

Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová no Direito

Maria Fernanda Dias Mergulhão*

Sumário:

Introdução. 1. A nova orientação do Supremo Tribunal Federal. 2. A Relativização do Direito à Vida perante o STF em face do exercício do direito à liberdade religiosa. 3. O direito à vida e o direito à dignidade com vida. 4. A colisão entre direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

A liberdade de crença religiosa, como corolário da dignidade da pessoa humana, se apresenta em destaque na jurisprudência brasileira da Corte Suprema. A primazia dos cânones religiosos passou a relativizar direitos consagrados. Diversos efeitos serão produzidos na relativização de direitos absolutos implicando novo tratamento às responsabilidades civil, penal e administrativa do profissional da saúde.

Abstract

Freedom of religious belief, as a corollary of the dignity of the human person, is highlighted in the Brazilian jurisprudence of the Supreme Court. The primacy of religious canons began to relativize consecrated rights. Various effects will be produced in the relativizations of Absolute rights, implying new treatment of the civil, criminal and administrative responsibilities of the health professional.

Palavras-Chave: Liberdade religiosa e inviolabilidade do direito à vida. Matiz Constitucional. Direitos da Personalidade. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Keywords: *Religious freedom and inviolability of the right to life. Constitutional hue. Personality rights. Principle of human Dignity.*

Introdução

O novo entendimento jurisprudencial, em sede plenária do Supremo Tribunal Federal brasileiro, acerca das transfusões de sangue das pessoas que professam a

* Pós-Doutora em Direito pela UERJ. Mestre em Sociologia Política. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

religião Testemunha de Jeová pode produzir profundo impacto nas relações jurídicas subjacentes a essa temática merecendo do exegeta análise multidimensional do direito.

Trata-se de decisão que vincula todos os Tribunais brasileiros porque reconhecida a repercussão geral do tema, ainda que inexistia súmula vinculante. Nessa linha, a partir do decisor, todos os profissionais de saúde não podem realizar transfusão de sangue em pessoa da religião Testemunha de Jeová, ainda que exista risco de morte, já que, por si só, a medida extrema já impõe essa consideração em face da natureza de procedimento invasivo subjacente a essa modalidade de procedimento.

Em momento bem próximo à nova decisão, houve decisão no sentido de que “cirurgias sem sangue” poderiam existir no cenário brasileiro, determinando, com segurança, ao paciente, que os procedimentos cirúrgicos e afins poderiam ser realizados com a certeza de que, mesmo nos casos de risco concreto, não seria realizado o procedimento de transfusão de sangue.

Ao longo do presente trabalho investigativo, serão considerados aspectos importantes inerentes ao novo entendimento do STF, principalmente no seu escopo final, que será a relativização do direito à vida no Brasil, em dissonância à Constituição da República vigente.

1. A nova orientação do Supremo Tribunal Federal

De longa data é discutida a legitimidade da transfusão de sangue alogênico, sangue de terceiros, aos adeptos da religião Testemunha de Jeová nos procedimentos médico-hospitalares em que a medida extrema fosse necessária para salvar a vida humana. Da mesma forma, a validade da extensão aos menores, às gestantes, às pessoas inconscientes ou aos maiores portadores de deficiência cognitiva da religião Testemunha de Jeová, uma vez que a liberdade de consciência e de crença religiosa são assegurados constitucionalmente no artigo 5º, inciso VI da Constituição da República em vigor.

A jurisprudência nacional já apresentava forte tendência a dar primazia ao direito individual de liberdade de consciência e credo quanto às escolhas da pessoa religiosa em não admitir a transfusão de sangue, em nenhum de seus componentes – glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma –, ainda que fossem previsíveis piores resultados à saúde humana, e mesmo culminasse com a morte. Eram as conhecidas “cirurgias sem sangue”, em que o paciente Testemunha de Jeová precedentemente ajuizava medida judicial para garantir o direito à não transfusão de sangue.

A autodeterminação como corolário do princípio da autonomia e dignidade humana se consubstanciava no maior vetor favorável a que o preceito religioso ganhasse ares de juridicidade se coadunando com o sistema normativo vigente. Afinal, como tipificar homicídio ou lesão corporal culposa, ou mesmo questionar a omissão penalmente relevante de um profissional da saúde, em matéria penal, quando o dever de cuidado imposto, até bem pouco tempo atrás, passa a não mais subsistir?

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal em setembro passado, no RE 979.742 (Tema 952) e no RE 1.212.272 (Tema 1069), à unanimidade de votos, proclamou o direito dos adeptos da religião Testemunha de Jeová em não serem transfundidos, mesmo nos procedimentos cirúrgicos eletivos, desde que maiores e a manifestação de vontade seja livre e consciente para o ato, sem extensão a quaisquer outras pessoas. Nos julgados em referência fora reconhecida a repercussão geral, motivo pelo qual *erga omnes*, e com efeito vinculativo, a decisão prevalecerá.

A partir dessa nova diretriz jurisprudencial os hospitais não podem recusar pacientes que no ato da internação sinalizam para o desejo de que, em nenhuma hipótese, seja realizada transfusão de sangue. Leia-se: em nenhuma hipótese, ainda que o resultado morte seja previsível, mas utopicamente não esperado.

O direito do autogoverno quanto aos rumos do tratamento da saúde humana, entretanto, não pode obrigar aos médicos que não realizem objeção de consciência, já que toda a formação profissional, e ética, giram em torno de minimizar o sofrimento humano perquirindo a cura, salvaguardando a vida humana.

Fora determinado, também, que o Sistema Único de Saúde – SUS ofereça todos os tratamentos alternativos disponíveis para que não seja realizada a transfusão de sangue, em respeito à liberdade de credo religioso dos adeptos à Testemunha de Jeová. Importante mencionar que existem técnicas alternativas conhecidas como “hemodiluição normovolêmica aguda”, consistente na retirada e armazenamento do sangue do paciente antes da cirurgia para eventual utilização, a “recuperação intraoperatória de sangue”, quando o sangue que se perde durante a cirurgia é coletado, filtrado e reinfundido no paciente, além do “uso de eritropoetina”, na hipótese de ser estimulada a produção de glóbulos vermelhos a fim de aumentar a capacidade do paciente de resistir à perda de sangue.

Nesse caso, se no SUS de qualquer ente federado – União, Estados, Municípios ou Distrito Federal –, não dispuser dos recursos alternativos à transfusão de sangue, o STF admitiu o direito do adepto à Testemunha de Jeová postular que seja indicada a unidade federativa apta à realização do tratamento alternativo à transfusão de sangue, conforme se extrai do julgado no RE 979.742 em que a União fora obrigada a custear o tratamento alternativo, transporte do paciente, bem como de seu acompanhante, da cidade de Manaus para um hospital público de São Paulo. No bojo desse julgado, os ministros reiteraram o dever de o Poder Público assegurar o tratamento de saúde pública, alternativo, às demandas dos adeptos Testemunha de Jeová, registrando que o custeio não provoque “ônus desproporcional”.

A expressão “ônus desproporcional” à toda vista, já indica que novas celeumas existirão pela vagueza do termo. Será inevitável o dissenso acerca do conteúdo dessa expressão e o STF perdeu a grande chance de evitar novas contendas no direito que já assegurou.

Cabe salientar que foram admitidas as diretivas antecipadas da vontade, documento escrito revestido de poucas formalidades legais, como documento apto

à comprovação da vontade do paciente, na hipótese fortuita de inconsciência para o ato de deliberar, na condição de pessoa maior e capaz.

2. A Relativização do Direito à Vida perante o STF em face do exercício do direito à liberdade religiosa

O direito à vida humana é tutelado pelo texto constitucional sob o manto da inviolabilidade e da vedação à edição de emendas constitucionais que se proponham a reduzir o que fora garantido na sua plenitude. A dignidade também merece amparo jurídico e foi erigida ao nível de princípio fundamental na Constituição da República vigente, segundo a qual “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...)”, tal qual o direito constitucional à liberdade de credo, cláusula pétrea, previsto no artigo 5º, inciso VI c/c artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República.

Apresentar a linha evolutiva do direito à vida, ora na concepção jusnaturalista, ora na concepção de direito fundamental é de grande relevo para a compreensão do sistema normativo nos tempos atuais. Segundo Ingo Sarlet¹ não foi na Antiguidade e na religião ou filosofia que surgiram os primeiros direitos fundamentais, mas na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão, registrando-se que foi na democracia ateniense que se constituiu um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade e da Bíblia, no Antigo Testamento, a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Dessas duas origens adveio as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.

O breve histórico se apresenta relevante para analisar o instituto e salientar que é tarefa do operador do Direito, sobretudo da Doutrina, harmonizar os preceitos legais afastando possíveis antinomias com vistas à coesão do sistema. Dentro dessa diretriz, há de ser harmonizado o direito à vida com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ambos reconhecidos pelo texto legal maior de uma nação, o maior comprometimento político e jurisdicional, que é a sua Constituição.

Não raros são os dissídios jurisprudenciais, ora inclinando-se pelo direito à vida, ora dando primazia à dignidade da pessoa humana, até porque o direito à vida em discussão com a dignidade estará, como regra, em colisão. No plano ideal, o direito à vida pressupõe os planos da existência e da dignidade² quanto ao seu exercício (aspectos subjetivos de diversas ordens, segundo o titular do direito à vida). Quando

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora do Advogado. 2015. p. 37-38.

² Os planos da existência, o direito de existir, e o direito à dignidade, exercidos de forma simultânea pelo titular do direito à vida não se confundem com a tridimensionalidade dos planos afetos aos negócios jurídicos civis quanto à existência, validade e eficácia, inobstante referirem-se, também, aos atos da vida civil.

as balizas que se fundam o direito são cediças, a jurisprudência e doutrina passam a ser díspares, criando a pior consequência: a falta de coesão do sistema.

O texto constitucional é claro quanto à inviolabilidade do direito à vida (norma materialmente constitucional por se tratar da essência dos direitos individuais fundamentais), à dignidade da pessoa humana (princípio essencial da República Federativa do Brasil) e à vedação a tratamento desumano ou degradante (norma materialmente constitucional, também inserida nos direitos individuais fundamentais). A celeuma se instaura sob a aplicação *in concreto* do princípio e das duas normas constitucionais sob análise.

Frise-se, portanto, que o legislador constituinte estabeleceu como norma o direito à vida humana, como direito inviolável, face seu grau de especificidade. O direito de estar e permanecer vivo, contra todos e contra o Estado, é direito da pessoa que se encontrar em território brasileiro, salvo a única exceção estatuída no próprio texto constitucional que é a instituição da pena de morte, em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, “a”), além da permissibilidade do aborto para salvar a vida da gestante ou quando a gestação decorra de crime e as hipóteses de exclusão da ilicitude quando a morte ocorrer por legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade ou exercício regular de um direito, casos em que há colisão de direitos e o direito violado à própria vida merece maior tutela jurídica.

Todos os princípios, mormente os princípios fundamentais estruturantes, a exemplo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devem incidir sobre as normas já postas, valoradas e eleitas pelo constituinte, a exemplo do direito à vida, como também podem, e devem incidir em campo de abrangência não legislado como importante ferramenta hermenêutica, de carga axiológica também valorada pelo constituinte.

Não é razoável creditar que um princípio tem o condão de anular regra ou norma constitucional, cujo grau de concretude e certeza lhes é peculiar. Seria como se fosse criar um sistema de normas ao alvedrio do intérprete, o que geraria profunda instabilidade social e violação à soberania popular, que elegeu representantes em sistema democrático, no caso especial da Constituição da República em vigor.

Nessa esteira, menciona Ávila:

Um valor é algo que estabelece qual comportamento é mais aconselhável ou mais atrativo conforme determinado sistema de valores, e cuja aplicação demanda uma operação de prevalência diante de outros valores contrapostos, como sustenta Habermas. Daí se dizer que os valores são relativos, no sentido de dependerem de possibilidades valorativas e contextuais. *Quando se afirmar que um princípio é uma norma carecedora de ponderação, e no conceito de ponderação se inclui a possibilidade de afastamento completo por meio de regras de prevalência, está-se, também sem se dar conta,*

*sustentando que os princípios não são normas que estabelecem aquilo que é permitido ou proibido e vinculam, igualmente, e sem exceção, os seus destinatários.*³ (grifos nossos)

Em assim sendo, é factível que princípios podem ser colidentes, como também é factível que normas plurais também podem ser colidentes e contraditórias quando aplicadas ao mesmo caso sob exame. Quanto aos princípios, há processo hermenêutico denominado “Ponderação”⁴, segundo o qual o interesse maior que exsurgir do caso sob análise será o determinante para a eleição do princípio a ser aplicado. No que pertine às normas há hermenêutica própria (Lei de Introdução às normas do Direito - Lei n.12.376, de 2010), além da identificação da *mens legis* e *mens legislatoris* para extrair a sua real valoração.

Assim, uma regra ou norma de matriz constitucional e um princípio, também de matriz constitucional não podem ser antagônicos diante do imperioso compromisso hermenêutico de respeitar e aplicar os valores constitucionais, *in casu*, traduzidos concretamente por normas ou regras. Importante o registro de Ávila – *verbis*:

O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a um outro critério, o “modo de colisão”: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles. A conjunção desses dois critérios de distinção entre regras e princípios conduz à qualificação dos princípios como “normas carecedoras de ponderação”. Em outras palavras, o que caracterizaria os princípios, em contraposição às regras, segundo essas teorias, seria o modo como eles seriam aplicados – “mediante ponderação”. E a ponderação, no sentido restrito adotado, é o balanceamento concreto entre princípios por meio do qual eles são realizados em vários graus, inclusive no grau zero, equivalente à sobreposição total de um princípio sobre outro, diante de determinada situação particular. Desse modo, a ponderação conduz à restrição, em maior ou menor medida, de um princípio em razão de outro, podendo levar, inclusive, ao afastamento total de um princípio em favor do outro. A capacidade de ponderação implica, pois, a capacidade

³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Ed. Malheiros. 15ª edição 2014. p. 156.

⁴ A denominada “ponderação de interesses” é um processo hermenêutico constitucional em dois ou mais princípios constitucionais têm aplicação a um caso sob exame e não podem, simultaneamente, serem aplicados. O interesse maior, segundo concepções e valores culturais, norteará a aplicação do princípio constitucional, isto é, o valor mais caro à sociedade será o determinante no processo hermenêutico.

de restrição e de afastamento de um princípio em razão de outro. Assim, ser uma norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e pela afastabilidade. Mais, ser uma norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela carência de confronto horizontal com outras normas-princípio.⁵

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana de inegável valor humanístico para a humanidade, a par de sua posição topográfica no texto constitucional vigente – princípio fundamental do Estado Democrático de Direito – não pode se sobrepor às regras constitucionais. Independentemente de qualquer motivação, não pode ser operada essa superposição de princípio, o que redundaria em operação equivocada de hermenêutica constitucional.

Por consequência, o direito à vida, assegurado constitucionalmente, a par de sua inviolabilidade, não pode deixar de ser aplicado pela aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana porque, como alhures mencionado, já que os princípios não podem colidir com normas, cuja concretude do direito valorado deve ser fielmente respeitada pelo exegeta. O direito à vida não pode ser violado devendo ser, inclusive, assegurado o direito à vida com dignidade.

A par desse importante questão, não se nega o valor tridimensional do direito à dignidade, na esteira de boa parte da doutrina constitucional, mormente pelo seu maior caráter protetivo em prol dos sujeitos de direito. Nessa linha, Ingo Sarlet discorre:

O fato de a dignidade da pessoa humana assumir, em primeira linha, a condição de princípio fundamental não afasta a circunstância de que possa operar como regra (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplici condição de princípios e regras). Para ilustrar tal afirmação bastaria lembrar que a regra que proíbe a tortura e todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art.5º, III, da CF), constitui regra diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que inexistisse previsão de tal proibição no texto constitucional. Da mesma forma, a dignidade da pessoa humana assume, em certo sentido, a condição de norma de direito fundamental, o que não se confunde (pelo menos não necessariamente) com a noção de que os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontram – pelo menos em regra – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mas, sim, se traduz na ideia, amplamente difundida, de que do princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo

⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Ed. Malheiros. 15ª edição 2014. p. 150.

devem ser deduzidas posições subjetivas e deveres, ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, que existe um direito fundamental à dignidade. Tal aspecto, aliás, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção de dela (dignidade) decorre. Assim, quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.⁶

O reforço normativo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobreleva o comprometimento de um Estado constitucional comprometido em implementar maior proteção aos direitos humanos, segundo sua valoração ético-cultural, cada vez mais dinâmica face os influxos da globalização em que culturas distintas se aproximam e do fomento das mais variadas formas de comunicação.

Vistos esses aspectos, ressalte-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ora como Princípio, ora como Regra, ora como Valor não tem o condão de invalidar normas também positivadas no texto constitucional porque, do contrário, haveria inversão do seu escopo protetivo, a par da pauta normativista constitucional demandar o mesmo rigor de cumprimento que demanda os princípios constitucionais.

A denominada Comissão Afonso Arinos, que antecedeu aos debates constituintes, previa no artigo 6º previa que “Todos têm direito à existência digna.”, o que não restou aprovado na redação final do vigente texto constitucional. Nessa linha,

O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) previa no artigo 6º: “Todos têm direito à existência digna”. Este conceito, não incluído na Constituição vigente, envolvia diversos aspectos de natureza material e mortal, fundamentando o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente vivesse de maneira artificial e a prática da eutanásia. Trazia, também, alguns riscos, já que permitiria autorizar a eliminação do indivíduo portador de

⁶ SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 6ª edição. 2017. p. 264-265.

deficiência de tal magnitude que pudesse levar à conclusão de que não teria uma existência digna.⁷

Extrai-se do comando normativo que o termo aditivo “dignidade” não foi incluído no texto legal, motivo pelo qual o direito à vida assegurado é mais amplo no contexto normativo atual em que não se qualifica a vida como digna ou não digna diante da superioridade semântica do termo. Em síntese conclusiva, registra Santos:

A vida é, portanto, um bem tutelado pela Constituição, com direitos plenamente assegurados, havendo tipificação expressa para condutas que tenham por fim interrompê-la, seja em decorrência de ato praticado por terceiro (homicídio, aborto), seja em decorrência de vontade própria (suicídio). É, pois, bem indisponível, razão pela qual a nenhuma pessoa é permitido “desistir de viver”, interromper sua própria vida.⁸

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como vetor normativo⁹ de todos os direitos previstos na Constituição da República, previsto no artigo 1º, inciso III da Carta Constitucional teria o condão de incluir a dignidade onde expressamente ela não está prevista, para extinguir direitos absolutamente assegurados a exemplo do direito à vida? Poderia o órgão de cúpula jurisdicional exercer a técnica da preponderação de interesses para relativizar o direito à vida na hipótese de não ser possível o tratamento alternativo, ou desaconselhável por junta médica, gerando risco concreto à sobrevivência humana?

3. O direito à vida e o direito à dignidade com vida

Um dos pontos centrais do presente trabalho é o enfrentamento dos direitos à vida e do que denominamos “dignidade com vida”. Por dignidade com vida, entende-se o *modus vivendi* e toda carga subjetiva atribuída às pessoas, enquanto seres individualizados e livres para realizar suas próprias escolhas.

Até que ponto a dignidade com vida deve merecer a tutela jurídica estatal e até que ponto o direito à vida, e sua inviolabilidade, consequentemente, deve merecer a mesma tutela? Na colisão de preceitos, qual dos direitos tutelados deve prevalecer? A essas indagações não há resposta apriorística do legislador, quiçá do legislador

⁷ SANTOS, Franklin Santana (editor). Cuidados Paliativos. São Paulo: Ed. Atheneu. 2009. p.365

⁸ _____. Cuidados Paliativos. São Paulo: Ed. Atheneu. 2009. p.365

⁹ Nesse sentido: “(...) a dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CR/88) é erigida à condição de meta princípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. Bahia: Ed. JusPodvm. 2021. p. 350-351)

constituente. Há entendimento de relevo no sentido da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana porque erigido à categoria de princípio fundamental fundante, e, portanto, essencial, segundo texto constitucional vigente (artigo 1º, inciso III). No contraponto, há entendimentos, também de relevo, no sentido da primazia do direito à vida, já que a marca da sua inviolabilidade e imutabilidade por emenda constitucional seriam, por si só, causas justificantes de sua proteção (artigo 5º, *caput* e 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Em 2011, foi simulado entendimento as Jornadas de Direito Civil, onde abalizados doutrinadores brasileiros se detiveram sobre essa questão propondo a prevalência da vontade do paciente por questões religiosas quando em conflito com o direito à vida, segundo sumulado na V Jornada de Direito Civil, *verbis*:

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI da Constituição Federal, aplica-se, também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.¹⁰

Extrai-se, portanto, do entendimento acima esposado que eventual conflito deve ser decidido pela primazia do direito à dignidade, da denominada dignidade com vida, ainda que exista ameaça real à existência da própria vida humana.

O que se constata, não só na doutrina e jurisprudência, mas no mundo fenomênico, são decisões casuísticas, típicas do *Common Law*, quando o ordenamento jurídico apresenta dois grandes pilares sem a cautela necessária de harmonizá-los diante de possíveis conflitos quando aplicados aos casos em concreto. O enfrentamento dessas questões é necessário e urgente.

Dentro de uma perspectiva constitucional, principalmente após a virada do milênio, no século XXI, com a globalização de mercados e a aproximação de culturas fomentada pelos vários canais de comunicação céleres e pouco onerosos, o alcance da expressão “dignidade” há de ser examinado, principalmente quando relacionado ao direito mais importante: a vida humana.

Nesse contexto, indagar-se-ia: há um direito à morte no Direito brasileiro? A partir da análise do texto constitucional vigente, poder-se-ia interpretar o direito à vida, com dignidade, sob o manto da inviolabilidade e pétreo, incompatível com o direito à morte?

¹⁰ Enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil Brasileira

O texto constitucional, em nenhum momento, reconheceu o direito à morte como direito individual. Reconheceu, por outro lado, o direito à vida, que, para constitucionalistas de escol não pode ser confundido com dever de viver. Importante digressão porque o direito importa uma gama de atributos positivos e negativos em face do Estado (sentido lato) e de todos os indivíduos no que tange à promoção da vida humana e do respeito em não obstaculizar ou suprimir a vida humana alheia. Nesse sentido:

O reconhecimento de um direito fundamental ao suicídio tem sido objeto de acirrada controvérsia. Muito embora a doutrina majoritária entenda que o direito à vida não abrange um direito de sua livre disposição, no sentido de um direito ao suicídio, há quem sustente que o direito geral de liberdade e, especialmente, o direito geral da personalidade incluem um direito a tomar a própria vida, que, portanto, não seria um bem absolutamente indisponível ao seu titular. De acordo com a lição de Klaus Stern, por exemplo, restrições legislativas a esse direito não podem ser legitimadas a impor uma vida contra a vontade de um titular de direitos fundamentais, caso este esteja de posse de sua sanidade mental e tome a decisão acerca de sua morte de forma livre e responsável, independentemente de interesses sociais alheios à sua pessoa, de tal sorte que a dimensão objetiva do direito à vida não pode ser oposta a isso e justificar a supressão da vontade individual, ou seja, da dimensão subjetiva do direito fundamental. De qualquer sorte, trate-se, ou não, de um direito fundamental, a ordem jurídica – por razões que resultam elementares, já que o evento morte acarreta a extinção da punibilidade – não sanciona criminalmente o autor de sua própria morte (salvo, eventualmente, nos casos de tentativa de suicídio),¹¹ de modo que apenas se pode considerar a criminalização de atos (ações ou omissões) praticados por terceiros e que tenham contribuído para o evento morte, tal como a instigação ao suicídio, o auxílio prestado ao suicida, etc., consoante, aliás, ocorre no direito brasileiro.¹²

Questões inerentes à eutanásia, distanásia e ortotanásia são debatidas em conjunto à discussão do direito à morte, e mesmo dos direitos que culminem com ela, a exemplo da ausência de transfusão de sangue em situações em que não sejam viáveis alternativas nos tratamentos médicos.

¹¹ Para melhor compreensão, importante registrar que no direito brasileiro não há tipificação para o suicida, ora na modalidade do crime consumado, ora na modalidade do crime tentado, eis que o disposto no artigo 122 do Código Penal pune exclusivamente terceiros, isto é, pessoas que auxiliam, instigam, induzem ou contribuem, de alguma forma, para a prática do crime de suicídio.

¹² SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 6ª edição. 2017. p. 420-421.

Apresentadas essas questões, resta salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser utilizado para anular regras constitucionais (direito à vida), muito menos para ser casuista e justificar decisões sob o prisma humanista na criação de ordenamento jurídico paralelo, ilegítimo e ilegal.

4. A colisão entre direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação

Nenhum direito aprioristicamente é absoluto e, no eventual conflito, a técnica da ponderação de interesses, segundo interesse maior a ser adotado no caso em concreto, será o resguardado.

Portanto, ainda que seja consectário do direito constitucional à liberdade, o direito à liberdade de crença não pode se sobrepôr ao direito à vida, sob pena de inversão completa do sistema constitucional que assegura, apenas, a inviolabilidade do direito à vida, e não à inviolabilidade da liberdade de crença.

Sublinhe-se: ambos são direitos materialmente constitucionais protegidos por cláusula pétrea, mas não há inviolabilidade para o direito de crença. O selo de proteção maior, a toda evidência, foi estabelecido quanto ao direito à vida.

Registre-se o testemunho do médico Derek:

A nenhum de nós foi ensinado que os pacientes usualmente sabem o quanto de informação eles podem dirigir de uma só vez. Sim, eles querem saber – na verdade, eles têm o direito de saber –, mas a maioria das pessoas tem um sistema de segurança íntimo que lhes avisa que sofrerão uma sobrecarga de informação se obtiverem fatos além do próprio limite. Isso é óbvio – você pode pensar –, mas está longe de ser óbvio para os médicos. Muitas vezes sentimos que, se dissermos tudo o que há para se dizer aos pacientes a respeito de sua condição, eles ficarão bem melhor e, esperamos, agradecidos. Disse-me uma vez um sábio idoso após seu médico ter-lhe dado uma longa e elegante descrição (tipo compêndio médico) de sua doença: “Se você me perguntar, doutor, eu acho que ele estava apenas tentando me mostrar como era inteligente” Precisei de muitos anos de trabalho em hospedaria para aprender que o que os pacientes querem não é necessariamente o que os médicos supõem que eles queira, ou o que precisa ser efetivamente dito. Não é o diagnóstico de uma doença mortal o que mais assusta as pessoas, mas o sofrimento que a doença pode trazer. A rigor não é nem o sofrimento o que de fato os preocupa, mas a incerteza sobre o interesse ou não do médico e se eles se preocuparão o suficiente para fazer alguma coisa em relação a isso. Uma das maiores tragédias da Medicina moderna – me parece – não é a

qualidade de sofrimento que presenciamos, mas o fato de que muito desse sofrimento é desnecessário porque temos armas para controlá-lo. Suponho que outra tragédia que se apresenta é como nós, cuidadores profissionais, escutamos pouco ou que nossos pacientes querem nos dizer sobre sofrimento. Por vezes parecemos assumir que se eles não mencionam alguma coisa está tudo bem, ou então enganamos a nós mesmos ao pensar que seus piores problemas devem ser os físicos: dor, náuseas ou qualquer outro que sintam nesse plano. De fato, eles ficam mais perturbados pela perda da família ou pelo futuro incerto de suas crianças. No entanto, enquanto profissionais bem treinados que somos, focamos nossa atenção nas coisas que nos ensinaram a tratar, preferindo ignorar aquelas que achamos desafiadoras ou impossíveis.¹³

No que tange ao direito ao tratamento de saúde e à liberdade de crença, ambos tutelados pelo ordenamento jurídico, não só como integrantes do núcleo dos direitos da personalidade, como também do rol dos direitos fundamentais, há a antiga questão inerente à transfusão de sangue das pessoas integrantes da religião Testemunha de Jeová, que proclama a vedação, em quaisquer circunstâncias a todos os membros.

A prosperar o respeito ao cânone religioso, estar-se-ia proclamando morte da pessoa humana em respeito à liberdade constitucional de crença, mas, e o direito à vida acoplado à sua inviolabilidade absoluta, também de matiz constitucional?

Segundo Álvaro Villaça¹⁴, não há dúvidas de que o direito de escolha de tratamento médico sem sangue por parte das Testemunhas de Jeová tem amparo constitucional porque não implicaria recusa a tratamento, mas escolha de tratamento médico, incorrendo conflito entre o direito à vida e o direito de liberdade religiosa. E arremata ao afirmar o que boa parte da doutrina e jurisprudência afirmam quanto a dignidade da pessoa humana se inserir no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos, como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º *caput*), à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), entre outros, quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico.

No que pertine às escolhas, se as evidências retratadas na ciência confirmarem, não há razão para negar o direito de o paciente preferir tratamento distinto do proposto, a exemplo da não transfusão de sangue aos adeptos da religião Testemunha de Jeová. Entretanto, não é o que sucede na prática, eis que em muitos casos não só o tratamento adequado se afigura o único e possível, levando em consideração as condições do paciente e a reserva do possível, e sua recusa, com efetivo e real

¹³ DOYLE, Derek. Bilhete de Plataforma. São Paulo: Editora Senac. 2009. p. 170/171.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Ed. Atlas. 2012. p. 43.

risco de vida, não pode ser contemplada no ordenamento jurídico vigente em face da regra constitucional do direito à vida, e sua inviolabilidade (artigo 5º, *caput* da Constituição da República).

5. Conclusão

O crescente desenvolvimento dos direitos da personalidade revela conteúdo humanístico porque inerentes à essência do ser, suas perspectivas e razão de existência no mundo. Tem sido observado esse movimento principalmente na virada do milênio, e no momento atual.

Entretanto, em todas as questões que ameacem o direito à vida, inexorável ao exercício de quase todos os direitos da personalidade, o operador do direito deve ser mais cauteloso em face da irreversibilidade desse direito, tanto quanto pela natural primazia quando comparado aos demais direitos existenciais.

No sistema constitucional vigente o direito à vida é irrenunciável e seu conteúdo não é passível de ser reduzido por emenda constitucional. Alternativas à transfusão de sangue pugnadas pelos adeptos à Testemunha de Jeová, cujo risco concreto à vida seja esperado, assim como seja desaconselhável por junta médica, não devem prosperar, sob pena de ser violado o direito constitucional à vida e completamente esvaziada a técnica da ponderação de interesses.

Sublinhe-se, por fim, que a Medicina, como ciência, já legou ao mundo a réplica de diversos órgãos humanos capazes de impingir boa sobrevida humana, mas em nenhum momento fora exitosa na réplica do sangue humano, cujo mistério até hoje é indecifrável quanto ao seu conteúdo à artificial reprodução.

Referências

- ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba. Ed. Juruá. 2016.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5ª Ed. São Paulo. 2005.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 13ª edição. São Paulo: Editora Gen/Atlas. 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros. 15ª edição 2014.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- DIREITO CIVIL. Vol. I. São Paulo: Ed.Gen.2010.
- DOYLE, Derek. *Bilhete de Plataforma*. São Paulo: Editora Senac. 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2019.
- GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

- HABEMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: ed. Unesp. 2012.
- LEMOES, Floriano. *Direito de Matar e Curar*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco F. 1933.
- LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BRABOSA, Carla. *Direito da Saúde*. Portugal: Ed. Almedina. 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro:ed. Forense. 2012.
- SANTOS, Franklin Santana (editor). *Cuidados Paliativos*. São Paulo: Ed. Atheneu. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2015.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva. 6ª edição. 2017.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2016.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Morte*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes. 2020.
- SHAFIK, Minouche. *Cuidar uns dos Outros*. Um novo contrato social. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca. 2021.
- SHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Ed. Atlas. 2013.
- SILVA, Regina Tavares da. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Ed. Saraiva. 9ª edição. 2013.