diferentes da mãe.

Em outros tipos sanguíneos, a aloimunização ocorre de forma natural, tendo em vista que as pessoas, logo no início de vida, desenvolvem aloanticorpos direcionados contra aqueles antígenos que não possuem.

Com isso, chegou-se à conclusão que o grupo sanguíneo de maior importância nas transfusões sanguíneas é o ABO, pois, é o grupo que a aloimunização natural ocorre de forma mais frequente e intensa, além de possuir uma carga antigênica grande no sangue.

Desta forma, é indispensável a compatibilidade ABO para uma transfusão sanguínea de sucesso.

Esse grupo se divide em: A, B, AB e O. Os indivíduos de sangue tipo O podem doar para qualquer pessoa, são conhecidos como doadores universais. Entretanto, só podem receber sangue tipo O.

Quem tem tipo sanguíneo AB, podem receber sangue de qualquer outro tipo, ou seja, são os receptores universais. Porém, só podem doar para indivíduos que possuam sangue tipo AB.

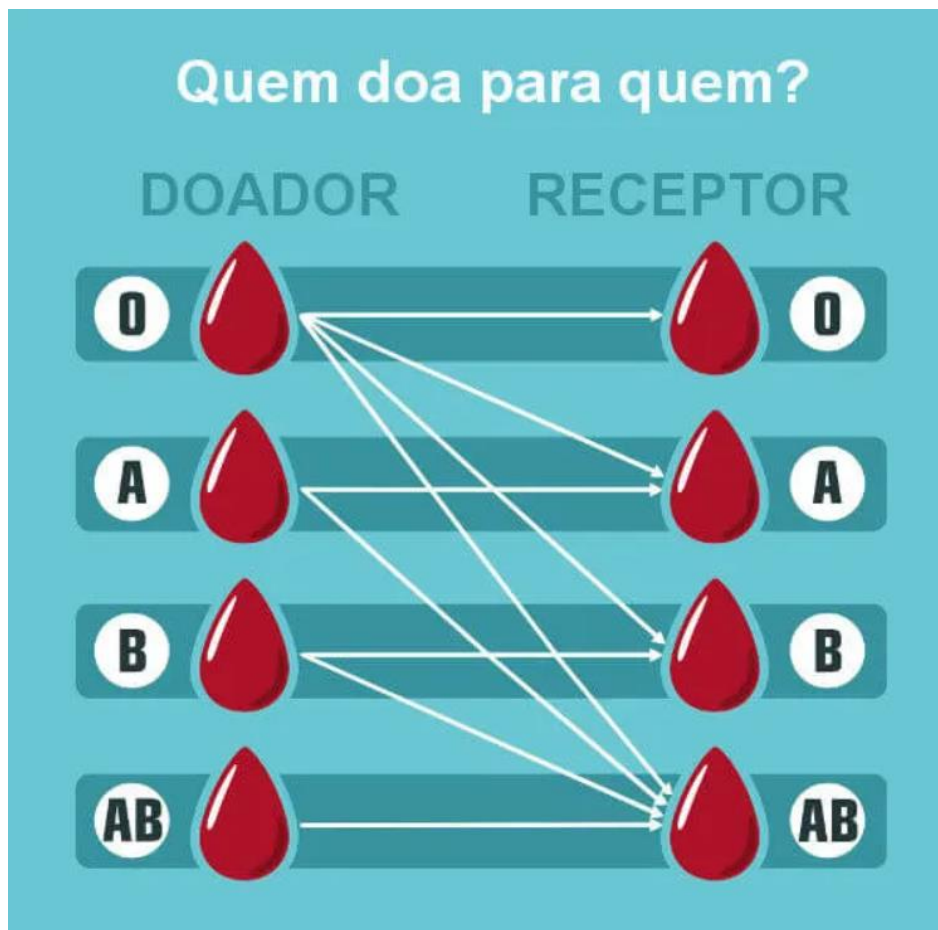
Já as pessoas que possuem o sangue tipo A, podem receber doação de sangue tipo A ou sangue tipo O. Não podem doar sangue para indivíduos tipo B, podendo doar somente para aquelas pessoas com sangue A ou AB.

⁴⁰ HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 44.

Por fim, aqueles que possuem o sangue tipo B, podem receber doação de pessoas com sangue tipo B ou sangue tipo O. Não podem, portanto, doar para aquelas pessoas que tem sangue tipo A, só podem doar para os indivíduos de tipo sanguíneo B ou AB.

Segue abaixo tabela ilustrando o quanto foi exposto:

Figura 1 - Tabela explicativa relacionando o tipo sanguíneo, doador e receptor



Fonte: Sistema ABO (site *Brasil Escola*)⁴¹

Outro grupo sanguíneo de suma importância para a terapia transfusional é o fator Rh, como já pincelado anteriormente.

Com mais de 40 antígenos dentro desse grupo, o principal é o antígeno D, pois sua presença define o fator Rh positivo e a sua ausência apresenta o fator Rh negativo.

⁴¹ Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/sistema-abo.htm>. Acesso em: 16 maio 2021.

As implicações clínicas deste fato são as seguintes: quem não possui o antígeno D (Rh negativo), desenvolve uma PODEROSA ALOIMUNIZAÇÃO se vier a receber sangue Rh positivo ou tiver uma gestação com feto Rh positivo (surgimento de IgG anti-D no sangue). Nessa primeira exposição nenhuma reação adversa é notada, porém, exposições subsequentes resultarão em reação hemolítica transfusional ou doença hemolítica perinatal (a IgG é capaz de cruzar a placenta), respectivamente.⁴²

Ademais, existem variados outros grupos sanguíneos além dos grupos ABO e Rh, mas sua importância clínica é relativamente baixa quando comparada a esses grupos, pois raramente se associam a complicações transfusionais.

Por segurança, quando se solicita uma hemotransfusão, o banco de sangue seleciona a bolsa de sangue mais apropriada para o paciente após uma série de procedimentos.

É feito teste de tipagem sanguínea, screening de aloanticorpos e prova cruzada.

A tipagem é feita, primeiramente, misturando as amostras de sangue do paciente a diversos “anti-soros”, para que se possa identificar o tipo ABO e o fato Rh. Em seguida, o soro do paciente é misturado com hemácias de diferentes tipos ABO, para que identifique as isoaglutininas presentes em seu sangue. Nessas duas etapas, de identificação da tipagem ABO, tem que ser concordantes.

Já o screening de aloanticorpos:

Visa identificar a presença de aloanticorpos contra outros grupos sanguíneos. Utilizam-se múltiplas amostras de hemácias “tipo O” que sabidamente contem antígenos específicos de certos grupos. Assim, pode-se determinar se o receptor possui aloanticorpos contra esses antígenos ou não!⁴³

O teste da prova cruzada ocorre após as duas etapas anteriores. É retirado sangue de uma bolsa que foi aprovada anteriormente e é submetida à mistura direta com o sangue do paciente. A compatibilidade ABO e Rh é confirmada desde que não ocorra aglutinação do sangue.

Após isso, reconhece-se que a transfusão é segura e pode ser feita.

5.2. SEGURANÇA NAS TRANSFUÇÕES DE SANGUE NA ATUALIDADE

Os bancos de sangue enfrentam o desafio de liberar as bolsas de sangue de forma segura e prontas para a transfusão ao serem acionados.

⁴² HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 45.

⁴³ *Ibidem*, p. 46.

Desta forma, é extremamente necessário a garantia da alta sensibilidade de seus testes, certificando a segurança dos produtos sanguíneos para proporcionar segurança aos pacientes, pois é de suma importância que eles recebam o maior benefício possível de uma transfusão de sangue.

Além disso, destaca-se também que a garantia da segurança e qualidade do sangue e hemocomponentes depende de um controle desde a captação dos doadores até a administração do sangue no paciente.

Os parâmetros mais importantes da segurança transfusional, na busca pelo menor risco possível de transmissão de doenças infecciosas, diz respeito a triagem epidemiológica dos doadores e a sensibilidade dos testes realizados.

Trataremos aqui brevemente sobre a experiência do Departamento de Hemoterapia do Hospital Israelita Albert Einstein (DHHIAE) como um exemplo a ser seguido.

Esse departamento é responsável pelos serviços de coleta, processamento, seleção e transfusão de sangue e hemocomponentes neste hospital paulista. Eles testam, aproximadamente, por ano, 15 mil unidades de sangue e concentrados de plaquetas por aférese (separação de plaquetas do sangue total).⁴⁴

Desde a criação do NAT (sigla em inglês), conhecido como o teste de ácido nucleico, a segurança nas transfusões sanguíneas aumentou de uma forma que, hoje, o risco residual de transmissão dos agentes investigados nos testes é mínimo.

Essa técnica detecta contaminações por agentes infecciosos e reduz a janela imunológica, ou seja, o período em que as contaminações permanecem indetectáveis no organismo da pessoa.

Assim, quanto mais rápido for identificada uma possível contaminação, o risco residual de transmissão de infecções pelo sangue se torna menor.

A licença para o uso do NAT no Brasil existe desde 2003, porém, apenas com a Portaria nº 2.712, de 12 de novembro de 2013, se tornou obrigatório a realização desse teste nos serviços públicos e privados.

Tal Portaria foi revogada pela Portaria nº 158, em 2016, que manteve a obrigatoriedade dos testes de ácido nucleico e aprofundou ainda mais sobre o tema dos procedimentos hemoterápicos e assim dispõe no seu art. 2º:

⁴⁴ REVISTA ROCHENEWS, ano 18, n. 5, out./nov. 2016, p. 4.

O regulamento técnico de que trata esta Portaria tem o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no País, de acordo com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no que se refere à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.⁴⁵

O NAT é a ferramenta mais eficaz para garantir a segurança nas transfusões de sangue, pois possui uma capacidade de identificar de forma precoce a presença de vírus como HIV e Hepatite B e C, reduzindo a chance de possíveis danos nos receptores.

As plataformas sorológicas, o NAT, automação laboratorial e tecnologia de informação são essenciais para a redução do risco transfusional, pois o erro humano pode trazer testes inseguros que prejudicariam o próprio paciente.

Em relação a sorologia, os testes de alta sensibilidade analítica oferecem uma grande cobertura genotípica, que pode identificar mutações virais.

A literatura científica demonstra que esses testes possuem alto valor preditivo negativo (VPN), uma característica que traz segurança e confiabilidade à triagem em bancos de sangue.⁴⁶

Para proteger os doadores e os receptores, a Portaria nº 158/2016 estabeleceu uma série de requisitos que devem ser cumpridos no momento da seleção de candidatos, assim como no momento da doação.⁴⁷

O doador de sangue ou componentes deve ter idade entre 16 anos completos e 69 anos, sendo que aqueles entre 16 e 18 anos devem ter consentimento formal por escrito do seu responsável legal para cada doação que realizar.

O peso mínimo do candidato à doação é de 50kg, a pulsação do indivíduo deve apresentar características consideradas normais, com frequência cardíaca entre 50 a 100 batimentos por minuto.

É aferida também a pressão do candidato, assim como será determinada no momento da seleção a concentração de hemoglobina ou hematócrito.

⁴⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Diário Oficial da União**: Brasília, seção 1, edição 25, p. 37, 05 fev. 2016. [online]. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 16 maio 2021.

⁴⁶ REVISTA ROCHENEWS, ano 18, n. 5, out./nov. 2016, p. 9.

⁴⁷ BRASIL, *op. cit.*

O médico que conduzirá a entrevista pessoal fará a avaliação da história médica e antecedentes patológicos do doador, assim como analisará os medicamentos utilizados por ele e o motivo para o uso.

A gestação é motivo de inaptidão temporária para doação de sangue.

No caso de o doador ser alérgico, a doação só será permitida se estiver assintomático naquele momento.

Para proteção do doador, o volume do sangue total que deve ser coletado é de, no máximo 8 (oito) mL/kg para as mulheres e de 9 (nove) mL/kg para os homens.

O candidato não deve apresentar enfermidade infecciosa aguda e nem possuir antecedentes de infecções transmitidas pelo sangue.

O candidato à doação que possuir história atual ou passada do uso de drogas injetáveis ilícitas fica contraindicado de forma definitiva para doação de sangue.

Essas e outras especificidades podem ser encontradas nos arts. 36 a 68 da Portaria nº 158/2016, que dispõe detalhadamente todos os requisitos para doação de sangue, assim como as possibilidades definitivas e temporárias de inaptidão para doação.⁴⁸

Percebe-se que há uma análise criteriosa desde o momento de escolha do doador, nos testes que pré transfusão para que se alcance o mais próximo do risco zero no procedimento, o cuidado na estocagem e armazenamento do sangue até o momento da administração no paciente.

5.2.1. Reações adversas à transfusão

A reação transfusional é qualquer intercorrência que ocorra por consequência da transfusão de sangue, podendo ocorrer durante ou após a sua administração, imediatas (até 24 horas após a transfusão) ou tardias (após 24 horas da transfusão).

Apesar de todos os cuidados necessários e precauções tomadas, as reações às transfusões podem ocorrer, assim como qualquer outro procedimento médico.

⁴⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Diário Oficial da União**: Brasília, seção 1, edição 25, p. 37, 05 fev. 2016. [online]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 16 maio 2021.

Entretanto, na maioria das vezes em que ocorre, são complicações de forma branda e sem ameaça à vida.⁴⁹

Em razão também disso, é necessário que todos os profissionais envolvidos na transfusão estejam capacitados a identificar qual tipo de reação o paciente está tendo e qual estratégia adequada para resolução.

A ocorrência dessas reações pode se associar a diferentes causas, desde erros na identificação de pacientes, amostras ou produtos, até fatores desconhecidos relacionados ao receptor ou doador.

As reações adversas à hemotransfusão podem ser IMUNES ou NÃO IMUNES. As primeiras geralmente são mediadas por anticorpos pré-formados no soro do receptor ou do doador e, mais raramente, por leucócitos do doador presentes no hemocomponente transfundido. Já as últimas costumam ser mediadas por fatores químicos ou físicos relacionados ao hemocomponente ou seus aditivos (ex.: conservantes, anticoagulantes).⁵⁰

Vale ressaltar que, hoje em dia, apesar de não ter sido cem por cento eliminado, o risco de transmissão de doenças infectocontagiosas por meio da transfusão sanguínea é muito baixo, em razão de todos os cuidados exigidos atualmente conforme o avanço da ciência.

Independente de reação adversa à transfusão, uma regra é clara: interromper imediatamente a transfusão e comunicar ao médico responsável para que tome as medidas necessárias.

Além disso, exige-se também a notificação ao banco de sangue para que se inicie um processo investigativo.

Analisando as reações imunes, temos a mais comum: reação febril não hemolítica. A incidência é de 1 a 4 casos a cada 100 transfusões ou de 0,5 a 1% dos casos. Costuma ocorrer após uma hora do início da transfusão, e o prognóstico é excelente.

A reação adversa à transfusão que mais agrava hoje em dia é a TRALI – Injúria Pulmonar Aguda Relacionada à Transfusão. Os fatores de risco para sua ocorrência são: sangue doado por mulher múltipara (mulher que teve mais de um filho), tabagismo, etilismo, transplante hepático, transfusão em paciente com choque

⁴⁹ HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 49.

⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

circulatório, paciente em ventilação mecânica com pressão de suporte > 30cm H₂O e balanço hídrico positivo.

A maioria dos sobreviventes da TRALI se recuperam sem sequelas pulmonares, após 72 a 96 horas. O óbito pode ocorrer em até 15% dos casos.⁵¹

A reação hemolítica transusional aguda ocorre, na sua forma mais comum, devido a incompatibilidade ABO, e na maioria das vezes devido a um erro operacional humano, como a etiquetagem incorreta do hemocomponente ou transfusão do paciente errado. A incidência é 1:38.000 a 1:70.000 transfusões.

A reação alérgica ou anafilática, na sua forma grave tem um alto índice de mortalidade. Sua incidência é de 1:20.000 a 1:50.000 transfusões.

A Doença Enxerto *versus* Hospedeiro Transfusional não tem um bom prognóstico, pois não há um tratamento efetivo. Para sua prevenção, para os pacientes que tem maior potencial de desenvolvê-la deve ser feita a irradiação das bolsas de hemocomponentes “celulares”.

A púrpura pós-transfusional é uma reação tardia e rara, de maior incidência em mulheres.

Já em relação as reações adversas não imunes temos a hipotermia, que ocorre em razão de grandes volumes de hemocomponentes possuem temperatura inferior ao corpo humano. De simples solução, o uso de sistemas de aquecimento acoplados ao equipo de transfusão previne essa complicação, assim como a diminuição da velocidade da infusão.

Poucas bactérias conseguem se proliferar nas temperaturas que são mantidas as hemácias e o plasma, pois é muito baixa. Já os concentrados de plaquetas são mantidos em temperatura ambiente, logo, tem um maior risco de serem contaminados por bactérias.

Estima-se que 1 a cada 1.000-2.000 concentrados de plaquetas sejam contaminados por bactérias, e por isso os bancos de sangue possuem atualmente sistemas de alta sensibilidade para a detecção de concentrados contraminados, que logo são descartados...⁵²

⁵¹ UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. **Manual para o Uso Racional de Sangue**. UFSC, 2017 [online]. Disponível em: <http://www.hu.ufsc.br/setores/banco-de-sangue/wp-content/uploads/sites/39/2017/11/Manual-completo-web-min.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021, p. 119

⁵² HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 52.

Com isso, percebe-se a necessidade já explicitada dos sistemas de alta sensibilidade, dos testes e armazenamento do sangue.

Apesar das possibilidades das reações adversas, vários produtos que tentaram substituir o sangue já foram desenvolvidos e estudados, “mas nenhum demonstrou eficácia e segurança suficientes para sequer merecer menção em nosso texto”.⁵³

Ou seja, não há, ainda, em caso de necessidade extrema de transfusão sanguínea, outra conduta que a substitua de forma eficaz!

Alguns dos Testemunhas de Jeová trazem a possibilidade da utilização do próprio sangue do paciente, a transfusão autóloga, como uma solução para a o problema. Entretanto, tal procedimento só é indicado em situações bastante restritas e não substitui a hemotransfusão.

E mesmo que fosse possível, a transfusão autóloga não é unanimidade entre os adeptos da religião, muitos só aceitam em situações extremamente específicas, como na diálise.

Em um exemplo simples, temos que um paciente em uma cirurgia, com perda de sangue, não poderá fazer uso do seu próprio sangue, pois a quantidade perdida já é enormemente significativa. Daí a necessidade da transfusão.

Ainda assim, nos casos em que a transfusão autóloga pode ser empregada, não é um procedimento isento de riscos, pois pode ocorrer os mesmos erros operacionais por parte do serviço da hemoterapia, quando considerarmos os erros humanos.

Isso não quer dizer que quando houver a possibilidade de outra alternativa, que seja indicada para o caso, além da transfusão, ela será utilizada desde o primeiro momento. Pelo contrário, potenciais candidatos substitutos à hemotransfusão serão indicados quando possível.

É o que discutiremos no tópico a seguir.

5.3. NECESSIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, *ÚLTIMA RATIO*

Como vimos, apesar de todos os cuidados empregados para zerar os riscos de uma transfusão, ainda pode ocorrer reações adversas como qualquer outro procedimento.

⁵³ HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019, p. 52

Por conta disso, a transfusão sanguínea só deve ser utilizada quando não houver nenhuma outra opção terapêutica indicada para o quadro específico daquele paciente.

A *última ratio*, no direito, é uma expressão latina utilizada que significa a “última razão”, o “último recurso”.

Ou seja, a transfusão de sangue só será utilizada quando não existir outro procedimento que solucione o caso do paciente.⁵⁴

O Conselho Federal de Medicina, na sua Resolução nº 1021 de 26 de setembro de 1980⁵⁵, se posicionou no sentido de que se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. Entretanto, no caso de iminente perigo de vida, sem que haja outra medida terapêutica indispensável para salvar a vida do paciente, o médico deverá realizar a transfusão independentemente do consentimento.

Não há que se falar, portanto, em operação transfusional como praxe ou primeira opção. Ela não é.

Justamente por isso, a alegação dos praticantes Testemunhas de Jeová de que existem tratamentos e técnicas alternativas às transfusões de sangue, como a eritopoetina recombinante, já foi superada.

Existem casos que sua utilização não é indicada e apenas a transfusão poderia manter a vida do paciente.

Assim como existem outras técnicas e procedimentos que os praticantes Testemunhas de Jeová afirmam que poderiam ser utilizadas como substitutivas na transfusão sanguínea, mas, na verdade não solucionam quadros clínicos específicos, e quando forem indicados, serão sim utilizados inicialmente.

Se, com pessoas que não se opõem a receber transfusão, ela já não é utilizada desde o primeiro momento, não há de se esperar que, para aqueles que por motivos religiosos se opõem ao procedimento, será o primeiro tratamento indicado.

Não é o caso. Independente dos motivos pessoais de cada paciente, fica claro: a transfusão sanguínea nunca será a primeira opção de tratamento quando houver outro procedimento ou medicação indicada para o caso.

Nos casos dos Testemunhas, onde o paciente se opõe de forma severa à transfusão, todos os meios possíveis serão empregados antes da sua utilização, que

⁵⁴ BONEQUINI JÚNIOR, Pedro. **Manual de Transfusão Sanguínea para Médicos**. Colaboradores: Paulo Eduardo de Abreu Machado e Elenice Deffiune. Botucatu: Unesp, HC/FMB, 2017, p. 24.

⁵⁵ Disponível em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-307.html#>. Acesso em: 16 maio 2021.

só será recomendada quando estiver em jogo o bem jurídico vida. Para manutenção da vida.

Inclusive nos casos em que absolutamente incapazes sejam pacientes que tenham indicação transfusional, se buscará outras alternativas que não seja a transfusão quando forem viáveis. Não só em razão da vontade religiosa de seus representantes, mas, antes disso, por conta da regra de transfusão de sangue ser utilizada apenas em casos estritamente necessários.

A transfusão pode ser programada, aquela que determina o dia e o horário; não urgente, mas que deve ocorrer dentro de 24 horas; urgente, que deve ocorrer em até 3 horas; e a de extrema urgência, que ocorre quando a demora na transfusão pode acarretar risco de vida ao paciente.⁵⁶

Em qualquer dos casos, o paciente é informado dos riscos em potencial. E, quando não for possível a comunicação ao próprio paciente, a sua família será informada. No caso dos absolutamente incapazes, os seus responsáveis legais, em regra, seus pais.

Independente da classificação, não é demais ratificar: a transfusão só ocorrerá quando for o último recurso a ser empregado para salvar a vida do paciente, será a *ultima ratio*.

⁵⁶ BONEQUINI JÚNIOR, Pedro. **Manual de Transfusão Sanguínea para Médicos**. Colaboradores: Paulo Eduardo de Abreu Machado e Elenice Deffiune. Botucatu: Unesp, HC/FMB, 2017, p. 7.

6. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NAS NEGATIVAS DE TRANSFUSÕES DE SANGUE MOTIVADAS PELA RELIGIÃO

Como vimos, o direito à vida e à saúde são direitos fundamentais assegurados na Constituição para todas aquelas pessoas sujeitas de direitos, sem distinção de qualquer natureza.

Os absolutamente incapazes, indivíduos menores de dezesseis anos, possuem, como todos, a garantia do seu direito à vida e à saúde.

A depender da sua idade, o incapaz possui capacidade de discernimento e poder de autodeterminação, ou não, como é o caso de crianças recém nascidas, por exemplo.

No ordenamento jurídico brasileiro, em razão da incapacidade absoluta, a decisão é feita pelos seus responsáveis legais, que, em regra, são seus pais.

Em 2008 ocorreu um caso que chocou o mundo e que trata deste tema: o caso de Hanna Jones.

Hannah enfrentava desde os 4 anos um câncer. Ela tinha leucemia mielóide aguda. Após um período de quimioterapia, Hannah apresentou comprometimento no seu coração.⁵⁷

Com sua infância marcada por idas e vindas a hospitais, ao ter a notícia que seu coração estava comprometido e que precisaria de um transplante para continuar vivendo, Hannah afirmou que não queria um novo coração, que gostaria de ir para casa.

Aos 13 anos, a menina tomou sua decisão e gostaria que fosse respeitada. Contou com o apoio dos pais que entenderam que no futuro ela poderia ser submetida a um novo transplante, que o risco na cirurgia seria muito alto, fragilizaria mais ainda sua imunidade e a leucemia poderia voltar.

Uma conselheira tutelar foi ao encontro de Hannah, que se mostrou lúcida e consciente da sua decisão, fazendo a profissional se convencer de que os argumentos da menina eram coerentes.

⁵⁷ AZEVEDO, Solange. Personagem da semana: Hannah Jones, “Quero morrer com dignidade”. **Revista ÉPOCA**. 14 nov. 2008. [online]. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI17176-15215,00-PERSONAGEM+DA+SEMANA+HANNAH+JONES+QUERO+MORRER+COM+DIGNIDADE.html>. Acesso em: 16 maio 2021.

No Reino Unido, pessoas adultas têm direito de recusar tratamento médico e os pais respondem pelos tratamentos dos filhos menores. Entretanto, o médico tem o dever de avaliar a decisão tomada pela família, podendo acionar a justiça para forçar o tratamento em caso de recusa pelos responsáveis.

Após a visita da conselheira tutelar, a ação judicial que era movida para o caso de Hannah, foi arquivada.⁵⁸

Com esse caso como exemplo, discute-se que diante de cada situação fática, deve ser analisada a verdadeira capacidade e a autonomia privada dos absolutamente incapazes.

Ainda que na própria lei exista essa presunção de incapacidade pela idade, a autonomia e consentimento dos incapazes, cada vez mais, devem ser levados em consideração.

Diante de tal fato, entramos no dilema dos absolutamente incapazes que seus pais professam religião que proíbe transfusão de sangue, qual seja, os Testemunhas de Jeová.

Como visto, a transfusão de sangue, atualmente, é cercada de cuidados, procedimentos e protocolos, para se chegar no menor risco possível de uma complicação numa transfusão.

A ciência vem avançando no assunto, com técnicas, controle e sistemas, de armazenamento, testes, refrigeração, entre outros. Diminuindo assim, o risco de forma considerável da contaminação de doenças infectocontagiosas, que é uma das grandes justificativas para recusa do sangue, além da questão religiosa em si, como um mandamento divino.

Além disso, os praticantes da religião também afirmam a existência de tratamentos alternativos à transfusão de sangue, que já foi exposto nesse trabalho que, quando é possível a substituição da transfusão de sangue por outro tratamento adequado, assim é feito.

Porém, existem situações que apenas a transfusão sanguínea poderá salvar a vida do paciente, como o último recurso disponível.

⁵⁸ AZEVEDO, Solange. Personagem da semana: Hannah Jones, “Quero morrer com dignidade”. **Revista ÉPOCA**. 14 nov. 2008. [online]. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI17176-15215,00-PERSONAGEM+DA+SEMANA+HANNAH+JONES+QUERO+MORRER+COM+DIGNIDADE.html>. Acesso em: 16 maio 2021.

A transfusão autóloga não é indicada para todos os casos, assim como a utilização de fluidos que não seja sangue, dentre tantos outros tratamentos que os Testemunhas asseguram que substituem a transfusão sanguínea.⁵⁹

Será que a escolha religiosa dos pais implica na obrigatoriedade dos filhos em segui-la num momento de plena capacidade?

Não se sabe. E a solução parece ser simples. Se não há como garantir o discernimento do menor, primeiro preserva-se sua vida, para que, no futuro, venha a decidir sobre sua religião.

Nesse sentido, corroboro com a opinião de Maria de Fátima Freire de Sá, no seu livro “Autonomia para morrer – Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade”:

Em se tratando de testemunhas de Jeová, somos pela prevalência de processos universais de tratamento médico em crianças e adolescentes que necessitam de transfusão sanguínea, mesmo que seus pais professem religião que a proibam. Só assim lhes poderá ser assegurado o *exercício futuro da autonomia privada*. Entendemos, todavia, que há adolescentes que, mesmo incapazes legalmente, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ao tratamento médico preconizado. Em casos assim, esgotadas as medidas de persuasão, sua decisão deverá ser acatada, como o caso de Hannah Jones.⁶⁰

Na mesma linha, é a opinião de Manoel Jorge e Silva Neto:

É claro que não há *hard case* quando a recusa é feita pela família de paciente menor de idade, absoluta ou relativamente incapaz, pois ninguém está autorizado a promover opção de natureza irreversível por outrem. É o que chamamos de *princípio da reversibilidade da opção*, aplicável tanto para as questões nacionais relativas aos seguidores da religião TESTEMUNHAS DE JEOVÁ quanto à extirpação clitoriana realizada em alguns países do continente africano.⁶¹

Percebe-se que há uma linha de pensamento que defende o direito à vida do incapaz quando se encontra em conflito com o direito da liberdade religiosa de seus pais.

Aqui, não se discute a possibilidade de um maior, capaz e com discernimento, optar pela não realização da transfusão de sangue em caso de vida ou morte. Nesse

⁵⁹ Sem Sangue: A Medicina Encarou o Desafio. 2003. 1 vídeo (29 min). Publicado pelo site oficial das Testemunhas de Jeová. [online]. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/biblioteca/videos/sem-sangue-medicina-encarou-desafio/>. Acesso em: 14 maio 2021.

⁶⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 173.

⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e Silva. **A liberdade religiosa em questão**. Bahia: Paginae, 2014, p. 39.

caso, acredita-se que o indivíduo tem poder de decidir sobre o conflito entre tais direitos fundamentais.

Nesse sentido, sempre que existir outras vias de tratamento médico que poderá ser utilizado para substituição da transfusão, assim será feito.

Entretanto, quando for o caso de o paciente envolvido não ter poder de consentimento, como a legislação brasileira trata os incapazes, deve ser garantido o direito à vida e à saúde deles, para que, no futuro, possam exercer seus outros direitos fundamentais, como escolha de crenças e religião.

Do contrário, estaremos diante de uma clara violação ao direito à vida e à saúde dos absolutamente incapazes nas negativas de transfusão de sangue motivadas pela religião.

7. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são assegurados na Constituição para todo e qualquer indivíduo, sem distinção de qualquer natureza, com o objetivo de garantir uma vida digna às pessoas.

O art. 5º, caput, traz o direito à liberdade como um direito fundamental, englobando assim, a liberdade de consciência e crença. Sendo, a primeira, entendida como o direito de cada um de aderir ou não a uma religião, e a segunda, mais restrita, associada ao direito de se crer, de escolher ou de mudar sua religião.

O Estado laico brasileiro garante uma separação entre a Igreja e o Estado, contribuindo para o aumento das minorias religiosas no país. Com isso, a liberdade religiosa, também garantida como direito fundamental, se torna um direito de suma importância.

A liberdade religiosa abrange a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de culto e de organização religiosa. A liberdade de culto é a possibilidade de exteriorização de sua crença, enquanto a liberdade religiosa garante a livre criação, ordenação do funcionamento de cada organização.

O princípio da autonomia privada, neste trabalho, é considerado como a possibilidade de autodeterminação de cada um, onde os limites surgem apenas em uma situação de danos a terceiros.

No caso de conflito entre direitos fundamentais, a solução encontrada pelo legislador brasileiro é baseada no método da proporcionalidade e razoabilidade, onde busca-se definir qual direito se sobrepõe ao outro em cada circunstância, sempre tentando não permitir o esvaziamento completo de qualquer um deles.

No direito brasileiro, a partir do nascimento, o sujeito adquire personalidade jurídica. Possuindo, portando, capacidade de gozo, que é a capacidade de possuir direitos e contrair obrigações.

Entretanto, a capacidade de fato é a possibilidade de exercer pessoalmente esses direitos adquiridos na capacidade de gozo. E, não é alcançada imediatamente com o nascimento, pois existem limitações orgânicas ou psicológicas para o seu pleno exercício.

Para o direito civil, após o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, são absolutamente incapazes os menores de 16 anos. Ou seja,

para praticar determinados atos da vida civil, devem estar acompanhados dos seus responsáveis legais, que são, na maioria das vezes, seus pais.

A incapacidade relativa diz respeito aquelas pessoas situadas em zona intermediária, que não possuem total capacidade de discernimento e autodeterminação. São assim considerados: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios naturais e os viciados em tóxicos; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; d) os pródigos.

No caso dos absolutamente incapazes, a decisão decorre dos seus responsáveis legais, entretanto, sempre devendo ser observado os interesses do menor, demonstrando a importância do reconhecimento da sua autonomia, mesmo que de forma limitada e diante de cada circunstância fática.

O poder de discernimento dos incapazes varia diante de cada caso concreto, pois, não tem a mesma capacidade de discernimento e autodeterminação uma criança de 1 ano e um adolescente de 15 anos, por exemplo.

Sob à luz do caso concreto deve ser sempre observado o interesse do menor, e, nas situações viáveis e que possuam esse poder de discernimento, ressalta-se a importância da escuta da vontade do incapaz.

Neste contexto do poder de discernimento dos incapazes surge a grande questão da recusa das transfusões de sangue, em incapazes, em razão dos motivos religiosos dos seus representantes legais.

A Pensilvânia, nos Estados Unidos, foi o berço dos Testemunhas de Jeová, onde tudo começou de forma pequena e foi ganhando adeptos com o passar do tempo.

No Brasil, sua origem foi marcada a partir do ano de 1918, com a chegada de tripulantes ao território brasileiro. Hoje, já são mais de 1 milhão de adeptos à religião no país, de acordo com o Censo de 2010.

Para os Testemunhas de Jeová, a recusa nas transfusões de sangue é em razão de mandamentos divinos, presente em seus escritos desde a Bíblia, como também no livro do Ato dos Apóstolos.

Nesses escritos, as partes que fazem referência ao uso de sangue estão sempre associadas ao sangue animal, porém, os adeptos afirmam que o sangue para uso medicinal já era usado há muitos e muitos anos, desde a época em que foram escritos tais livros, e, por isso, também se referem as transfusões sanguíneas.

Além da questão religiosa em si, os Testemunhas trazem como oposição à transfusão, a ideia da insegurança no procedimento, no sentido de trazer risco aos

pacientes, tanto de vida quanto de contágio de doenças infectocontagiosas, devido ao uso do sangue.

A primeira transfusão sanguínea de que se tem notícias ocorreu no século XIV, onde foi utilizado sangue de animal para injetar em uma pessoa doente. Claramente sem sucesso, a primeira transfusão entre humanos e membros da mesma espécie, onde foi possível demonstrar a sua viabilidade, só ocorreu mais de quatro séculos mais tarde.

Após a Segunda Guerra Mundial, em razão da alta demanda por sangue durante a Guerra, o número de bancos de sangue cresceu em todo o mundo, assim como o número de transfusões.

O avanço da ciência foi de suma importância para a busca de transfusões cada vez mais seguras e com menos riscos, principalmente do que diz respeito a descoberta do Grupo ABO e o fator Rh do sangue.

Com tal informação, a seleção do sangue para cada paciente se tornou muito mais eficaz e segura.

Além disso, a segurança das transfusões vai além de ser apenas na seleção do sangue. Ocorre, desde a escolha do doador, aos testes realizados, a forma de armazenamento e estocagem até o momento final da administração do sangue no paciente.

Como qualquer outro procedimento médico, possui situações adversas que podem ocorrer, mas são cada vez mais raras devido ao aprimoramento da segurança nas transfusões. Na maioria dos casos em que algum risco adverso ocorre, a conduta necessária é a interrupção imediata da transfusão.

Entretanto, o risco de contaminação por doenças infectocontagiosas, com HIV, que alegam os Testemunhas de Jeová como de alto risco, são, hoje em dia, risco quase zero, devido a todos os cuidados aplicados no processo para que ocorra a transfusão.

Por ser um tratamento invasivo, a transfusão de sangue não é o procedimento escolhido desde o primeiro momento.

Independente da vontade do paciente, de ser contra ou a favor da transfusão, ela só será utilizada como o último recurso disponível, para manutenção da vida e o como o único tratamento indicado no caso.

Sempre que houver procedimentos eficazes que substituam a transfusão, serão utilizados, *a priori*. Porém, os tratamentos alternativos às transfusões, que os

Testemunhas de Jeová costumam trazer como possibilidades substitutivas de transfusão, não são indicados em todas as situações.

Discute-se então, a violação do direito à vida e à saúde do absolutamente incapaz quando a recusa do seu tratamento decorre de motivos religiosos de seus pais.

Sem vida, o menor não poderá exercer sua liberdade religiosa, de consciência e de crença no futuro, não podendo ter sua vida ceifada por motivos alheios aos seus, mesmo que sejam de seus representantes legais.

Desta forma, a negativa da transfusão de sangue em incapazes por seus representantes legais, Testemunhas de Jeová, se configura uma clara violação ao direito à vida e à saúde do menor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZEVEDO, Solange. Personagem da semana: Hannah Jones, “Quero morrer com dignidade”. **Revista ÉPOCA**. 14 nov. 2008. [online]. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI17176-15215,00-PERSONAGEM+DA+SEMANA+HANNAH+JONES+QUERO+MORRER+COM+DIGNIDADE.html>. Acesso em: 16 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BÍBLIA. **Atos dos Apóstolos, capítulo 15**. In: Bíblia Sagrada. [online]. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/atos-dos-apostolos/15/>. Acesso em: 10 maio 2021.

BÍBLIA. **Gênesis, capítulo 9, versículos 3 e 4**. In: Bíblia Sagrada. [online]. Disponível em: <https://www.churchofjesuschrist.org/study/scriptures/ot/gen/9?lang=por>. Acesso em: 15 maio 2021.

BIGNON, Deivinson Gomes. **Testemunhas de Jeová: Podemos crer no que dizem?**. Rio de Janeiro, junho de 2000 [*Livro Eletrônico*]. Disponível em: <http://www.rochaeternaipb.com/ebook/004.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

BONEQUINI JÚNIOR, Pedro. **Manual de Transfusão Sanguínea para Médicos**. Colaboradores: Paulo Eduardo de Abreu Machado e Elenice Deffiune. Botucatu: Unesp, HC/FMB, 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, 16 jul. 1990. Retificado em 27 set. 1990. [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Diário Oficial da União**: Brasília, seção 1, edição 25, p. 37, 05 fev. 2016. [online]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 16 maio 2021.

CASTRO, Eduardo Goés de. **A torre sob vigia: As Testemunhas de Jeová em São Paulo (1930-1954)**. Dissertação (Mestrado em História Social) – Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2017.

COSTA NETO, José. **Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral 1**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños: daños a las personas (integridade sicofísica)**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

HEMATO: As plaquetas e a Hemostasia (vol. 4). Medgrupo – Ciclo 1: Medcurso. Editora Medyn, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. [online]. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

LUCÁN, María Ángeles Parra. **La autonomia privada em el derecho civil**. Navarra, Espanha: Thomson Reuters, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. t. IV. Editora: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais (Volume I)**. São Paulo: Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e inconstitucionalidade (Volume II)**. São Paulo: Almedina, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. [online]. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 46, p. 126-140, 2009. [online]. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf
. Acesso em: 18 fev. 2017.

REDE de Comissão de Ligação com Hospitais para as Testemunhas de Jeová.
Folder. *Site oficial das Testemunhas de Jeová*. 2012. [online]. Disponível em:
<https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/estrategias-downloads/comissoes-ligacao-hospitais-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 12 maio 2021.

REVISTA ROCHENEWS, ano 18, n. 5, outubro/novembro 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia para morrer**: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

Sem Sangue: A Medicina Encarou o Desafio. 2003. 1 vídeo (29 min). Publicado pelo site oficial das Testemunhas de Jeová. [online]. Disponível em:
<https://www.jw.org/pt/biblioteca/videos/sem-sangue-medicina-encarou-desafio/>. Acesso em: 14 maio 2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge e Silva. **A liberdade religiosa em questão**. Bahia: Paginae, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira LTDA, 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. **Manual para o Uso Racional de Sangue**. UFSC, 2017 [online]. Disponível em: <http://www.hu.ufsc.br/setores/banco-de-sangue/wp->

<content/uploads/sites/39/2017/11/Manual-completo-web-min.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.