



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Mara Consalter, Zilda; Jaremczuk, Pedro
Direito à vida versus recusa ao tratamento vital
Prisma Jurídico, vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 35-53
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93416940003>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc



Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Direito à vida *versus* recusa ao tratamento vital

Zilda Mara Consalter

Mestre em Direito Negocial - UEL;
Professora Assistente do Departamento de Direito das Relações Sociais do Curso de Direito - UEPG.
Ponta Grossa – PR [Brasil]
zilda_advocacia@hotmail.com

Pedro Jaremczuk

Graduado em Direito - UEPG.
Ponta Grossa – PR [Brasil]
pedrojaremczuk@yahoo.com.br

Analisa-se, por meio desse estudo, o conflito que há entre o direito à vida com outro direito ou princípio fundamental: o direito à recusa ao tratamento vital, baseado na liberdade religiosa, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade do paciente. Efetua-se um estudo mais específico acerca da recusa de tratamento vital em confronto com a vida, com a apresentação de possíveis soluções para o problema. A recusa a tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas, embora bastante discutida na doutrina, deve ser respeitada, salvo se colidir com a vida, hermeneuticamente considerada como um bem maior. Nesse contexto, constata-se também que nenhum progresso científico pode ser obtido com a destruição da vida e da dignidade humana. **Palavras-chave:** Colisão de direitos fundamentais. Dignidade humana. Direito à vida. Tratamento vital.

1 Introdução

“Juízes, não sois máquinas! Homens é que sois!”
(Chaplin, em *O Grande Ditador*).

Tema de grande debate na atualidade, o conflito entre direitos fundamentais se destaca pela ausência de solução expressa, pois as decisões dependem da análise dos Magistrados. Daí a epígrafe desse estudo.

As leis caminham em descompasso com as mudanças da Humanidade e o progresso da engenharia genética, com a valorização dos direitos, especialmente a vida e a dignidade humana.

Assim, analisar-se-ão esses direitos e a sua colisão com outros direitos fundamentais, discutindo o problema da recusa de tratamento vital por parte do paciente, que é igualmente protegido pela Constituição Federal de 1988 (CF).

Caracterizada como teórica, a pesquisa foi desenvolvida à luz do método dedutivo, que possibilitou que fossem analisados dados e as respectivas incidências legais, fundamentados em revisão bibliográfica, sendo posteriormente confrontados com a jurisprudência. Para tanto, foi efetuada uma pesquisa documental indireta na qual fez-se a análise tanto da legislação quanto da doutrina, da jurisprudência e dos documentos relativos ao assunto.

2 Do direito à vida

O conceito de vida é quase impossível de ser formulado adequadamente por estar muito além da compreensão humana. As ciências conseguem apontar vagas ideias sobre seus aspectos e partes, mas o seu todo pertence à religião e à moral (SZANIAWSKI, 2005).

Chaves escreve que o estudo da vida não pertence à Física nem à História Natural, mas à Psicologia, que é vista como ciência que procura

saber a respeito da forma e do princípio da realidade nos seres vivos, concluindo que a vida é algo que oscila entre uma alma e um corpo (1994).

O direito à vida é considerado um direito fundamental, humano e de personalidade, ocupando posição de primazia tanto na esfera natural quanto na jurídica, pois em seu entorno, e como consequência de sua existência, gravitam todos os demais direitos.

Manifestando-se desde a concepção, sob a condição de nascimento com vida, esse direito permanece integrado à pessoa até a morte: inicia-se como direito ligado à pessoa, quando o nascituro, que também dispõe desse direito ao ser liberado do ventre materno, respira por si e cessa-se somente com a morte da pessoa, apurável mediante critérios definidos pela medicina legal e por aparatos que a técnica põe a disposição do setor, e que, de fato, caracteriza-se pela exalação do último suspiro (BITTAR, 2008).

Vida, do latim *vita*, significa o conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas, tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução a existência, entre outras. Vida de qualquer espécie caracteriza-se pela capacidade de renovação contínua e ininterrupta, ou seja, um interminável dinamismo biológico (MELO, 2005).

Segundo Moraes (1997), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Com relação ao início da vida, deve-se aferir as posições da Medicina, do Direito e da Igreja Católica.

Na Medicina há duas correntes: a primeira afirma que a vida tem início quando o núcleo do espermatozoide se funde ao núcleo do óvulo no

momento da concepção; já a segunda considera o início da vida humana a partir da gravidez consolidada: a nidação (HORTA, 2008).

Quanto a Igreja Católica, os religiosos entendem que o embrião constitui uma vida humana, e como tal, é sagrado, cabendo à humanidade respeitá-lo e protegê-lo. Portanto, para a Igreja Católica está claro que há vida desde a concepção até a morte. Aliás, o Papa João XXIII, na Encíclica *Mater et Magistra*, intitulada “Respeito pelas Leis da Vida”, nº 191, apregoa: “A vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem, ela exige a intervenção direta da ação criadora de Deus. Quem viola as leis da vida ofende a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano e enfraquece a comunidade de que é membro”.

De acordo com o artigo 2º do Código Civil (CC), a personalidade civil do homem começa no nascimento (rompimento da unidade biológica entre mãe e filho) com vida (respiração); mas põe-se a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (MELO, 2005).

Enfim, a vida é considerada um direito fundamental garantido constitucionalmente e é também um pré-requisito para a existência dos demais direitos, além de ser um bem inviolável, possuindo todas as características inerentes aos direitos da personalidade, como a indisponibilidade e a ilimitabilidade, não estando na esfera de disposição do indivíduo, seja por que motivo for.

Por outro lado, a vida e a dignidade da pessoa humana andam juntas, e em alguns casos esta última vem se sobrepujando àquela, sobretudo no contexto de proximidade de morte, como o direito a morrer com dignidade.

3 Do direito às liberdades

Esse direito representa uma conquista dos cidadãos pela manifestação de sua autonomia individual, sendo considerado como o fundamento da Democracia, na medida em que possibilita liberdade de ação e serve como

limite às opressões do Estado. A liberdade está ligada à legalidade, pois ambas indicam que as pessoas são livres para exercer quaisquer atos, salvo os proibidos em lei (LEME, 2005).

Segundo Rivero (1973, p. 232), “A liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.

Silva (2003) distingue a liberdade em cinco grandes grupos: liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão, de ação profissional, de conteúdo econômico e social.

Cabe ainda mencionar que as normas constitucionais que definem as liberdades são, via de regra, de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, não dependendo de legislação e nem de providência do Poder Público para serem aplicadas.

Convém lembrar também que esse direito não deve ser confundido com a autonomia da vontade, que pode ser entendida como “[...]a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento do direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas” (MARMELSTEIN, 2009, p. 94).

Dessa faculdade infere-se que cada pessoa pode atuar em regime de responsabilidade pelos seus atos e opções, desde que não avancem contra a liberdade e autonomia alheia. Nessa esteira:

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, de definir sua orientação sexual etc (SCHWAB, 2006, p. 189).

Dessa forma, o exercício das liberdades caminha junto com a autonomia de cada um, faculdade que encontra limites na liberdade própria do outro e entre todos os desdobramentos do direito à liberdade. O mote principal desse estudo gira em torno de um desses desdobramentos: o da possibilidade de um paciente recusar-se ao tratamento vital.

4 Da recusa a tratamento vital

Desde a Antiguidade existiam diversas possibilidades terapêuticas do sangue humano e alguns tratamentos da saúde. Durante a o Império Romano havia pessoas que recomendavam a ingestão de sangue por via oral como remédio para controlar algumas doenças (MOTA, 2005).

Antes da proibição da transfusão de sangue, a sociedade era contra a vacinação, baseando-se em doutrina religiosa oficial, pois a prática foi desaconselhada por relacionar os indivíduos às enfermidades que dizem respeito ao pecado e à sujeira (sífilis, lepra etc) (MOTA, 2005).

Em 1945, *The watchtower* introduziu a proibição, logo após a edição holandesa do *Consolation*, que expõe que Deus nunca emitiu proibições ao uso da medicina, injeções ou transfusões de sangue. (MOTA, 2005).

Até a década de 1970 persistiu o pensamento de que a transfusão de sangue, além de incorrer nos perigos para a saúde física, prejudicava a saúde mental, pois se acreditava que seriam herdadas das transfusões de sangue as características morais do doador (MOTA, 2005).

O fato é que no século XX, as mais variadas técnicas e tratamentos vitais foram desenvolvidos e utilizados pela comunidade médica, sendo bem recebidos pela sociedade.

Quanto à submissão ou não do paciente ao tratamento vital, pergunta-se até que ponto o princípio da autonomia da pessoa humana poderá impor-se ao princípio da indisponibilidade da vida.

A questão da recusa ou não aos tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas é amplamente discutida na doutrina médica e jurídica, pois entende-se que o direito de recusa ao tratamento vital decorre ou tem o seu fundamento na liberdade religiosa, na autonomia da vontade e na dignidade humana.

Segundo o artigo 46 do Código de Ética Médica (CEM): “é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente ou de seu representante legal”.

E conforme o artigo 48 do mesmo diploma, também “[...]é vedado ao médico exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar”. Tudo isso para que o paciente possa manifestar o seu direito de recusa, caso entenda que seja procedente.

Assim, o paciente que não aceita o tratamento proposto baseia-se no direito de livre-arbítrio e nos princípios da dignidade e liberdade, pois de acordo com o artigo 5º da CF (“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”), tem direito de recusar determinado tratamento médico que lhe sane alguma enfermidade ou até lhe salve a vida.

A CF protege não só o direito a vida (simplesmente viver), mas também o direito a uma vida digna (viver com dignidade), e é esse desdobramento que é atingido caso seja procedido o tratamento sem seu consentimento. Logo, não haveria como falar em dignidade quando os valores morais e religiosos de uma pessoa são desrespeitados e não há dignidade se ela não tiver a liberdade de cultivar os valores que julgar importantes (GRUPPI & FONSECA, 2009).

Pelo princípio bioético da autonomia, reconhece-se o direito da pessoa de decidir sobre a utilização de determinado procedimento médico livre de pressões externas e levando em consideração seus valores mais particulares (LEIRIA, 2001).

Segundo Dworkin (2003), a autonomia da vontade está frequentemente em jogo. Nesse contexto, uma Testemunha de Jeová pode se recu-

sar a receber transfusão sanguínea necessária para salvar a sua vida, pois a transfusão ofende suas convicções religiosas.

Os opositores a essa tese dizem que ao fazer uma transfusão de sangue forçada, o médico está protegendo um valor jurídico maior, que é a vida. Mas esse argumento encobre abusos e discriminação religiosa contra algumas doutrinas. Nesse aspecto, numa Democracia, a liberdade religiosa, de crença e as opções da vida alheia devem ser respeitadas (LEIRIA, 2001).

Assim, esses doutrinadores concluem que é legítima e legal a recusa, sendo ético para o médico respeitar a vontade do paciente, pois caso contrário, sua dignidade estaria ferida (LEIRIA, 2001).

A opção do paciente em não se submeter a um tratamento médico pode decorrer de várias razões, entre elas a convicção religiosa, o medo dos efeitos colaterais, a depressão, a pura vaidade, a atitude de negação da doença etc, posto que da esfera exclusiva da autonomia da pessoa, conforme defendido por Dworkin (2003, p. 319), centrando-se na integridade, prevê que aquela

[...] não pressupõe que as pessoas competentes tenham valores coerentes, ou que sempre façam as melhores escolhas, ou que sempre levem vidas estruturadas e reflexivas. Reconhece que as pessoas frequentemente fazem escolhas que refletem fraqueza, indecisão, capricho ou simples irracionalidade.

Mesmo quando há iminente perigo de morte, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa, até porque o ordenamento jurídico pátrio não pune o suicídio ou a sua tentativa.

O direito de recusa há de prevalecer inclusive em situações extremas, não havendo, portanto, conflito entre o direito à vida, privacidade e liberdade, pois todos esses direitos devem ser compreendidos em conjunto. O direito à vida é dirigido à sociedade e ao Estado, ou seja, inviolável contra terceiros. No mais, vige a ampla liberdade e o direito à integridade da pessoa (BASTOS, 2001).

Magno (2005) entende que em todo caso o médico deverá respeitar a autonomia do paciente, tendo este o direito de recusar ou aceitar tratamento médico.

Mas, em sentido contrário às argumentações acima, há autores que sustentam ser perfeitamente possível uma intervenção médica ou cirúrgica forçada quando há iminente perigo de morte.

O médico estaria autorizado a intervir, desde que o procedimento seja preciso e perfeitamente indicado. Seu ato estaria legitimado pela indiscutível, inadiável e imperiosa necessidade (FRANÇA, 2006).

Nesse sentido, lembre-se, novamente, o já citado artigo 46 do CEM e o artigo 57 do mesmo diploma, que veda ao médico deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente. Dessa forma, estaria excluída a antijuricidade do ato médico praticado sem o consentimento do paciente.

No entanto, é bom lembrar que o CEM não é lei, mas apenas um Código de Ética, e que não possui coercibilidade, portanto. Assim, ao menos, o médico estaria isento de responsabilidade ética.

Além do mais, voltando à liberdade religiosa, esta não pode ser tolerada de forma irresponsável e contra o interesse comum, ou seja, quando a liberdade individual entra em conflito com a liberdade de outras pessoas ou com as exigências de ordem pública e do bem social.

A liberdade existe para fazer do indivíduo um ser harmônico. Assim, sacrifica-se um bem (liberdade) para salvar um outro (a vida) de maior interesse e significação, do qual ninguém pode dispor incondicionalmente, pois o reclama outro titular de direito - a sociedade, para a qual o indivíduo não é apenas uma unidade demográfica, mas, sobretudo, um imensurável valor social e político (FRANÇA, 2006).

Mota (2005) diz que o direito à vida antecede o direito à liberdade, além disso destaca que há princípios gerais de ética e de direito que precisam sobrepor-se às especificidades culturais e religiosas, e entre esses princípios estão os direitos fundamentais da vida e da dignidade humana.

Pereira (1995, p. 27-9) afirma que: “[...] o direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido ao limite da manutenção de sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico”.

Pela leitura do artigo 155 do CC combinado com o artigo 5º, inciso VI, da CF, usando-se de uma interpretação puramente literal, poder-se-ia concluir que o direito de recusa do paciente é absoluto (não se permitindo qualquer tipo de intervenção no corpo do paciente, sem o seu consentimento), o que ofenderia diretamente os direitos primordiais da vida e da saúde e, conseqüentemente, a dignidade humana. Todavia, a análise dos textos legais deve ser sistêmica e não isolada.

Desse modo, o direito de recusa do paciente não é absoluto, pois poderá usufruir desse direito se estiver no pleno gozo de suas faculdades mentais e sem a existência de iminente perigo de vida.

Do contrário, o médico tem a obrigação de realizar o procedimento, agindo em exercício regular de direito, sob pena de incorrer em responsabilidade civil (artigos 186 e 951, CC e 5º, X, CF) e penal (artigos 121, 129, 132 e 135, CP), não caracterizando crime de constrangimento ilegal (artigo 146, § 3º, I, CP).

Com base na técnica da ponderação, o que ocorre é a máxima observância do direito à vida com o mínimo de sacrifício do direito à liberdade religiosa, por exemplo, lembrando que existem casos em que a recusa do paciente deve ser plenamente aceita, desde que não haja iminente perigo de vida (GUIMARÃES, 2008).

5 Da colisão de direitos fundamentais: sugestão teórica de solução para o problema

Os direitos fundamentais, cuja principal característica é a universalidade, foram primeiramente enumerados na Declaração dos Direitos do

Homem (1789), como reflexo direto da ideologia dos revoltosos franceses (LINHARES, 2002). Trata-se de direitos naturais, inalienáveis e sagrados, que vêm passando por uma gradual evolução conforme cada era pela qual perpassam.

Entre diversos conceitos, pode-se destacar o de Häberle (1994, p. 95), que ensina serem “[...]a denominação genérica dos direitos humanos universais e dos direitos dos cidadãos nacionais[...]” e o de Alexy (2003, p. 21), que afirma serem “[...]aqueles direitos que tem o indivíduo como pessoa ou cidadão de uma comunidade, de que, em princípio, está sujeita a legislação e que é o que se exige para a realização da dignidade humana, da liberdade, da igualdade”.

Diante da concepção desses direitos, denominam-se colisões entre eles as situações em que se chocam com outros bens jurídicos tutelados pela CF. Nesse caso, será preciso que um legítimo direito ceda ao outro também legítimo, sendo necessário verificar-se qual o direito preponderante em cada caso (SZANIAWSKI, 2005).

As colisões entre direitos fundamentais podem se apresentar em duas hipóteses: a primeira, quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com o exercício de outro também fundamental. A segunda, quando um direito fundamental entra em choque com outro bem juridicamente protegido pela Constituição (FARIAS, 2000).

Os direitos fundamentais não são iguais em hierarquia, eles não admitem uma solução absoluta. Numa situação de colisão, o primeiro passo é delimitar a existência de uma colisão aparente ou autêntica. (RODRIGUES, 2006).

A colisão autêntica ocorre quando há uma real colisão entre os direitos fundamentais, mesmo após a delimitação do âmbito de proteção, havendo um verdadeiro embate entre os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais ou bens protegidos pela Constituição (RODRIGUES, 2006).

Existem colisões autênticas em sentido amplo e em sentido estrito. Colisões em sentido amplo são aquelas que surgem do confronto de um direito fundamental com outros bens jurídicos protegidos na Constituição.

Colisões em sentido estrito surgem no instante em que o exercício de um direito fundamental de um titular encontra um óbice pelo exercício de um direito fundamental de outro titular.

Entre uma colisão de direitos, deve-se buscar uma solução jurídica e racional do conflito, tendo como base normas de hermenêutica constitucional e os métodos de solução e de colisão de princípios fundamentais e não no puro juízo de valor de um ou de outro magistrado, advogado ou médico. Solucionando esses conflitos aparentes, deve-se tutelar de forma integral o direito fundamental restringido em detrimento do outro (RODRIGUES, 2006). Logo, para a solução dessas colisões, temos os princípios da dignidade humana, do direito à vida e da proporcionalidade e a ponderação de interesses, como se verá na sequência.

O princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF) tem manifesta importância no mundo jurídico como elemento norteador e otimizador das interpretações voltadas a solucionar colisões entre direitos fundamentais. A utilização desse princípio como norte hermenêutico seria a concretização da obrigação positiva do Estado em prol de garantir o mínimo necessário à sobrevivência digna do cidadão (RODRIGUES, 2006).

Também se deve buscar uma interpretação que não contrarie o direito mais essencial de qualquer ser humano: o direito à vida. Como esse direito é garantido e serve como prerrogativa do indivíduo ao estabelecer um limite à atuação estatal, é entendido como inviolável: há a obrigação do Estado e de particulares em não realizar condutas que atentem contra o direito à vida (LEME, 2005). Por esse motivo e por tantos outros, pode-se concluir que o direito à vida também pode ser considerado como um critério hermenêutico para a solução de conflitos.

No caso de uma colisão autêntica, o intérprete poderá utilizar-se do princípio da proporcionalidade, por meio dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, buscando uma solução que se amolde ao contido na CF. Se a medida for adequada e necessária, o interprete deverá utilizar-se do método da ponderação, atribuindo

pesos ou valores aos direitos fundamentais em conflito, analisando a medida mais razoável no caso concreto, resguardando o núcleo essencial do direito (RODRIGUES, 2006).

Há quem afirme que os direitos constitucionais, de acordo com os princípios da hermenêutica constitucional, não entram em colisão, pois há critérios para que o jurista realize um juízo de ponderação com o intuito de resolver, na casuística, a colisão por meio de um sacrifício mínimo de direitos contrapostos em jogo. Esses critérios estão nos princípios informadores da hermenêutica constitucional, sendo observados no caso concreto, quando não for possível uma solução adequada *in abstracto* (GUIMARAES, 2008).

Para Alexy (2003), enquanto o conflito de regras é solucionado pela declaração de invalidade de uma das regras confrontantes ou pela aplicação da cláusula de exceção, a colisão de princípios (direitos fundamentais) é solucionada por meio de critérios de valoração (ponderação), não se aplicando, nesse caso, a chamada cláusula de exceção, a qual pertence às regras.

Diz o citado autor que a colisão de princípios deve se dar em relação a princípios válidos, recorrendo-se, portanto, ao método da comparação. Outrossim, não existem princípios absolutos, pois isso constituiria ausência de limites. A convivência de princípios absolutos somente seria possível se não houvesse outros titulares de direitos individuais. Por fim, os princípios podem servir tanto aos direitos individuais quanto aos coletivos (ALEXY, 2003).

Alexy ainda problematiza uma possível objeção à teoria dos princípios (ideia de insegurança jurídica diante da necessidade de ponderação – vinculação à teoria dos valores): princípios e valores, embora vinculados, têm diferenças, pois uns pertencem ao âmbito deontológico (referem-se ao mundo do dever-ser) os outros, ao axiológico. Os juízos de valor são classificatórios (negativo ou positivo), comparativos (superior ou inferior) e métricos (atribuição de uma magnitude) e a aplicação de critérios de valoração entre os quais se deve sopesar corresponde à aplicação de princípios. Estar-se-á diante de critérios de valoração se houver possibilidade de sopesamento, do contrário, estar-se-á diante de regras de valoração (2003, pp. 89-91).

A adoção de um princípio em detrimento do outro depende de fundamentação, afastando-se, portanto, o decisionismo. Se a ponderação consistisse apenas na determinação de um enunciado de preferência, realizado intuitivamente não seria racional. Portanto, não se trata de um processo psíquico incontrollável, mas, sim, de uma fundamentação racional (ALEXY, 2003).

Já na doutrina nacional, Marmelstein entende que a colisão advém da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que, ao contrário das regras, estabelecem diversas obrigações que são cumpridas em diferentes graus e não são absolutos, dependendo da sua aplicação dos fatos que se apresentem concretamente (2009).

Para sua solução, o autor prega que

Todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial. Daí porque é preciso partir para a ponderação para solucionar esse conflito (MARMELSTEIN, 2009, p. 368).

Segundo ele, a ponderação, ou proporcionalidade, em sentido estrito, exige uma avaliação das vantagens e desvantagens que a medida a ser adotada como adequada surtirá. Para tanto, as perguntas mentais a serem feitas são: “o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens?” (MARMELSTEIN, 2009, p. 385).

Por seu turno, Rodrigues (2006) diz que como não existem direitos fundamentais absolutos, quando ocorrer uma situação de conflito, proceder-se-á à compatibilização deles mediante o emprego do princípio

da proporcionalidade, harmonizando-os pela redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou de um deles apenas (colisão com redução unilateral), se a primeira providência for inviável. Poderá ainda, nos casos de conflito em que o exercício de um dos direitos fundamentais é reciprocamente excludente do exercício do outro, esse princípio indicar qual o direito está ameaçado de sofrer a lesão mais grave, caso venha a ceder ao exercício do outro, prevalecendo o direito ameaçado, excluindo a realização do outro direito (colisão excludente).

Rolim (2002), conclui que a colisão excludente é uma situação excepcional, somente legitimada quando o emprego dos dois métodos anteriores torna-se inviável.

Logo, existindo conflito entre dois princípios que se equivalem (abstratamente no mesmo nível), prevalecerá aquele que tiver maior peso diante das circunstâncias do caso concreto. Não sendo, pois, solucionado, atribuir-se-a prioridade absoluta de um princípio sobre o outro.

6 Considerações finais

Diante dos avanços da engenharia genética, percebe-se que os paradigmas jurídicos vigentes já não mais conseguem resolver os problemas sociais. Diante disso, surgiu o Biodireito, ramo jurídico autônomo com o objetivo de estabelecer um elo entre Direito e Bioética para a preservação da vida e o respeito do homem como pessoa.

A recusa do paciente de submeter-se a qualquer tipo de procedimento médico, independentemente da iminência de risco de vida, encontra guarida nos princípios da liberdade religiosa, da autonomia da vontade e autodeterminação, na dignidade humana e, até mesmo, no princípio da legalidade. Essa recusa deve ser respeitada se ausente a iminência de perigo de morte para o paciente.

Do contrário, haverá conflito entre tais direitos e o direito à vida, considerado este como um direito supremo, do qual derivam todos os demais. É o que se retira não apenas do seu caráter de supremacia, mas também da leitura de disposições dos mais variados diplomas legais, como visto nesse breve estudo.

Problemas maiores surgem quando o direito à vida colide, de forma direta, com a dignidade da pessoa, pois, como se viu, ambos são direitos fundamentais e devem andar juntos em busca de uma melhor qualidade de vida.

Mas, para todos os casos de conflito, independentemente da existência de iminente perigo de morte para o paciente ou da possibilidade ou não de cura, a doutrina é divergente: há quem considera, como Bastos, que deve prevalecer a vida; outros, como Dworkin, que deve predominar a liberdade e a autonomia da vontade.

Pelo exposto sobre os direitos fundamentais em colisão quando se trata de recusa ao tratamento vital (vida X liberdade), ponderando-se seus valores e indagando-se quais as vantagens da supressão de um em detrimento do outro, considera-se que a vida deve ser prevalecente em casos que a coloquem em situação de risco iminente, independentemente de convicções religiosas, da vontade do paciente ou da impossibilidade de cura.

Isso se deve ao critério apresentado pela doutrina para a resolução desses conflitos que é o hermenêutico princípio da proporcionalidade, que em apertada síntese, significa uma ponderação razoável dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto.

Nesse mesmo raciocínio, o médico que atende a vontade do paciente em não se submeter a procedimento médico (tratamento médico ou intervenção cirúrgica), exceto nos casos de iminente risco de vida, não pode ser responsabilizado civil e criminalmente, mesmo que dessa conduta sobrevenha a morte do paciente.

Já nos casos de iminente risco de vida para o paciente, o médico tem o dever legal e ético de intervir para preservar sua vida. Nesse sentido, obviamente se cometer erro médico também responderá, desde que presentes os pressupostos da responsabilidade civil, pois responsabilidade médica rege-se pelos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral. O médico também poderá ser responsabilizado no caso de não haver o consentimento informado do paciente, salvo nos casos de exceções ao consentimento informado.

O fato é que a problemática tem solução distanciada, pois envolve questões centrais do Biodireito, ainda em fase inicial de discussão. Além disso, em razão das constantes descobertas e experimentações científicas, outras questões surgirão.

Fica, assim, ao encargo dos julgadores, que têm a sagrada missão de manifestar-se diante da provocação das partes interessadas, lembrar que nos casos que envolvem direitos fundamentais, e mais especificamente a vida, jamais devem esquecer que estão lidando com seres humanos e sua dignidade, e, em última análise, com o seu destino.

▼ The right to live versus refuse to vital treatment

It is analyzed through this study, the conflict that exists between the right to life with other right or fundamental principle: the right to refuse to vital treatment based on religious freedom, human dignity and autonomy of the will of the patient. Perform a study more specific about the refusal of vital treatment in confrontation with life, with the presentation of possible solutions to the problem. Refusal of medical treatment or surgical interventions, although much discussed in the doctrine, must be respected unless it conflicts with their lives, hermeneutically regarded as a greater good. In this context, there is also no scientific progress can be achieved with the destruction of life and human dignity

Key words: Human dignity. Human rights collision. Right to live. Vital treatment.

Referências

ALEXY, Rt. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BASTOS, C. R. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue por razões científicas e convicções religiosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 787, pp. 493-507, maio/2001.

BITTAR, C. A. *Os direitos de personalidade*. 7. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2 ed. São Paulo: RT, 1994.

DWORKIN, R. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, E. P. de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FRANÇA, G. V. de. Tratamento arbitrário. *Medicina Legal*. Paraíba, Jan. 2006. Disponível em <<http://www.medicinalegal.com.br/a41.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

GRUPPI & FONSECA. *Recusa ao tratamento prescrito: autonomia do paciente. Medidas viáveis. Artigos e Notícias*. Belém, 20 fev. 2009. Disponível em: <http://www.gruppiefonseca.com/user_news.aspx?NEWS_ID=11>. Acesso em: 12 fev. 2009.

GUIMARÃES, R. G. M. Transfusões sanguíneas em testemunhas de Jeová: o princípio da proporcionalidade como técnica hermenêutica de solução de conflitos entre direitos fundamentais. *Revista Jurídica Netlegis*. Aracaju, 2008. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/imprimirArtigo.jsp?cod2=1958&imprimir=sim>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

HORTA, A.C. C. Nascituro: direito a vida, direito a alimentos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 59, 30 nov. 2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5311>. Acesso em: 19 mar. 2010.

LEIRIA, C.S. da. Testemunhas de Jeová e transfusões de sangue. *Ponto Jurídico*. Mar. 2001. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=print&sid=150>>. Acesso em: 20 jun. 2009.

LEME, A. C. R. P. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6545>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

MARMELSTEIN, G. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, J. H. de. A redução embrionária frente ao crime de aborto capitulado no Código Penal brasileiro. In: SILVA GUERRA, Arthur Magno e. (Org.). *Bioética e biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 165-193.

MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

PEREIRA, C. M. S. da. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Forense, 1995.

RODRIGUES, A. M. R. A colisão entre direitos fundamentais. *Anais do CONPEDI*, 15, Manaus, 15-18 nov. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_amos_rodrigues.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2009.

RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques: Les Droits de Homme*. Paris: PUF, 1973.

ROLIM, L. S. G. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHWAB, J. *Cinquenta anos de jurisprudência no Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

recebido em 5 abr. 2010 / aprovado em 13 jun. 2010

Para referenciar este texto:

CONSALTER, Z. M.; JAREMCZUK P. Direito à vida 'versus' recusa ao tratamento vital. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2010.

