

Scientific Electronic Archives

Issue ID: Sci. Elec. Arch. Vol. 10 (6)

December 2017

Article link

<http://www.seasinop.com.br/revista/index.php?journal=SEA&page=article&op=view&path%5B%5D=481&path%5B%5D=pdf>

Included in DOAJ, AGRIS, Latindex, Journal TOCs, CORE, Discoursio Open Science, Science Gate, GFAR, CIARDRING, Academic Journals Database and NTHRYS Technologies, Portal de Periódicos CAPES.



A responsabilidade civil na relação médico-paciente em observância às questões religiosas

Civil responsibility in the medical-patient relationship in observance to religious questions

I. G. Silva¹, S. F. S. Moraes², S. C. D. Pereira¹

¹Faculdade Unic, Campus de Rondonópolis

²Universidade Federal de Mato Grosso, Campus Sinop

Author for correspondence: ingrid_gabs@hotmail.com

Resumo. Este estudo objetiva sanar a dúvida no âmbito constitucional acerca do dever/responsabilidade do médico frente ao conflito acerca da transfusão de sangue das testemunhas de Jeová à luz dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Especificamente, o trabalho visa produzir os esclarecimentos necessários para uma melhor compreensão de como o direito trata a responsabilidade civil médica frente a liberdade de crença dos indivíduos. Assim, o estudo mostrará o que é um ato ilícito passível de responsabilização e até que ponto a religião pode interferir na vida de um paciente, de maneira a refletir sobre as hipóteses em que a dignidade da pessoa humana é atingida, e se essa intervenção será positiva ou negativa, e assim concluir, respondendo ao tema do presente esboço científico. A metodologia utilizada foi essencialmente hermenêutica, tendo por base as análises e os comentários de textos doutrinários e dispositivos normativos acerca do tema.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil. Relação médico-paciente. Direitos fundamentais. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová.

Abstract. This study aims to remedy the constitutional doubt about the physician's duty / responsibility in the face of the conflict over the blood transfusion of Jehovah's Witnesses in the light of fundamental rights and the dignity of the human person. Specifically, the paper aims to produce the necessary clarifications for a better understanding of how the law treats civil liability against the freedom of belief of individuals. Thus, the study will show what is an unlawful act that can be held accountable and to what extent religion can interfere in the life of a patient, so as to reflect on the hypotheses in which the dignity of the human person is reached, and whether this intervention will be Positive or negative, and thus complete, responding to the subject of the present scientific outline. The methodology used was essentially hermeneutic, based on the analyzes and comments of doctrinal texts and normative devices on the subject.

Keywords: Civil Liability. Physician-patient relationship. Fundamental rights. Transfusion of blood in Jehovah's Witnesses.

Contextualização e Análise

O presente trabalho estuda no contexto legal os princípios que regem a relação médico/paciente, levando em conta se a responsabilidade civil poderá punir o médico por tratar de paciente contra a sua vontade.

Hodiernamente, os profissionais da medicina vêm sendo constantemente demandados, por praticar atos que, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, vão contra a

liberdade individual do paciente, visto que este preferiria a morte ao tratamento recebido, pois apesar de salvá-lo, diverge de seus preceitos religiosos.

Com efeito, este ensaio parte de uma proposta de compreensão dos conflitos de direitos e princípios, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à vida e a liberdade de crença, de maneira que esmiúça o posicionamento atual da doutrina e da

jurisprudência sobre a referida problemática.

Para se obter a melhor compreensão e clareza sobre a temática apresentada, será desenvolvido o método de pesquisa documental, e como método de abordagem o indutivo, ou seja, o de pesquisa teórica, com pesquisas de doutrinas e jurisprudências, revisão de obras literárias e consultas à legislação.

Dessa forma, o trabalho discorrerá sobre as várias facetas da responsabilidade civil, sobre as relações médico-paciente, o breve contexto histórico da medicina e quais os atos ilícitos que podem ser praticados pelo médico que serão indenizáveis. Após será dissertado breves relatos sobre o histórico e costumes das comunidades existentes da religião das testemunhas de Jeová, e porque eles não aceitam transfusão de sangue ou transplante de órgãos.

Responsabilidade Civil - Contexto Histórico – O Surgimento e Evolução até os Dias Atuais

A teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, com a criação do Código Civil Francês, que segundo Diniz, (2007, pp. 11-12), teve como pioneiro “o jurista francês Domat, responsável pelo princípio da geral da responsabilidade civil, influenciado quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento da culpa”.

Gagliano (2014) informa que a ideia de responsabilidade civil dentro de um dispositivo normativo teve origem francesa, a qual influenciou outras legislações, inclusive a Brasileira atual. O cenário francês embrionário da tecnização dos tempos modernos serviu de referência para a evolução do conceito de responsabilidade que se utiliza na doutrina brasileira.

Para a supramencionada doutrinadora, o motivo principal que levou ao aperfeiçoamento do instituto da responsabilidade civil, foi a humanização, tendo em vista que a Revolução Industrial ao alavancar a sociedade moderna gerou fatores que acarretaram risco a saúde humana. O que ocasionou o desafio de se pensar na responsabilidade civil como um mecanismo de garantia da segurança dos direitos do homem, dentre eles, o da integridade física.

Com o passar dos anos e a evolução legislativa, os parlamentares e os juristas se depararam com casos que envolviam nova abordagem, a da teoria subjetiva, que por sua vez, exigia prova de culpa ou dolo do agente causador do dano, e, por consequência o dever de indenizar, tal qual aponta Gonçalves, (2011, p. 27), “O Código Civil de 1.916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns casos, porém, presumia a culpa do lesante (arts. 1.528, 1.529, dentre outros)”.

Finalmente, após tantas alterações evoluções em relação à responsabilidade, o Código Civil de 2002, consagrou o princípio da

responsabilidade com base na culpa, tal qual alude o art. 927 do referido *Códex*, gerando por correlato a definição do ato ilícito no artigo 186. Tal situação é comentada por Gonçalves (2001, p. 29 – 30), “a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de um indivíduo, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas para evitar o dano”.

Frente ao exposto desta sucinta digressão histórica, pertinente estudar de forma mais aprofundada o conceito do instituto da Responsabilidade Civil.

Conceito de Responsabilidade Civil

No atual ordenamento jurídico, mais especificamente no título IX do atual Código Civil, há artigos que descrevem os casos em que surge o dever obrigacional de indenizar, que vai do artigo 927 até o artigo 954, respectivamente.

De modo mais sucinto, a doutrina não diverge muito sobre o assunto, modificando em seus conceitos, apenas alguns pontos referentes a incidência de culpa ou dano, e o nexo de causalidade entre ambos.

Pontual citar a visão de alguns doutrinadores acerca do conceito de Responsabilidade Civil, *in verbis*: (...) a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa por ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p. 35)

Para a supracitada desembargadora aposentada, qualquer ato que possa gerar algum tipo de dano à terceiro, seja um dano moral ou patrimonial, gera a obrigação de reparação, e toda e qualquer relação humana pode gerar o dever de indenizar, basta que o dano seja caracterizado.

Gagliano (2014) conceitua que o início do instituto foi em Roma, no qual se vinculava os devedores em contratos verbais. Fator este, que trazendo à baila o conceito para a atualidade, se define a responsabilidade como sendo uma obrigação derivada e sucessiva, na qual o dever nasce quando alguém infringe alguma regra gerando correlatamente lesão à outra pessoa.

Desta forma, tem-se que todos os indivíduos de uma sociedade possuem direitos e deveres, mas, de acordo com as conceituações acima esposadas, observa-se que o dever de indenizar nasce de um dano que provoque algum tipo de prejuízo a alguém, ou seja, o dano é decorrente de um direito violado, que cause por consequência o dever de reparar o prejuízo.

Igualmente, vislumbra-se que, para que se caracterize a incidência do dano, e consequentemente o dever de indenizar, o fator que faz nascer a obrigação de indenizar é um ato ilícito ou lícito, que é feito por um indivíduo mediante uma

ação, omissão voluntária, negligência ou imperícia, que vem a causar dano a outrem, moral o material.

Responsabilidade Civil Versus Responsabilidade Penal

A par do conceito de Responsabilidade Civil, importante entender a diferença entre a Responsabilidade Civil e a Criminal, uma vez que o tema do presente trabalho gira em torno de ambas as responsabilidades, e para que se entenda melhor, se faz necessária tecer algumas sucintas considerações em relação aos dois institutos.

Como já mencionado retro, na época em que ainda não existia um ordenamento jurídico que separava os dois regulamentos, havia somente a reparação vinda de uma condenação criminal, ou seja, não se tratava de obrigação de “pagar”, “indenizar”, mas de punir o ofensor causador do dano. Assim, com as inovações trazidas pela Lei de Talião, começava-se a pensar em pagamento como forma de reparação. Nesta confluência, mister citar Gonçalves (2011, p. 41), *in verbis*: “A Lex Aquilia, começou a fazer uma leve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única fora de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos”.

Oportuno acrescentar que o poder público, apesar de começar a intervir nas relações obrigacionais, ainda tratava a indenização como forma de punição ao agente que violasse direito alheio, somente vindo a separar os dois posteriormente, tal qual preleciona Diniz (2007, p. 11).

Gonçalves, (2010), acrescenta o seguinte apontamento, “No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse do lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação”.

Diante disso, tem-se que os dois institutos ainda se distinguem sob outros aspectos, vez que a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, respondendo o réu com a privação de sua liberdade. Posto que, esta é a forma de reparar o dano, uma vez que o bem lesado foi o social em detrimento do pessoal.

No que tange à responsabilidade civil, esta não se trata de réu, mas vítima, e é mais ampla, segundo a regra “*In Lex Aquilia et Levissima culpa venit*”, (no cível, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar). Conquanto, na esfera penal é o contrário, pois de acordo com Gonçalves (2010, p. 43), “Na esfera criminal nem toda culpa, acarreta, a condenação do réu, pois se exige que tenha certo grau ou intensidade”.

Já para Rodrigues, (2006, p. 06), a diferença entre os regulamentos é que no âmbito penal há a infração de uma norma de direito público, perturbando por consequência a ordem social, sendo a reação da sociedade expressa pela pena, enquanto na cível, o interesse atingido é o privado.

Assim, na esfera cível, o agente será punido não por ter infringido uma norma, mas por ter causado danos a uma pessoa, sendo essa “punição” a reparação do dano.

E para finalizar este tópico, é preciso salientar que existe a possibilidade na qual o ato ilícito, dependendo de sua gravidade, e suas consequências, repercute tanto na esfera cível quanto na esfera criminal, pois além de o ato ilícito infringir uma norma que tenha em sua tipificação o ato como crime, e pelo mesmo ato acarretar prejuízo a terceiro. Dessa forma, haverá a punição impondo a pena ao agente e acolhendo o pedido de indenização a que cabe a vítima.

Reponsabilidade Objetiva e Subjetiva

A responsabilidade estava fundamentada na ideia de culpa, pois a incidência desta é a que gerava o dever de indenizar. Assim, a responsabilidade era “subjetiva”, uma vez que não havendo culpa, não havia responsabilidade. Desta forma, tal regra era pressuposto necessário do dano indenizável, de modo que o dano somente se configuraria se o autor agisse com dolo ou culpa, sendo esses dois – prova do ato ilícito praticado pelo mesmo que veio a violar direito alheio ou gerar prejuízo material ou moral a outrem.

Com o surgimento da teoria do risco, levou-se em consideração situações em que não eram necessárias a incidência da culpa para que houvesse a responsabilização do indivíduo, aparecendo então o conceito de responsabilidade objetiva e subjetiva. Desta forma, Gonçalves (2011, p. 48) elucida que: Diz-se, pois ser “subjetiva”, a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a reponsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, reparação de um dano cometido se culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independente de culpa.

Complementando a ideia acima referida, Rodrigues, (2006, p. 11), ao explanar a sua concepção de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, diz que ambas não são diferentes, mas a maneira de se encarar a obrigação de reparar o dano é que as diferencia, pois “realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco”.

De acordo com Rodrigues (2006, p. 11), quando se trata de responsabilidade subjetiva, é indispensável que haja a prova da culpa do autor do dano, para que possa surgir o dever de indenizar

assim, “a responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito”, e quando a responsabilidade é objetiva, a atitude culposa ou dolosa do causador do dano é irrelevante, uma vez que, existindo a relação de causalidade entre o dano suportado pela vítima e a ação do agente, haverá o dever de indenizar, independentemente de o sujeito ter agido com ou sem culpa. Rodrigues (2006, pp. 11- 12) complementa o seu argumento, *in verbis*: “A teoria de risco é da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa”.

Podemos concluir então, que a diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, é que na primeira, deve haver a prova de que o agente causador do dano agiu com culpa ou dolo, ou seja, o ônus da prova é da vítima, devendo esta comprovar que outrem praticou o ato danoso em seu detrimento, haja vista que a obrigação de indenizar e o direito de ser indenizado surgem apenas se evidenciado o dolo ou a culpa do autor que tiver ocasionado o dispêndio, enquanto que, na segunda, independe da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, pois apenas existindo o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano experimentado pela vítima, mesmo que o auto causador não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizar a vítima, independentemente de ser uma modalidade de responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Ainda explanando sobre os tipos de Responsabilidade Civil e em quais circunstâncias esta abrange, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual, visto que no âmbito da relação médico-paciente (objeto deste trabalho), esporadicamente é vislumbrado situações em que o dever de indenizar pode nascer de uma relação contratual (quando há um contrato entre ambos, onde assumem mutuamente direitos e deveres) e situações em que embora não haja um contrato pré-estabelecido entre um e outro, o dever de reparar o dano surge quando um age com culpa.

É certo que de forma geral, a responsabilidade e o dever de indenizar nascem quando demonstrada a culpa do agente provocador do dano. Não obstante, esse dever às vezes pode derivar do inadimplemento de uma obrigação de fazer ou de uma simples conduta adversa que viole a lei e gere o dano.

Salienta-se que a divisão mais didática separando a Responsabilidade Civil Contratual da Extracontratual ou *aquilliana* é dada por Gagliano (2014, p. 61), nos termos: Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do

agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Em complemento ao supramencionado, Gagliano (2014, p. 61) classifica a responsabilidade Civil contratual e extracontratual da seguinte forma: Tradicionalmente, o nosso Direito Positivo adotou essa classificação bipartida, consagrando regras específicas para as duas espécies de responsabilidade, com características próprias Responsabilidade Contratual – Arts. 389 e s., e 395 e s.; Arts. 1.056 e s. e 956 e s. Responsabilidade Extracontratual – Arts. 186 a 188, e 927 e s.; Arts. 159 e 1.518 e s.

Ademais, Gagliano (2014, p. 62) sustenta que: Com efeito, para caracterizar a responsabilidade Civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil *aquilliana*, a culpa deve ser provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo a vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *ônus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma excludente do elo de causalidade.

Por sua vez, Gonçalves (2010, p. 44) acrescenta que: Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado de contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro a seu destino, são e salvo. Se no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389, do Código Civil. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu; com o ator que não comparece para dar o espetáculo contratado, enfim todas as espécies de contratos não cumpridos. Quando responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Nesse caso, aplica-se o disposto no art. 186, do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa m sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a reponsabilidade

derivada de ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Prossegue, descrevendo que apesar das duas espécies de responsabilidade, ambas praticamente possuem a mesma solução para seus aspectos, uma vez que, tanto para uma como para outra, em essência, o que se quer para a configuração da responsabilidade é a presença das condições que a demonstre: o dano, o ato ilícito e a causalidade, ou seja, o nexo de causalidade entre os primeiros efeitos.

Assevera que, no entanto, algumas características ainda as diferenciam, tal qual o ônus da prova. Com efeito, se a responsabilidade é contratual, o credor, portanto, só estará obrigado a demonstrar que a obrigação foi descumprida, somente não sendo o devedor condenado a reparar o dano, se comprovar a ocorrência das excludentes admitidas em lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior cabendo, a si, o *onus probandi*.

Por fim, se acrescenta a concepção de responsabilidade civil contratual e extracontratual apontada pelo Venosa, sendo que a sua vertente visualiza a responsabilidade sob a óptica semelhante a do Coelho, considerando que nem sempre se evidencia a existência de um contrato ou negócio, visto que as duas classificações de responsabilidades muitas vezes de interpenetram não sendo totalmente distintas, já que quem transgredir um dever de conduta, com ou sem convenção, pode ser obrigado a ressarcir o dano. Menciona que o dever “violado é o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual”. (VENOSA, 2010, p. 23).

A Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor

O conceito entre o médico e o paciente se transformou, uma vez que, de grandes amigos passaram a tão somente cliente e prestador de serviço.

Dessa forma, assim como a função do médico de hoje é a de prestar seus serviços, se visualizou que para ocorrer uma prestação de serviços é necessário que haja contrato, e por consequência relação de consumo. Destarte, Gonçalves, (2011, p. 256) argumenta que, como toda relação de consumo, as partes, para que haja a mútua obrigação de deveres, bem como para que haja a prestação de serviço, deve haver um contrato.

Assim, Gonçalves, (2011, p. 256), inspirado por Savatier, explica que, como a responsabilidade do médico decorre de uma responsabilidade contratual, ela poderá, dependendo do caso ou do contrato, ser objetiva ou subjetiva, sendo que o que vai definir é o que foi estabelecido no contrato, e em até que ponto o médico se comprometeu.

Em regra, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, visto que decorre de uma obrigação de meio (artigo 14, §4^o do Código de

Defesa do Consumidor). Por esta razão, para que haja responsabilização do profissional, é necessário que a vítima que sofreu o dano, demonstre que o profissional da medicina com seus atos contribuiu de forma dolosa ou culposa para o resultado danoso, haja vista não ter utilizado dos conhecimentos técnicos e científicos que de que tinha para curar ou reabilitar o paciente. Não basta a alegação simples de erro e prejuízo, mas de todos os elementos que ocasionaram o prejuízo.

A responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. No caso em questão, em regra a responsabilidade do médico é subjetiva, visto que a obrigação por ele assumida é a de meio e não de resultado, pois, seu dever é tão somente a prestação de cuidados, conscienciosos e atentos, com o emprego de toda ponderação necessária para o progresso do paciente. Venosa (2014, p. 147) argumenta que, “o médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma e honradez e perspicácia, lenitivo ou minoração do mal do paciente”.

O médico deve prestar os seus serviços com zelo, cuidado. Apenas se verificará o erro quando ocorrer o desvio de comportamento, sendo a imprudência, a negligência e a imperícia. Igualmente, foi verificado que a responsabilidade civil do médico não decorre do mero insucesso ou insatisfação com o tratamento, mas da prática atos contrários a ensejar o seu sucesso.

Para tanto, o artigo 14, §4^o, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que a responsabilidade dos profissionais liberais, somente será apurada mediante a verificação da culpa.

No pensamento de Gagliano (2014, p. 274), a obrigação de meio, por sua vez, exige que o agente empregue determinados meios na consecução de um resultado, (como os cuidados e as técnicas necessárias, para se garantir a cura), sem, contudo, for obrigado a garanti-lo. A obrigação de resultado, por outro lado, é a que o profissional deve alcançar determinado resultado, pois é obrigado a tê-lo.

Quando a obrigação assumida pelo médico for de resultado, a responsabilidade então será objetiva, uma vez que se compromete a realizar determinado fim. Nesta, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido para caracterizar o descumprimento do pactuado, independentemente das razões que levou o indivíduo a cometer o ato danoso, cabendo ao mesmo, provar o caso fortuito ou a força maior, para que possa se exonerar da responsabilidade.

É o que acontece nos casos de cirurgia plástica ou qualquer outra cirurgia tratamento da mesma natureza, pois segundo Rodrigues (2008, p. 252), “no caso de cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia.”.

É, portanto, o contrário da obrigação de meio, pois o credor (lesado, paciente) é que deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Logo, tanto na responsabilidade delitual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meio, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto (art. 159), seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida.

Finalizando, então a concepção de responsabilidade médica, quanto a certo tratamento terapêutico, com base no já mencionado acima, pode-se concluir que a responsabilidade médica por ser em regra de meio e excepcionalmente de resultado, pois o profissional, no ato da prestação de serviços deve na realidade a se comprometer a agir e cuidar do paciente com zelo, diligência e carinho adequados, empregando todos os meios de sua arte com o fito de curar o paciente ou ajudá-lo a melhorar, de modo que, caso venha a falecer, ao menos foram tomadas todas as providências necessárias para tentar evitar o triste fim, não havendo que se falar em responsabilização.

Após este recorte epistemológico, é possível recortar a questão da responsabilidade médica em casos de transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, de modo a classificar as hipóteses em que o agir médico se configurará enquanto ato ilícito.

Atos Ilícitos de Práticas Médicas em Transfusão de Sangue e Transplantes de Órgãos

A responsabilidade civil, como já explanado no capítulo anterior, consiste no dever que tem o autor do dano de indenizar o prejudicado pelos danos que a este causou. Pois quando uma pessoa transgredir as normas, gerando com seu ato ilícito prejuízo a outrem, entra na seara da responsabilidade jurídica.

Nesse sentido, o quem vem a ser, no caso concreto, ato ilícito? Quando um médico no cumprimento de seus deveres si da legalidade de seus atos e entra na esfera indenizável?

É ato ilícito, portanto, quando o médico realiza tais procedimentos sem a devida autorização do paciente, devendo, sempre que o caso apresentar mais de uma solução de tratamento ou outro procedimento que não interfira na individualidade do paciente.

Assim se contempla que o médico quando pratica um ato sem o consentimento do paciente ou agindo de forma contrária ao que dispõe o Código de Ética Médica, aí estará a cometer um ato ilícito passível de responsabilização.

É importante ressaltar que mesmo havendo concordância prévia do paciente, esta permissão não extingue totalmente a responsabilidade do profissional. Nem a recusa do paciente em se

sujeitar ao tratamento urgente envolvendo perigo de vida afasta integralmente o dever de diligência e cuidado que cabe ao mesmo observar ao proceder com o tratamento, visto que o principal objetivo é manter a vida do paciente.

Como regra geral, todo e qualquer dano causado pelo exercício de uma atividade profissional gera o dever de indenizar. Por exemplo, se o médico faz uma cirurgia perigosa e, além de não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o se procedeu com determinado tratamento recusado pelo paciente, sabendo existir outras formas de cura, sem que agredisse os direitos fundamentais do cliente incorre na responsabilização, pois agiu ilicitamente, e dessa prática ilícita e dolosa gerou um dano a outrem.

Quanto aos membros de uma equipe médica, são de modo igual responsável pelo erro em relação ao paciente, mas cada qual em sua área de atividade. Cabe ao chefe líder ou responsável supervisionar a conduta de cada um dos membros da equipe médica. Pois, caso algum membro contrarie suas ordens, responderá individualmente pelas consequências de sua prática, sendo que um dano advindo para o paciente por problema surgido durante a cirurgia será suportado pelo médico cirurgião chefe, enquanto que se o dano teve como causa a prática de um médico em específico, a responsabilidade então deverá ser suportada somente pelo praticou o ato isoladamente.

Por fim, salienta Gagliano, (2014, p. 279) que a recusa do paciente em sujeitar-se a determinados tipos de procedimentos médicos, somente quando o quadro do paciente não apresentar risco de vida é que deverá ser respeitada a sua vontade, uma vez que se fizer o contrário, o médico poderá estar constringendo ilegalmente o paciente.

Independentemente da iminência de risco de vida, a vontade do paciente encontra respaldo nos princípios da liberdade religiosa, da autonomia da vontade e autodeterminação, na dignidade humana e até mesmo no princípio da legalidade, devendo ser a recusa respeitada de forma absoluta, pois havendo riscos a vida do paciente, primeiro o mesmo deve ter a ciência quanto às consequências de sua recusa, para, posteriormente, colher-se o seu consentimento ou negativa (de preferência por termo escrito).

Sendo que o profissional somente poderá intervir ante a vontade do paciente quando for para evitar uma possível responsabilidade por parte deste - e a recusa persistir, importante (caso entendam os profissionais e estabelecimento que devam lutar pela vida do mesmo), o auxílio e a manifestação do Poder Judiciário poderá autorizar a intervenção forçada no paciente para evitar eventual ação indenizatória posterior.

Posto isto, se descortina a introdução para o tema matriz deste trabalho, qual seja, conflito no

âmbito da liberdade de criação, do direito à vida à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Direito à Vida, a Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade de Crença

A princípio, temos o direito à vida, palavra, termo ou expressão que nos remete primeiramente à bíblia sagrada, para lembrar que Deus criou a luz (dia), o firmamento (céu), a terra, o mar, o sol, a lua e as estrelas. Vendo que tudo isso, mesmo sendo maravilhoso, não era suficiente, criou então a vida, primeiro a vida vegetal (ervas, sementes, árvores, frutos) e depois criou a vida animal (pássaros, baleias, peixes, animais domésticos, répteis e feras). Coroando seu trabalho, criou então o homem e a mulher, tendo soprado sobre eles um sopro de vida, tornando-os seres viventes. (Gênesis, 1- 2).

Atendendo a este aspecto soberano em que a vida humana foi criada, o direito à vida foi consagrado constitucionalmente, como direito fundamental, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade. Assim, este consiste não só no direito de não ser morto pelo Estado ou algum particular, mas também a uma vida digna, ou seja, também é uma projeção do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, C.F.) (BRASIL, 1998).

Este direito não se sintetiza ao viver, na verdade diz respeito à maneira em que se vive a *dignidade do viver*. O direito à vida não possui somente um aspecto físico (conservação biológica do corpo), mas abarca, sobretudo, elementos emocionais, espirituais e morais.

Com esta disposição o legislador constituinte quis dar a conhecer que, num Estado de Direito Democrático, o direito à vida adquire uma posição de supremacia face aos demais direitos, e assim confere uma elevada dignidade à pessoa humana, porquanto todos os restantes direitos sejam eles direitas liberdades e garantias ou somente direitos fundamentais devem ceder perante a inviolabilidade da vida humana.

Igualmente, o direito à vida é um direito que não interessa apenas ao indivíduo, mas sim a toda a coletividade: a vida humana é algo de igual importância para todas as pessoas, já que vale tanto como a própria pessoa quanto para outras, possuindo, desta forma valor social.

Dentre os princípios fundamentais gerais expressos na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana vem estabelecido no art. 1.º, este princípio é considerado pela maioria dos doutrinadores como fundamento essencial que rege os demais princípios. Por isso, o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da democracia.

Quanto a liberdade de crença, temos que a Constituição brasileira de 1824 previa explicitamente que a religião católica era a religião oficial do império, sendo autorizado o culto das

demais religiões, desde que fossem realizados por meio do denominado culto doméstico, sem propagação pública, podendo ser realizadas somente no interior das residências dos seus fiéis.

De acordo com KARAM, (2009), O Estado não está autorizado a adotar uma religião oficial, nem impor qualquer crença, devendo respeitar e tratar todos os indivíduos igualmente, o Estado consequentemente não pode legislar com base em pautas ditadas por representantes dessa ou daquela religião.

Conforme conhecimento convencional, o Brasil adotou posição constitucional pela laicidade do Estado. Isto quer dizer que todos os cidadãos são livres para escolher a religião que melhor convier à sua consciência e crença (artigo 5º, inciso VI, da CRFB/881). De outro lado, não é possível aos entes federativos adotar religião oficial e, tampouco, fomentar religiões ou opor empecilhos e dificuldade ao livre exercício pelos estabelecimentos religiosos, devotos e seguidores (artigo 19, I, da CRFB/882).

Exercício Legal do Direito, Caso Fortuito ou Força Maior e Culpa Exclusiva da Vítima

Após as breves considerações tecidas sobre o que vem a ser a responsabilidade civil, imperiosa se faz consignar mais algumas considerações no que tange as causas excludentes da responsabilidade civil.

Como visto anteriormente, o médico poderá ser responsabilizado caso deixe de praticar qualquer das condutas elencadas no Código de Ética médica, bem como haja com negligência, culpa ou dolo, uma vez que sempre deverá zelar pelo cumprimento de todas as cautelas necessárias e aplicar todas as técnicas de que conhece para obter o sucesso de um tratamento, devendo, quando estiver possível outras alternativas, fornecer ao paciente o tratamento que não invada os seus direitos fundamentais e individuais, ainda mais quando a situação envolve paciente com recusa a determinado tratamento em decorrência de divergência religiosa.

No entanto, existem certas situações em que, mesmo o médico agindo contra a vontade do paciente, violando, desta forma, os seus direitos fundamentais e individuais, não será responsabilizado, porquanto agiu dentro das excludentes de ilicitudes elencadas pela nossa Legislação.

Assim, algumas das causas das excludentes da responsabilização civil, que serão estudadas dentro do contexto do presente trabalho, podem ser compreendidas, por sua vez, como toda e qualquer circunstância que, por atacar um dos pressupostos da Responsabilidade civil, rompe o nexo de causalidade, fulminando, desta forma a pretensão indenizatória.

Estrito Cumprimento do Dever Legal

Preceitua o art. 188, do Código Civil: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados

em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Uma circunstância que pode gerar a não responsabilização do agente, é quando este age no exercício regular do direito ou no estrito cumprimento do dever legal, que consiste em a pessoa obter a autorização de qualquer entidade superior para cometer o ato, sob a garantia de que está agindo de modo a causar um dano em prol do bem maior.

Não há responsabilidade civil se o agente atuar no exercício regular de um direito (artigo 188, I, *in fine*). Obviamente se alguém está protegido pelo Direito não pode estar atuando contra o mesmo.

Se o agente extrapola o exercício do direito tem-se o abuso de direito e o excesso é punível (artigo 187 do Código Civil).

Dessa forma, o ato praticado no exercício regular do direito é ato lícito, desde que não excedido, pois caso haja o excesso, haverá o abuso e por consequência será ilícito. Continua mencionando que para o reconhecimento do abuso de direito, o agente não precisa prejudicar terceiro, mas tão somente exceder manifestamente os limites impostos, seja pela finalidade econômica, social, boa-fé ou bons costumes.

No caso de estrito cumprimento do dever legal o agente é isento da responsabilidade, mas, consoante o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a vítima pode conseguir ser ressarcida pelo Estado que não terá direito de ação de regresso contra o funcionário responsável porque este agiu na excludente do estrito cumprimento do dever legal e a responsabilidade do funcionário é subjetiva (dolo ou culpa).

Para o autor, em regra, todo dano causado por ato ilícito é indenizável. Porém, a restrição a regra consiste no que está elencado no artigo 188, do Código Civil, que excepciona os atos praticados naquelas situações (no caso legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal), pois todos visam remover perigo eminente maior.

Nesse diapasão, temos que o estrito cumprimento do dever legal é um fato típico que por força de lei exclui-se a ilicitude. A legislação, portanto, não considera como ilícito o ato praticado pelo profissional que está nada mais nada menos que no estrito cumprimento de seu dever legal, ou agindo no seu exercício regular, pois trata-se do exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, prerrogativa esta que desaparece quando praticada com abuso.

No caso do profissional de que exercem suas funções para a instituição privada, a prerrogativa do Código Civil abrange também as relações de consumo, porquanto, se o profissional age dentro das excludentes elencadas no artigo 188 e incisos do dispositivo legal, sem cometer abuso, não será, por conta disto responsabilizado, pelos motivos já espostos acima.

Caso Fortuito ou Força Maior

O caso fortuito ou força maior, por sua vez, são fatos imprevisíveis, incontroláveis pelo agente e, por isso, inevitáveis. Fortuito em *latim* quer dizer casual; é uma imprevisão, um acidente, que mostra incontrolável ao agente e superior às suas forças.

São excludentes, pois afetam o nexo de causalidade, rompendo-o entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima. Causadores de polêmicas na responsabilidade civil, importante ressaltar a dificuldade em distinguir o caso fortuito e a força maior.

O art. 1.058 § único do C.C não faz distinção entre o caso fortuito e força maior. A principal característica é inevitabilidade. O caso fortuito decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra, e etc.

Não há diferença entre ausência de culpa e caso fortuito porque a primeira é gênero, no qual o segundo está compreendido. Essa é uma matéria de discussão doutrinária que não tem interesse prático tendo em vista que o Código Civil no artigo 393 não se preocupou em fazer essa distinção.

Por isso, ensina Gonçalves, (2010, p. 474), que para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, faz-se imperiosa a presença de certos requisitos, sendo eles: a) fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e se há caso fortuito não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro. Como dizem os franceses, citados por Carlos Roberto Gonçalves, culpa e fortuito são coisas que gritam juntos; b) fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.

A doutrina contemporânea, ainda tem distinguido o “fortuito interno” e o “fortuito externo”. O primeiro estaria ligado à coisa, pessoa ou à empresa do agente causador do dano. O segundo estaria ligado à força maior, também conhecida como *Act of God* dos ingleses.

O fortuito interno não excluiria a responsabilidade, somente o fortuito externo por ser imprevisível. Tem-se decidido que defeitos mecânicos ligados à máquina não afastam a responsabilidade porque são previsíveis. O fortuito interno à pessoa como, por exemplo, mal súbito também não exclui a responsabilidade.

O caso de força maior apesar do fato ser previsível e inevitável é mais forte que à vontade ou ação do homem. Desta forma, a força maior se configura pela existência de um obstáculo, enquanto no caso fortuito a imprevisão.

Para o legislador, é independente a existência de um ou outro, pois havendo a ocorrência, o agente estará isento da responsabilidade de reparar o dano a vítima.

Tal distinção, de acordo com os seus defensores, permite o tratamento diferenciado. Sustenta o doutrinador que for responsabilidade contratual se fundada em culpa basta o caso fortuito

para exonerar o devedor de sua responsabilidade. Todavia, se fundada na teoria do risco apenas a força maior determinaria a exclusão da responsabilidade.

Há uma tendência doutrinária a sustentar que, se o fato determinante do dano decorreu de evento relacionado à pessoa, à coisa, ou à empresa do agente causador do dano (caso fortuito ou fortuito interno), deve o julgador ser mais rigoroso no reconhecimento da excludente de responsabilidade. Deve-se apurar detalhadamente os requisitos da inevitabilidade e imprevisibilidade.

Culpa Exclusiva da Vítima

Com a culpa exclusiva da vítima fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no dano causado.

Este se dá quando a própria vítima se expõe ao perigo concorrendo com culpa exclusiva ou concorrente para a ocorrência do evento danoso. Em se tratando de culpa concorrente à responsabilidade do agente, esta será proporcional de acordo com a sua concorrência para o dano. Diante da culpa exclusiva da vítima, resta totalmente excluída a responsabilidade civil do agente.

Um exemplo de responsabilidade concorrente é o que estabelece, por exemplo, o Decreto 2.681/1912 (sobre a responsabilidade civil das companhias de estrada de ferro) prescreve a culpa concorrente da vítima, não exonera o transportador da obrigação de compor os danos. Somente a culpa exclusiva poderá isentá-lo, e o art. 6º da Lei nº 6.543/77, a qual dispõe sobre a responsabilidade por danos nucleares, onde exclui também a responsabilidade do denominado operador nuclear, uma vez que “provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar”.

Cabe ressaltar que, em se tratando de excludentes no âmbito das relações de consumo, a Lei 9099/1995 prevê no artigo 12, § 3º, as hipóteses de exclusão de responsabilidade, sendo o rol taxativo, pois “só” não será responsabilizado quando provar: I – *que não colocou o produto no mercado*; II – *que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste*; III – *a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.* (grifo do autor).

Depende de prova produzida pelo acionado a exoneração. O fato de a responsabilidade ser objetiva não significa que o lesado não deva provar o dano e o nexo de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. Poderá haver inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil ou quando o consumidor for hipossuficiente, consoante o artigo 6º, VIII, CDC. Saliente-se que a hipossuficiência é técnica, de informação, ou seja, o significado de hipossuficiência não é econômico.

Só se admite a exoneração se a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro e não culpa

concorrente, isto é, se a culpa for concorrente persiste a obrigação de indenizar por inteiro, já que nessa situação, como visto anteriormente, a obrigação deve ser proporcional a contribuição de cada um.

A indenização derivada do fato do produto ou do serviço não pode ser excluída contratualmente. O artigo 51, I, CDC considera nulas cláusulas abusivas, tais como as que retiram ou diminuem a responsabilidade civil do fornecedor por vícios de qualquer natureza. Isso vale inclusive para profissionais liberais que respondem subjetivamente, como no caso de Hospitais particulares e públicos, bem como de clínicas de Estética.

Paradigmas Culturais, Morais e Religiosos Existentes entre as Comunidades Religiosas das Testemunhas de Jeová

As testemunhas de Jeová são uma denominação cristã não-trinitária, milenarista e restauracionista, e São conhecidas pelo seu trabalho regular e persistente de pregação de seus princípios e dogmas de casa em casa, nas ruas e em locais públicos.

Adoram exclusivamente ao Deus que é apresentado na Bíblia, chamando-o pelo nome Jeová (tradução comum em português do Tetragrama), e são seguidores de Jesus, possuindo um conceito diferente dos demais grupos cristãos que, em sua maioria, acreditam no conceito de um Deus Trino. Afirmam seguir biblicamente as instruções deixadas por Jesus Cristo, mas rejeitam a classificação de serem fundamentalistas no sentido em que o termo é comumente usado. Procuram basear todas as suas práticas e doutrinas no conteúdo da Bíblia.

As Testemunhas de Jeová são bem conhecidas por sua regularidade e persistência na obra de evangelização de casa em casa e nas ruas. São ainda conhecidas por recusarem muitas das doutrinas centrais das demais religiões cristãs (por exemplo afirmam que Jesus terá morrido numa estaca e não numa cruz e que a alma não sobrevive à morte e pelo apego a valores que afirmam ser baseados na Bíblia, nomeadamente quanto à neutralidade política, à moralidade sexual, e à recusa em aceitar transfusões de sangue.

Esta comunidade religiosa era conhecida inicialmente como Estudantes da Bíblia. Em 1931, entenderam que deveriam fazer uma distinção entre outros grupos que estudavam a Bíblia, e certos grupos dissidentes que também se intitulavam Estudantes da Bíblia. Além disso, consideraram que o termo Estudantes da Bíblia era demasiado vago para servir como designação distintiva.

As Testemunhas de Jeová encaram a sua crença como um modo de vida, sendo que todos os outros interesses, incluindo o emprego e a família, giram em torno da sua organização, que afirma adorar a Jeová. Assim, não importa o que façam, incluindo a seleção de diversão ou de vestuário, de

carreira na escola ou na profissão ou mesmo a escolha de cônjuge, o comportamento e interação com a comunidade, nos negócios ou em lazer. Tudo isso é influenciado pela decisão que tomaram de se dedicar à Jeová. Bíblia é encarada como um manual de aplicação prática e obrigatória em todos os campos da vida das Testemunhas de Jeová. Elas afirmam aplicar seriamente a seguinte injunção bíblica, 1 Coríntios 10:31, "Portanto, quer comais, quer bebais, quer façais qualquer outra coisa, fazei todas as coisas para a glória de Deus."

Afirmando-se cristãs, observam o exemplo de Jesus procurando imitá-lo, conforme a seguinte instrução, 1 Pedro 2:21: "Fostes chamados para este proceder, porque até mesmo Cristo sofreu por vós, deixando-vos um modelo para seguirdes de perto os seus passos".

Dentre os seus costumes, o mais polêmico, ousado dizer, já que é o principal tema abordado no presente estudo, é a recusa desses fiéis a transfusão de sangue ou transplante de órgãos.

A posição religiosa das Testemunhas de Jeová em relação ao uso de sangue na medicina e na alimentação é uma das mais controversas e criticadas ao longo dos anos. Baseando-se na sua singular interpretação da Bíblia, entendem que o uso de transfusões de sangue total ou dos seus componentes primários é proibido por uma alegada "lei divina"(Gênesis 9:3,4; Levítico 17:13-16; Atos 15:28,28).

Dessa forma, os opositores ativistas das Testemunhas de Jeová criticam a sua interpretação teológica sobre o uso do sangue e acusam a política da organização em considerar como excluídos ou desassociados aqueles que, no exercício do seu livre arbítrio, decidem aceitar tratamentos médicos com base na hemoterapia, ou seja, a transfusão de sangue total ou de algum dos seus principais hemocomponentes seja autóloga ou não.

A controvérsia teológica existe porque negar a um membro da comunidade ou seus familiares o único tratamento que possa salvar sua vida (transfusão sanguínea ou cirurgias que dela necessitem) em razão de uma interpretação dogmática e particular da Bíblia seria a negação do amor de Deus e da caridade para com o próximo, elementos centrais do Cristianismo em todas as suas vertentes, inclusive nas Testemunhas de Jeová.

Milhares de médicos em todo o mundo começaram a usar técnicas de conservação de sangue para realizar cirurgias complexas sem transfusão com a ajuda da ACTJ (Associação Cristã das Testemunhas de Jeová) criaram um comitê, a Comissão de Liga com Hospitais (Coli).

As Testemunhas de Jeová segundo a sua consciência defendem que buscam ajuda, não permitindo seus filhos ou parentes morrerem, mas lhes dando tratamentos melhores e de recuperação mais rápida do que aqueles que tomam sangue. Defendem ainda, em sua tese que é muito dito por quem não conhece que é ordem da organização,

afirmando que em Atos 15:28,29 o Deus Jeová, manda abster-se, ou seja, não ter nenhum tipo de contato com sangue.

Dessa forma, conclui-se que os adeptos a religião Testemunhas de Jeová, tentam de várias formas formularem tratamentos alternativos aos seus fiéis para que estes não necessitem da transfusão de sangue, uma vez que defendem a tese, segundo as passagens bíblicas dos Livros de Gênesis, 9:3-4; Levítico, 17:10 e Atos 15:19-21, recusando, por esse motivo a se submeterem a tratamentos médicos ou cirúrgicos que incluam transfusões de sangue.

O Médico deve ser Responsabilizado por Atos Praticados Contra a Vontade do Paciente em Virtude de Questões Religiosas?

É imperioso destacar que ao ser realizada uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente que possui divergência religiosa por ser Testemunha de Jeová, tal conduta pode ser devastadora, uma vez que, ao "desobedecer" uma doutrina imposta por sua comunidade, o fiel é completamente repudiado perante os outros, ficando isolado e muitas vezes acaba não tendo nenhuma perspectiva de vida, tendo em vista que os mesmos, ao serem submetidos contra sua vontade, são afastados dos outros.

A despeito das considerações médicas, as Testemunhas de Jeová advogam que os médicos deveriam respeitar o direito do paciente de escolher quais tratamentos aceitar ou não (embora uma Testemunha esteja sujeita a sanções religiosas caso escolha o direito de receber transfusão de sangue). Os Estados Unidos tendem a não tratar os médicos como responsáveis por efeitos de saúde adversos em um paciente que decide não aceitar os procedimentos indicados. No entanto, o ponto de vista de que os médicos devem, sob quaisquer circunstâncias, servir aos desejos religiosos dos pacientes não é reconhecido, por exemplo, na França.

Dessa forma, ante a colisão entre os direitos suscitados pela Carta Maior, nos casos em que é possível o tratamento alternativo, sendo desnecessária a transfusão sanguínea, é evidente que a liberdade religiosa do paciente deverá ser, sempre, respeitada. Nesse particular, não há dúvida alguma. Todos os pacientes, nessa condição, são tratados, sem a administração de sangue, por via endovenosa, mediante, principalmente, a infusão de fluidos (soro à base de cloreto de sódio, ringer etc.).

Desta maneira, o relatado se torna a problemática que a sociedade atual se depara, pois, diante da situação em que o médico tem que realizar transfusão de sangue e o paciente se recusa veementemente por motivos religiosos, o mesmo acaba ficando dividido entre o seu dever legal de agir e o direito que o paciente tem em sua individualidade religiosa.

Assim, temos que é pacífico na doutrina o entendimento que prevalecerá a vontade do

paciente, nos casos que este não esteja em iminente perigo de vida e que seja possível a realização de um tratamento alternativo, sem transfusão de sangue, baseando-se do direito fundamental da liberdade religiosa, e, juntamente, a este, o livre-arbítrio pelo viés religioso.

Considerações Finais

Diante de tudo o que foi explanado acerca da responsabilidade civil, verificou-se que ela sempre estará presente quando o agente praticar qualquer das condutas relacionadas com o dano, que se baseia na culpa, negligência e imperícia. Ainda, restou demonstrado, com base nos dizeres dos autores retro mencionados, que o profissional da medicina será responsabilizado sempre que agir em contrariedade aos seus preceitos morais e éticos estabelecidos no seu código de conduta médica, ou quando agir negligentemente, em casos que haveria alternativas de tratamento que não violariam os direitos fundamentais individuais dos pacientes.

É possível extrair que se o médico segue, estritamente, a recomendação ética do Conselho Federal de Medicina não deverá ser responsabilizado civilmente, se praticar uma transfusão sanguínea sem a autorização do paciente, pois terá cumprido o seu dever ético e legal.

Por outro lado, à luz das regras constitucionais, legais e regulamentares antes mencionadas, os médicos, sobretudo aqueles que trabalhem em hospitais públicos, diante de pessoas, maiores ou menores de idade, que se dizem Testemunhas de Jeová e por isso recusam tratamento médico que envolva transfusão de sangue (ou de seus derivados), devem procurar atender à manifestação de crença e religião dos pacientes, empreendendo, para tanto, todos os esforços e conhecimentos técnicos, salientando, porém, que se não houver alternativa para salvar a vida humana, deve a transfusão de sangue ser realizada, ainda que contra o consentimento do doente, expressado de forma verbal e/ou por escrito, mas isso em último caso, pois o mesmo deve sempre buscar todos os métodos de tratamento ao seu alcance, respeitando a vontade do paciente, pois essa vontade, na maioria dos casos irá prevalecer.

Restou verificado ainda, tendo base nos estudos realizados, que os direitos fundamentais do ser humano, contidos na Constituição, são imprescritíveis, irrenunciáveis, intransferíveis e inalienáveis, constituindo dessa forma direito público subjetivo da pessoa para o exercício ou não dessa benesse.

Esta situação envolve um confronto entre um dado objetivo com uma crença, entre um benefício médico e o exercício da autonomia do paciente. Num Estado de Direito Democrático e Social, a liberdade é requisito da democracia. A autonomia individual deve ser respeitada e, com ela,

o direito de consciência e de crença. Dessa forma, a ação o profissional da medicina deve ser sempre de forma cautelosa dependendo do caso em concreto, pois se agir respeitando essa autonomia individual, poderá estar além de desrespeitando sua própria ética, incorrendo em crime que além de indenizável poderá ser punido com reclusão.

Embora no âmbito da relação médico-paciente, na maior parte dos casos, deve prevalecer a vontade do paciente, há sempre certos princípios que limitam a atuação do profissional médico na esfera privada do paciente como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à liberdade religiosa, entre outros, como foi visto. Por isso, os profissionais médicos, na sua atuação, têm que levar em consideração que os doentes têm tanto o direito de aceitar, como o direito de rejeitar determinado conselho ou ação médica em função dos seus desejos ou convicções.

Não existe uma regra definitiva para ser aplicada à questão, pois a discussão já se inicia ao tentar-se definir se há ou não uma verdadeira colisão de direitos fundamentais, neste contexto cabe ao julgador valorar o caso concreto e analisar os direitos em jogo. A orientação da doutrina é no sentido de não sacrificar totalmente um direito em virtude do outro.

No caso de paciente inconsciente e desacompanhado de familiares precisar de transfusão de sangue, a transfusão deve ser feita sem demora, pois trata-se de um iminente perigo de vida, e salvar vidas humanas é dever do médico. Porém, quando se trata de paciente lúcido que se negar à transfusão, e o médico possui a alternativa de buscar todos os métodos de tratamento ao seu alcance, deverá fazê-lo, respeitando a vontade do paciente.

Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

Ademais, não se pode esquecer que um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é respeitar a posição dos diferentes grupos sociais que o compõem. Dessa forma, os direitos fundamentais precisam ser analisados com vistas à evolução histórica e cultural, devendo o Estado intervir somente quando não existir outra forma de se resolver um problema.

Em razão da recusa em receber sangue, as testemunhas de Jeová passaram a buscar uma alternativa para substituir a medicina transfusional. Desde então, estudiosos e médicos, desenvolveram técnicas e tratamentos alternativos para serem ministrados em pessoas que compartilham com o mesmo posicionamento em não receber sangue.

Com efeito, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-

se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

As conclusões obtidas ao longo do presente estudo podem finalmente esclarecer que, nas últimas décadas, a ética médica evoluiu do paradigma paternalista, em que o médico decidia por seus próprios critérios e impunha terapias e procedimentos, para um modelo fundado na autonomia do paciente. A regra, no mundo contemporâneo, passou a ser a anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que afete sua integridade.

Assim, a dignidade da pessoa humana é o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais. Ela tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação, de liberdade de realizar suas escolhas existenciais e de assumir a responsabilidade por elas. A dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele. Trata-se da dignidade como heteronomia.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 janeiro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BÍBLIA. Sagrada. 73 ed. São Paulo: Ave Maria. 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, volume 2: Obrigações: Responsabilidade Civil. 4ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 21ª. Ed. rev. Atual. Colocar cidade. Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações, 16ª d., São Paulo: SARAIVA, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 4. Responsabilidade Civil. 5ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Civil IV. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO et. Al. PAMPONA FILHO. Pablo Stolze e Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil 3. Responsabilidade Civil. 12ª ed. Rev. Atual. São Paulo. SARAIVA, 2014.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 7ª edição, São Paulo, 2010, Ed. RT.

KARAM, Maria Lúcia. Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MONTEIRO, Nilton de Freitas. Parâmetro constitucional de ensino religioso nas escolas públicas. In: Ensino religioso em escolas públicas: impactos sobre o Estado laico. Org.: FISCHMANN, Roseli, São Paulo: Factash, 2008.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas Atuais de Bioética. 8ª ed. revista e ampliada – São Paulo: Centro Universitário São Camilo: editora Loyola, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. Revista de Direito do Consumidor. n. 58. Revista dos Tribunais: abr – jun. 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIMAN, Felipe Valente. Recusa de transfusão de sangue e direito da personalidade sob a perspectiva civil-constitucional. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7032. Acesso em: 18 dezembro de 2016.

SOUZA, Viviane, 2015. Colisão do Direito à vida e à liberdade de Crença nos casos de transfusão de sangue diante a Recusa por Convicção Religiosa. Jurídico Certo. Disponível em: <https://juridicocerto.com/artigos/vivianesouza/colisao-do-direito-a-vida-e-a-liberdade-de-crenca-nos-casos-de-transfusao-de-sangue-diante-da-recusa-por-conviccao-religiosa-1407>. Acesso em: dezembro 2016.

VENOSA, Sívio de Salvo. Direito Civil 4. .
Responsabilidade Civil. 14ª ed. São Paulo.