



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Recusa Ao Tratamento Hemoterápico:

Os reflexos no âmbito dos direitos fundamentais à liberdade religiosa, à vida  
e à dignidade da pessoa humana

Flavia Piccolo Brandão

Rio de Janeiro  
2010

FLAVIA PICCOLO BRANDÃO

A Recusa Ao Tratamento Hemoterápico :

Os reflexos no âmbito dos direitos fundamentais à liberdade religiosa, à vida  
e à dignidade da pessoa humana

Artigo Científico apresentado à Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como  
exigência para obtenção do título de Pós  
Graduação

Orientadores: Dr. Nelson Tavares  
Dra. Kátia Araujo

Rio de Janeiro  
2010

## A RECUSA AO TRATAMENTO HOMOTERÁPICO : OS REFLEXOS NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE RELIGIOSA, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Flavia Piccolo Brandão  
Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.  
Pós Graduada em Direito Privado Patrimonial pelo CCE – PUC/RJ

**Resumo:** Busca-se, através do presente trabalho, a análise dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à vida, previstos no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, no âmbito da recusa da transfusão de sangue manifestada pelos adeptos da religião Testemunha de Jeová. Objetiva-se demonstrar a difícil tarefa atribuída ao operador do direito de ponderar o conflito real ou aparente dessas garantias constitucionais fundamentais, para apresentar a solução do conflito no caso concreto, eis que inexistentes leis que regulem tais hipóteses. Ademais, há que se apresentar a questão da ilicitude penal da questão: a opção pela não transfusão de sangue pode ser equiparada à eutanásia, palavra que tem origem grega que tem como tradução “boa morte” ou “morte apropriada”? Distante de existir um consenso no ordenamento jurídico sobre a questão, abordaremos a questão sob o enfoque dos direitos fundamentais, traçando um paralelo com a bioética e, sobretudo, com o direito penal, a fim de que o receptor da informação consiga obter esclarecimentos sobre a matéria e construir sua opinião com base em premissas concretas. Muito embora seja obrigação do Estado respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, a fim de buscar o Estado Democrático de Direito, é também seu dever verificar se determinadas condutas e o respeito de determinados direitos, não podem, justamente, acabar como um abalo ao Estado Democrático de Direito, permitindo prática de comportamento que em alguns Estados é visto como crime.

**Palavras –chaves:** Direitos fundamentais – Direito à liberdade religiosa – Direito à vida – Direito à Dignidade da Pessoa Humana - Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová – Conflito de direitos fundamentais – Eutanásia (“morte apropriada” ou “boa morte”).

**Sumário:** Introdução. 1. Dos Direitos Fundamentais. 1.1 Noções Gerais 1.2. Caracteres dos Direitos Fundamentais. 1.2.1. Historicidade. 1.2.2. Inalienabilidade. 1.2.3. Imprescritibilidade. 1.2.4. Irrenunciabilidade. 1.3. Do Direito à Liberdade e da Liberdade Religiosa, 1.4. Do Direito à Vida, 1.5. Da Dignidade da Pessoa Humana. 2 Da Colisão entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa, 2.1 A recusa ao tratamento com sangue, 2.2 A recusa ao tratamento e o conflito de valores, 2.2.1. A recusa à transfusão de sangue invocada por maior capaz, 2.2. 2 A recusa à transfusão de sangue manifestada por representante legal de menor ou incapaz, 2.2.3. A recusa à transfusão de sangue manifestada por pastor. 3. A Eutanásia Passiva E A Recusa Do Tratamento Hemoterápico. 3.1. Solução de conflitos de direitos fundamentais. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional apresenta-se como base da ordem jurídica do Estado, que sofre diretamente condicionamentos culturais, religiosos, políticos, econômicos, presentes ou latentes no país. Por outro lado, converte-se a Constituição em setor estratégico fundamental de conformação jurídica e de transformação de condicionamentos, sendo, ainda, uma fonte de direito, o modo de ser da comunidade, a organização jurídica do povo, a lei fundamental.

Pretende-se trazer, dessa forma, uma nova discussão e reflexão se realmente um ato considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro – a eutanásia – pode ser equiparada ao pedido de não transfusão de sangue, já que se optará pela morte em detrimento de não contrariar princípios religiosos e dignidade da pessoa humana.

Diante desse paradigma, o presente artigo enfoca a temática dos direitos fundamentais sob o prisma da liberdade religiosa, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, será trazida a questão da transfusão de sangue, uma forma de salvar vidas para a maioria da população, mas para outros, totalmente inadmissível em vista de convicções religiosas.

É de notório saber que a liberdade de religião é um dos princípios basilares da democracia e uma extensão inequívoca do direito de liberdade em sentido amplo. A religião sempre desempenhou a função de ditar normas de cunho moral que contribuíram para a formação e organização social do Estado. Através dela, os cidadãos buscam explicações para angústias, calma para suas vidas e acabam por criar uma sociedade própria, com costumes específicos e crenças determinadas.

A abordagem da negativa de tratamento hemoterápico, motivado por crença, condenação religiosa, o direito a essa negativa e à invocação do direito à liberdade como

fundamento para optar por algo cuja ausência poderá ser fatal, traz à discussão o direito à dispor da vida, ou seja, o direito a escolher pela morte.

Assim, a ausência do sangue, necessário para salvar uma vida, poderia ser equiparada ao crime de eutanásia passiva, como no exemplo de não mais alimentar um paciente artificialmente para deixá-lo morrer?

A eutanásia, como sabido, gera diversas controvérsias, muitas delas equivalentes à discussão ora travada, qual seja, a ponderação do direito fundamental à vida e o direito à dignidade da pessoa humana. Em ambos os casos se discute o direito à viver com dignidade, seja pelo respeito à sobrevivência digna em vista de uma doença, seja pelo respeito à crenças religiosas e o convívio em comunidade.

Acredita-se que um eventual sucesso da transfusão, apesar de salvar a vida do religioso, ao mesmo tempo o condenaria à discriminação ao retornar ao convívio em sua sociedade religiosa, vista que teria violado a crença comum, em face da prevalência do direito à vida. No caso da eutanásia, a prevalência do direito à vida esbarraria no direito à dignidade da pessoa humana em prosseguir sua subsistência, o que restaria violado.

Não se busca, aqui, discutir sobre o direito à crença em si, mas em argumentar se uma pessoa tem o direito de optar pela morte ao não querer que se realize a transfusão de sangue no caso de iminente perigo de vida, numa sociedade que não permite a prática de eutanásia passiva, conforme artigo 135 do Código Penal, que define o crime como forma de omissão de socorro, ou seja, havendo omissão por parte dos médicos em realizar certa ação que teria indicação terapêutica para determinada circunstância, que geraria a responsabilização penal médica.

No presente artigo, os princípios previstos no artigo 5º da Carta Magna serão abordados e confrontados, mais especificamente no que se refere aos direitos à liberdade de religião, à vida e a dignidade da pessoa humana. Esses direitos refletem na recusa do

tratamento médico com transfusão de sangue, manifestada com fundamento em convicções religiosas.

O enfoque do tema não poderia ser distinto, senão sob o respaldo de direitos e garantias fundamentais, e, ainda, um fundamento mais objetivo do tema, qual seja, se a não transfusão pode ou não ser equiparada ao crime de eutanásia passiva e, assim, encerrar-se-ia uma discussão que se arrasta há longos anos: o Estado deve preservar a vida humana em detrimento da liberdade religiosa. A questão - que será abordada através de metodologia descritiva e qualitativa - é extremamente delicada, como se sabe, pois provoca a ponderação de princípios que, muito embora distintos, fazem parte da mesma categoria: de direitos fundamentais.

## 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1. NOÇÕES GERAIS

Conforme Sarlet (1998), são os direitos fundamentais aqueles que formalmente foram inscritos ou recepcionados nos textos constitucionais, a partir da consciência do constituinte, como elementares para manter a unidade política e integração da sociedade. Compõem aqueles direitos assegurados por garantias constitucionais, cuja finalidade é a preservação da liberdade e dignidade da pessoa humana, sem prejuízos das denominações direito do homem (direitos naturais, não ou ainda não positivados), direitos humanos (positivados na esfera de direito internacional) e direitos humanos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado), tendo em vista a íntima relação entre os mesmos, considerando-se essencial sua indivisibilidade (interdependência entre os mesmos).

A idéia de direitos fundamentais, *stricto sensu*, liga-se ao sentimento de liberdade, exigindo uma relação de bilateralidade entre a autoridade estatal e governados. Miranda (1997) ressalta que somente há direitos fundamentais quando há distinção entre o Estado e a pessoa, na medida em que a liberdade e a autoridade se distinguem, e até mesmo se contrapõem, mas que “por isso mesmo não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra”.

Os conceitos de direitos fundamentais se dividem em formal e material. O conceito formal se refere aos direitos propriamente ditos, garantidos na Constituição Federal. O

conceito material, por sua vez, se refere a valores, que são produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo de tais direitos nas constitucionais, sendo pré-constitucionais.

Diante de tais concepções, os direitos fundamentais evoluíram com o passar do tempo, a fim de melhor se adequarem à necessidade de resguardo da dignidade da pessoa dos cidadãos. Diante de novos contextos referentes à concepção de tal dignidade, surgiram as gerações dos direitos fundamentais, que remetem exclusivamente a um critério cronológico de surgimento.

Primeiramente, nasceram os direitos fundamentais de primeira geração, originários de pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e positivados com as revoluções liberais. Os direitos civis e políticos saem do campo filosófico para integrarem o texto normativo-constitucional. Quanto ao conteúdo, são chamados direitos de defesa, pois dizem respeito a prestações estatais negativas, abstenções do Estado. Isso porque, surgiram com escopo limitador do poder do Estado, e o método de limitação desse poder é justamente a imposição de deveres negativos ao Estado, criando direitos a prestações estatais negativas.

Após, diante da impossibilidade dos direitos de primeira geração concretizarem seus objetivos, e pelo fato de que o texto constitucional não encerrou as desigualdades sociais, nascem os direitos fundamentais de segunda geração, na segunda metade do século XX. Ligados a movimentos socialistas, que criticaram frontalmente o constitucionalismo liberal, substitui-se a igualdade formal promovida de início, pela igualdade material, configurando, assim, o Estado Social de Direito, então, remontando ao conceito de Aristóteles (2001) encampado e sintetizado por Rui Barbosa. Significa tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Por isso, exigia-se a atuação do Estado, a promoção da igualdade material corresponde à criação de deveres de proteção, com vistas a socorrer a parte mais fraca.



Destarte, conforme Magalhães (2000), o objetivo dos direitos fundamentais de segunda geração não é limitar o poder estatal, como os de primeira, e sim prover necessidades básicas do cidadão. O Estado deve se preocupar com o bem-estar social, ou seja, ser o provedor, ativo, de condições materiais mínimas de vida digna para todos os cidadãos. Por isso, os direitos de segunda geração são, em regra, direitos a prestações positivas do Estado, direitos prestacionais, segundo a classificação quanto ao critério de conteúdo dos direitos. Exemplo de direitos prestacionais: a saúde, a educação, a assistência, a moradia, o direito ao trabalho e o direito ao lazer.

Contudo, os direitos dessa geração apresentam uma problemática que não se nota nos direitos de primeira geração: representam altos gastos para o Estado, na medida em que impõem atuações estatais para seu implemento. Ademais, tal modelo sofre colapso a partir da Segunda Grande Guerra, dando espaço ao Estado Democrático de Direito, que procura implementar a transformação da sociedade através do próprio ordenamento jurídico e não a partir de promoção de grupos, por intermédio de ação concreta do Estado.

Desta forma, este novo paradigma enseja a participação dos cidadãos nas decisões do Estado, já que tais deliberações refletem diretamente na vida coletiva e particular de cada indivíduo. Quanto maior a participação do indivíduo na elaboração da ordem jurídica ao qual se submete, maior será o grau de democracia alcançado. Nestes termos, o Estado Democrático de Direito se torna uma viabilização dos direitos fundamentais, no qual o valor maior a ser perseguido não é somente a garantia de dignidade do homem, mas a participação pública, facilitando as relações democráticas.

No âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração, surgem os direitos coletivos e difusos, os quais têm duas características em comum. A primeira é a titularidade transindividual, ou seja, o titular não é o indivíduo, isoladamente, mas sim um grupo de

indivíduos, determinados ou não, ultrapassando o sujeito dos direitos de primeira e segunda geração, que objetivavam os indivíduos.

Os direitos difusos têm como titular um grupo indeterminado, uma coletividade indeterminada de pessoas unidas por relação jurídica de fato, sem haver qualquer relação jurídica de direito de base que os una. Os direitos coletivos, em sentido estrito, são titularizados por uma coletividade determinada, pessoas que são unidas por uma relação jurídica de base.

A segunda característica comum aos direitos difusos e coletivos é a indivisibilidade: não se pode precisar, com exata medida, qual a parcela de satisfação do direito para uns e outros titulares. Não há como se atender ao direito de uns titulares transindividuais e não atender a outros: ou o direito é satisfeito a todos, ou a nenhum deles.

Mais recentemente, os direitos fundamentais de quarta geração tomam lugar. São direitos de quarta geração a democracia participativa, que é uma evolução da democracia representativa, e os direitos ligados à bioética.

Há doutrina, como a de Bonavides (1998), que entende que há novel campo de direitos que representam esta categoria. Para esta doutrina, são direitos de quarta geração a democracia participativa, que é uma evolução da democracia representativa, e os direitos ligados à bioética.

Os direitos da bioética dizem respeito às inovações tecnológicas e sua repercussão na disposição do corpo humano, sendo notadamente referentes à fertilização *in vitro* e a destinação de seus produtos, a eutanásia e também em relação à pesquisa com células tronco-embrionárias e clonagem humana. Novamente, a crítica feita pela doutrina clássica reputa tais direitos como mera emanção dos direitos da personalidade – integridade física, moral, direito ao corpo –, direitos fundamentais de primeira geração, apenas aplicados a um novo contexto.

Finalmente, há que se destacar que existem alguns poucos autores que defendem, ainda, a existência dos direitos fundamentais de quinta geração. Bonavides (2006) entende que são os direitos dessa geração o direito à paz e sua íntima integração a compreensão de democracia. Destaca a paz como um direito fundamental de quinta geração que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos. Assim, a nova dimensão de direitos fundamentais reserva ao direito à paz o papel central de supremo direito da humanidade.

## 1.2. CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme Silva (2000), os caracteres dos direitos fundamentais desenvolveram-se à sombra de concepções jusnaturalistas de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis. Neles, o referido autor identifica as seguintes características.

### 1.2.1. HISTORICIDADE.

São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Sua historicidade encontra fundamento no direito natural, essência do homem ou natureza das coisas. Devido à concepção de historicidade, tais direitos não possuem mais caráter absoluto.

### 1.2.2. INALIENABILIDADE

Por terem conteúdo não-patrimonial, são direitos intransferíveis, inegociáveis. A ordem constitucional os confere a todos, garantindo a sua indisponibilidade. não podem ser objeto de renúncia. Sobre essa característica, serão aprofundados os estudos, ao longo deste trabalho, visto que ela está inserida em sua discussão central.

### 1.2.3. IMPRESCRITIBILIDADE

O exercício dos direitos fundamentais, em grande parte, ocorre só no fato de a ordem jurídica reconhecê-los. Não há requisitos que importem em prescrição, nunca abandonando a exigibilidade. Sendo sempre exercíveis e exercidos, não há interferência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

### 1.2.4. IRRENUNCIABILIDADE

Alguns direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas jamais renunciados.

A questão, nesse ínterim, surge, quando existem direitos fundamentais em conflito, quando se faz necessário a análise de qual deverá prevalecer, ou seja, quando um deles deve ser renunciado para fazer prevalecer o outro. Justamente diante de tais caracteres é que o tema

deste trabalho será analisado: o que deve prevalecer no caso em que a religião de uma pessoa não permite que a mesma se utilize dos meios necessários para atingir a manutenção da vida.

Para essa análise, faz-se imperioso a examinar cada um dos princípios e qual deles deverá prevalecer.

### 1.3. O DIREITO À LIBERDADE E À LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, elenca os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos, sendo que, no seu caput, apresenta de forma expressa o direito fundamental à liberdade.

No conceito jurídico, liberdade é a faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. Se antes a liberdade era vista como direitos políticos, no entendimento moderno, considerando a evolução dos direitos fundamentais e o fato de se viver em um Estado Democrático de Direito, se vincula a liberdade à realização da vida pessoal.

No que concerne ainda à classificação das liberdades, destaca-se que existem outras modalidades, com conceitos e tratamentos distintos. A liberdade interna, tratada como de foro íntimo e também chamada de liberdade de pensamento, abriga, dentre outras, a liberdade de consciência e de crença, objetos deste estudo. Já a liberdade externa, também conhecida como liberdade de exteriorização de pensamento, abriga a liberdade de culto, liberdade de informação jornalística, liberdade de cátedra, liberdade científica e liberdade artística.

O tema ora analisado é exatamente aquele que se refere à liberdade e seu alcance, ou seja, até que ponto a liberdade interna do ser humano, ou o seu poder de escolha, pode

determinar os acontecimentos sem entrar em conflito com a liberdade externa, conhecida como o poder de fazer.

No âmbito dessa análise, da questão levantada sobre o óbice à transfusão de sangue em adeptos de determinadas religiões, merece se verificar a liberdade religiosa, que surge com a necessidade de seguir referenciais, sendo a religião uma das formas de unir as pessoas em torno de valores, crenças e dogmas, que, por fim, acabam por influenciar os comportamentos sociais.

A liberdade religiosa como um dos mais importantes direitos individuais previstos na Constituição da República de 1988, que significa, segundo Moraes (2001) a demonstração da verdadeira consagração de maturidade de um povo.

Esse direito está gravado no art. 5º, inciso VI, da atual Constituição, que textualmente diz: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias".

Concebido como direito fundamental de primeira geração, impõe-se precipuamente ao Estado, como "um dever de não-fazer, de não-atuar, de abster-se, enfim, naquelas áreas reservadas ao indivíduo", o que seria uma justificativa para a possibilidade de escolha do paciente acerca da possibilidade ou não na transfusão de sangue.

#### 1.4. O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Objeto do direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, a vida deve ser entendida como um processo vital que se instaura com a concepção,

progredir, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade deixando de ser vida para ser morte.

No entanto, cabe a seguinte pergunta: basta viver por viver ou viver uma vida com dignidade? Não seria necessário, dessa forma, a unicidade dos direitos superiores?

Nesse sentido, o direito à vida revela-se a partir de duas concepções: determinando que a sua proteção deve atender ao direito individual de estar vivo e, ainda, ao direito à individualidade, de viver dignamente. Ou seja, não somente a vida recebe a proteção constitucional, mas também seu perfeito e harmonioso desenvolvimento deve ser protegido.

Segundo Magalhães (2000), o direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é à vida com dignidade, e não apenas a sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito síntese dos grupos de direitos individuais, sociais, econômicos e políticos, sendo a própria razão dos direitos humanos.

O inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, configurada como Estado Democrático de Direito. Ressalte-se que a lei fundamental não contém apenas conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia transformando-se em valor jurídico fundamental à sociedade.

Assim, é função do Estado assegurar o direito à vida – não apenas no sentido de estar vivo – mas também no sentido de garantir ao cidadão uma vida digna quanto à sua subsistência, razão pela qual cabe a ele o oferecimento de condições para o seu pleno exercício e deve sempre ser considerada a *ultima ratio* a sua extinção.

## 2. DA COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA – A QUESTÃO DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

### 2.1. A RECUSA AO TRATAMENTO COM SANGUE.

A recusa à terapia transfusional por motivação religiosa, manifestada por pacientes em perigo de vida ou não, de acordo com Goldim (1997), é, ainda, muito frequente.

A referida recusa gera diversas controvérsias e polêmicas, que acarreta importantes reflexos na esfera médica, como é o caso de dilemas éticos, tendo em vista que os médicos estão condicionados a enxergar a manutenção da vida biológica como o bem supremo, e no âmbito jurídico, no qual se debate se é direito do paciente recusar um tratamento médico por objeção de consciência quando esse, aparentemente, é o único meio apto a lhe salvar a vida.

No âmbito jurídico, sobretudo, há que se salientar que o tema envolve direitos fundamentais distintos, o que faz nascer a necessidade de ponderá-los, quando levado ao Poder Judiciário a análise de casos concretos que impliquem no conflito de direitos que possam ser considerados antagônicos por certas culturas ou indivíduos, mas que em outros casos, seriam de fácil e lógica solução.

No caso específico da testemunha de Jeová, a proibição do tratamento hemoterápico é fundada na natureza sacra conferida ao sangue através da interpretação feita pelas Testemunhas de Jeová, em diversos textos bíblicos, tais como Gênesis 9: 3-4; Livro Levítico 17:10.

A interpretação de trechos bíblicos demonstra que as Testemunhas de Jeová creem que Deus os proibiu de receber sangue alheio, razão pela qual, quem o recebe, será



considerado impuro, sendo o pior castigo que lhes poderia acometer, o que poderia gerar a exclusão daquele que obteve transfusão, em um abnegado no seu meio de convivência religioso, excluindo-lhe a dignidade de viver.

A proibição de transfusão de sangue, deste modo, é a base de um dogma religioso e como tal, deve ser admitido, respeitado e analisado, pela ótica jurídica.

É neste sentido que se pode levantar a questão da ocorrência de um conflito entre dois valores ou direitos tutelados pela CF/88, quais sejam: a liberdade religiosa e o direito à vida.

A fim de defender a liberdade em referência, argumenta-se que as Testemunhas de Jeová não têm a intenção de renunciar à vida quando negam a terapia transfusional. Apenas manifestam a vontade de serem submetidas a tratamento alternativo ao sangue, não ocorrendo recusa no tratamento médico.

No que condiz às situações em que o paciente não corre risco de vida, evidentemente que se houver a alternativa que dispense a transfusão, essa deverá prevalecer, porquanto a doutrina inclina-se para o entendimento de que a vontade do paciente, com sustentação no direito fundamental à liberdade religiosa, deve ser respeitada.

Porém, em casos mais graves, quando a situação envolve risco de vida do paciente, a orientação do Conselho Federal de Medicina, é de que o médico deve transfundir o paciente, mesmo diante de oposição, determinação que esbarra, muitas vezes, na dignidade da pessoa do paciente religioso.

### 2.2.1. A RECUSA MANIFESTADA POR MAIOR CAPAZ.

No caso de pessoa maior e capaz, a recusa ao tratamento transfusional, com fundamento em convicções religiosas, pode ser considerada um exercício do direito de liberdade, assegurado pelo Estado Democrático de Direito.

E é com o fundamento do argumento mencionado acima, que o adepto de determinadas religiões se recusam conscientemente em receber transfusão de sangue, mesmo sabendo de que poderá acarretar em sua morte. Além disso, há base legal no o art. 5º, II, da CF, que traduz o princípio da legalidade, de que ninguém deve deixar de fazer nada salvo se vedado pela lei, sob pena de intervenção na esfera privada de cada indivíduo.

Neste âmbito, é importante salientar que não existe qualquer lei que obrigue tais indivíduos a se submeterem à transfusão de sangue, assim como não existe lei que obrigue qualquer pessoa a se submeter a qualquer tratamento médico ou cirúrgico. Referido fato permitiria que cada um agisse com a liberdade e opções de vida que lhes conviesse, podendo, inclusive, dispor de suas próprias vidas.

Contudo, tal hipótese não se encontra pacificada. A Juíza de Direito do Estado de São Paulo, Christine Santini Muriel (1994, p. 30/35), ao escrever um artigo sobre o tema, considera que "se o ato for absolutamente necessário para a manutenção da vida do paciente, deve ser ele realizado mesmo no caso de recusa. Se o ato for tão somente útil ou conveniente, deve a vontade do paciente ser respeitada, não se realizando a transfusão".

No entanto, pondera que, no caso específico dos seguidores da seita Testemunhas de Jeová, a jurisprudência internacional tem evoluído no sentido de que se respeite a vontade do paciente independente dos riscos dela decorrentes. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, alguns hospitais e Cortes adotam a teoria de que qualquer paciente adulto que não

seja declarado incapaz tem o direito de recusar um tratamento, não importa quão prejudicial tal recusa possa ser para sua saúde. Adota-se, em regra geral, naquele país a teoria da necessidade do consentimento esclarecido do paciente para a prática da intervenção médica.

Note-se que, seguindo o posicionamento internacional, vem se admitindo, no caso de crenças religiosas, a declaração formal realizada, que se constitui em ato jurídico plenamente válido, visto que observa as condicionantes do agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do art. 82 do Código Civil. O documento deve ser respeitado pelo médico, pois exterioriza uma vontade, que é a de não receber sangue e, conseqüentemente, de o paciente ser submetido a um tratamento alternativo. Referida declaração isentaria os médicos de responsabilidade por quaisquer resultados adversos causados pela recusa do paciente em aceitar sangue.

No entanto, como será visto, nem sempre haverá essa declaração por escrito, e há que se sopesar a referida autonomia de vontade e o direito à vida, que tenderá a prevalecer.

A preponderância ao direito à vida permanece nos Tribunais brasileiros, mas se deve priorizar os meios alternativos e, somente em sua falta ou impossibilidade, violar a vontade do paciente, a fim de prevalecer o direito à vida.

### 2.2.2. A RECUSA APRESENTADA POR REPRESENTANTE LEGAL DE MENOR OU INCAPAZ

Entende-se que os maiores problemas surgem no caso de menor de idade e incapaz, que ainda não pode exprimir suas vontades próprias de forma válida. Isso porque, o caso acaba por ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, através de medidas cautelares, no

intuito de se obter ordem judicial permissiva à intervenção médica, primando pela preservação da vida do paciente.

É justamente nesses casos que o Judiciário esbarra em questões polêmicas, muitas vezes de foro íntimo dos julgadores, que também acabarão por julgar nos termos de suas convicções pessoais, uma vez que o Estado, laico, nada determina sobre a predominância de interesses como esses, sobretudo quando a questão se torna religiosa.

Indubitavelmente, poder-se-ia considerar a solução no poder familiar e direito de decisão que os pais ou tutores no direito de decisão do incapaz, privilegiando suas vontades e liberdades, nos termos da primeira parte do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Mas, não tendo a maioria, a vontade da criança e do adolescente não basta para a determinação de sua própria conduta.

Contudo, tal posicionamento de que os pais teriam o poder-dever de desautorizar a transfusão de sangue, é bastante contestada. Trata-se do único ponto da celeuma a ficar próximo de um consenso: nessa hipótese acredita-se que a vida do menor ou incapaz deverá ser sempre preservada, primando pelo melhor interesse da criança, nos termos do artigo 227 da Carta Magna da República de 1988.

Conclui-se, desta forma, que, em se tratando de paciente menor ou incapaz, eventual recusa dos pais ou responsáveis leva ao imediato suprimento do consentimento pelas autoridades judiciárias, eis que a norma constitucional não protege a renúncia à vida fundada no poder familiar ou de representação.

### 3. A EUTANÁSIA PASSIVA E A RECUSA DO TRATAMENTO HEMOTERÁPICO

Levando-se em conta o direito à intimidade, à livre disposição do corpo e à possibilidade de autonomia sobre a própria vida que se garantem a todos os seres humanos, muitos defendem que é inaceitável a negação do Estado ao dever de garantir o direito individual em dispor livremente de sua vida, devendo o Estado assegurar o direito à vida em sua ampla concepção, donde se verificaria o direito à vida digna.

Isso implica em dizer, que, legitimação da opção pela escolha da não transfusão de sangue permitiria, em determinadas hipóteses, que o indivíduo optasse pela morte em detrimento da vida, pois sua dignidade de prosseguir em seu contexto religioso restaria prejudicada com a sua expulsão da comunidade religiosa em que vive.

Contudo, vislumbrando-se tal hipótese como a opção pela morte, seria verificada a permissão de determinadas práticas que são vedadas no ordenamento jurídico, como no caso da eutanásia passiva, tipificada como crime no artigo 135 do Código Penal, definindo-o como uma forma de omissão de socorro.

Assim prevê o artigo 135 do Código Penal: “Omissão de Socorro - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.”

Tal fato colocaria em posição de equivalência a inação do médico perante a impossibilidade de efetuar a transmissão de sangue, acarretando-lhe, muitas vezes, na omissão de socorro tipificada no Código Penal em vigor. Diante disso, seria difícil a ponderação dos interesses e direitos fundamentais, a partir do momento em que a legislação brasileira, na

acepção de estado laico, primaria pela vida em detrimento de qualquer outro bem jurídico, considerando a recusa em discussão na acepção concedida à eutanásia passiva.

Igualmente neste sentido, para a maioria das pessoas, haveria hierarquia sobre o direito à vida sobre a dignidade, e não contrário. Não se permitiria que a vida fosse possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e abaixo deste o direito à dignidade.

O argumento que aparenta ser decisivo é que sem a vida não é possível a dignidade. Essa afirmação pode parecer de grande impacto, contudo é errônea. Implica uma transposição de lugares. De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade em um ser inerte, em uma pedra, ou em um vegetal ou, ainda, a dignidade de ser um indivíduo excluído da comunidade religiosa em que vive, um paria, um marginal.

Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente de um enfoque biológico), e se for entendido que esta deverá prevalecer, imperativo se faria a permissão da eutanásia passiva no ordenamento jurídico, juntamente com a possibilidade da recusa de tratamento médico, no caso de possível ofensa à dignidade da pessoa humana decorrente de religião que não permitisse determinada espécie de tratamento médico sob pena de expulsão da comunidade.

### 3.1. SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

É de notório saber que os direitos fundamentais são considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como princípios, e, como tais, devem ser sopesados tais como os

princípios de direito. Assim, para a solução da colisão, o aplicador do direito, deverá utilizar os passos metodológicos que a doutrina propõe:

Quando os direitos fundamentais colidem, a solução implica na restrição de um em favor do outro. Há quem defenda, como Ataliba (*apud* Espíndola, 199, p. 165), que o conflito deva ser solucionado pela estipulação de uma hierarquia entre as gerações. Afirma o autor que o sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

É claro que este critério não é compatível com a CRFB, pois seria clara violação ao princípio da unidade constitucional, na sua mais clara manifestação – a consignação de todas as normas em igual hierarquia. Por isso, o método adotado para solução de conflitos entre direitos fundamentais é a famigerada ponderação de interesses.

A ponderação é sempre feita à luz do caso concreto, *ad hoc*, estabelecendo-se sim uma hierarquia em concreto, na casuística, do valor mais importante para a solução daquele conflito em concreto, mas nunca se admitindo a hierarquização apriorística, em tese, em abstrato, hierarquia normativa.

Dessa idéia, o STF (Recl 2.040-1- DF- Tribunal Pleno, rel. Néri da Silveira), colhe a assertiva de que todos os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, pois se há como suprimir qualquer deles na casuística, em favor de outro, não se pode entender que haja direito imponderável. Para bem se entender esta natureza relativa dos direitos fundamentais, é importante traçar um breve comentário sobre a diferença entre regras e princípios.

#### 4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

A fim de dirimir maiores dúvidas sobre o assunto, é imperativo que se demonstre o posicionamento dos Tribunais de Justiça brasileiros sobre o tema, que, conforme se verifica, prepondera o direito à vida em detrimento do direito à escolha religiosa, mas considerando que devem ser esgotados os meios alternativos à transfusão para que a mesma possa ser realizada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível: AC 595000373 RS (1995), julgada pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Relator Sérgio Gischkow Pereira, decidiu que não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Conforme entendimento esposado, se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade desse, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Assim, importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em seria literatura medica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento.

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



(art-146, par-3, inc-i, do Código Penal). Conforme o E. Tribunal, o direito a vida antecede o direito a liberdade, aqui incluída a liberdade de religião.

Igualmente primando pelo direito à vida, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do Agravo de Instrumento 2004.002.13229, Relator Carlos Eduardo Passos, expôs na ementa do referido acórdão que há prevalência da proteção do direito à vida sobre a saúde e convicção religiosa, no caso de não haver terapia alternativa ao paciente.

Por fim, acordou a 3ª Câmara de Direito Privado DO Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 123.430-4 (2002), Relator Flávio Pinheiro, no sentido de que as convicções religiosas não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida.

## **CONCLUSÃO**

Após esse estudo, pode-se afirmar que se verifica a prevalência de um direito sobre o outro, que não poderá ser decidido de forma simplista, merecendo análise eventuais consequências nefastas à saúde mental do paciente, criadas pela transfusão não consentida por motivos religiosos.

Na medida em que as religiões fornecem explicação do destino de seus crentes, elas ditam seus comportamentos individuais e sociais, modelam o seu pensamento e sua ação, privilegiando uma ordem sobrenatural sobre a humana, trazendo um conflito entre o poder de um Estado laico e os imperativos de sua fé.

No entanto, como visto, permitir que os indivíduos possam escolher e até mesmo dispensar tratamentos que representam sua escolha pela morte, obrigando os médicos a se quedarem inertes, representaria uma equiparação à eutanásia passiva, tipificada no Código Penal Brasileiro. Se assim o fosse, solucionada estaria a questão, pois haveria a dispensa da necessidade de anuência do paciente em caso de necessidade do tratamento hemoterápico, encerrando quaisquer dúvidas dos médicos em relação a como proceder nas situações extremas.

Assim, se considerada a não transfusão ao crime de eutanásia passiva e, assim, encerrar-se-ia uma discussão que se arrasta há longos anos: o Estado deve preservar a vida humana em detrimento da liberdade religiosa. Tal fato encerraria as questões morais, éticas e profissionais que assolam os médicos, que ficam sem saber como agir, além de não mais tornar necessária a busca pelo Judiciário para dirimir a referida controvérsia.

Diante disso, a dignidade, o direito à liberdade religiosa, apesar de ser obrigação do Estado, não devem ser interpretados como uma imposição legal, devendo o Estado proporcionar a dignidade da pessoa humana e viabilizar mecanismos que impeçam qualquer ato que afronte a vida, limitando-se à vontade do ser humano, juntamente com o direito à liberdade e à dignidade.

É justamente por conta de tal assertiva, predomina o entendimento de que se deve respeitar a vontade dos indivíduos, primando-se por alternativas que farão predominar sua liberdade religiosa, mas, caso contrário, será dada a prioridade à vida, traduzindo, nessa atitude, o Estado Democrático de Direito, construído de forma laica.

**REFERÊNCIAS.**

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1996
- BONAVIDES, Paulo. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*, in *Revista Direitos Fundamentais & Justiça* n. 3, abr./jun, p. 82-93, 2008.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código Brasileiro de ética, Resolução n. 1246/88*.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999, p. 165.
- FABRIZ, Daury César. *Bioética e Direitos Fundamentais*: Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003.
- GOLDIM, José Roberto. *Bioética e Interdisciplinariedade*. In <http://www.ufrgs.br/bioetica/biosubj.htm>, 1997, acessado em 17 de maio de 2010.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. *Religiosos têm direito a negar transfusão de sangue*, in <http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>, acessado em 20 de março de 2010.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MURIEL, Christine Santini. *Aspectos jurídicos das transfusões de sangue*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 706. Ago. 1994.
- SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª Ed. Malheiros Editores: São Paulo, 1999.