

PAULO VITOR MAIA DIAS

**Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová.
Colisão de Direitos Fundamentais:
Direito à Vida e Liberdade.**

Brasília

2011

PAULO VITOR MAIA DIAS

**Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová.
Colisão de Direitos Fundamentais:
Direito à Vida e Liberdade.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini.

Brasília

2011

PAULO VITOR MAIA DIAS

**Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová.
Colisão de Direitos Fundamentais:
Direito à Vida e Liberdade.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Álvaro Ciarlini.

Brasília, 7 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Álvaro Luis de Araújo Ciarlini

Orientador

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Examinador

Prof. Ivan Cláudio P. Borges

Examinador

Dedico este trabalho monográfico a todos que me apoiaram nesta jornada, dando-me força para levantar todos os dias e seguir em frente.

Especialmente aos meus queridos pais, Eglê e Paulo Henrique que sempre zelaram por nossos princípios.

Ao meu amorável mano, que sempre foi um grande amigo.

À minha fiel companheira, que comemorou ao meu lado todas as vitórias e sempre me deu a mão nas derrotas.

Ao vovô, às vovós e à nininha pela imensa sabedoria.

E, finalmente, ao meu querido Deus, “inteligência suprema, causa primeira de todas as coisas”, luz que ilumina meus caminhos, fonte de vida que me faz renascer todos os dias com imensa vontade de viver.

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico que tem como objetivo o estudo dos casos envolvendo a colisão de Direitos Fundamentais, direito à vida e à liberdade religiosa, que permeiam os casos envolvendo membros da religião Testemunha de Jeová que se recusam à realizar transfusão sanguínea, à luz da Constituição Federal de 1988. Abordamos os estudos acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tratando de analisar sua origem e justificativa para ampliação dessa eficácia para o âmbito das relações privadas. Em seguida, passamos à análise da doutrina alienígena a respeito da colisão entre os direitos fundamentais, para finalmente desembocarmos na específica colisão entre o direito à vida e à liberdade religiosa nos casos de hemoterapia. Sendo assim, analisamos a casuística envolvendo pacientes maiores e capazes que, encontrando-se em estado de consciência, se recusam a efetuar o procedimento. Logo após estudamos as situações em que o paciente encontra-se inconsciente. E, finalmente, trazemos à análise os casos envolvendo menores e incapazes. Temos como objetivo verificar a importância desses dois direitos no caso em tela, para, utilizando a ponderação, valorá-los afim de se notar qual deverá prevalecer.

Palavras-chave: Colisão de Direitos Fundamentais, Testemunhas de Jeová, Direito à Vida, Direito à Liberdade de Crença.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DOS PRINCÍPIOS E NORMAS FUNDAMENTAIS	10
1.1. Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	13
1.2. Teorias da eficácia dos direitos fundamentais horizontalmente	17
1.2.1. Teoria do efeito mediato em terceiros	17
1.2.2. Teoria da eficácia imediata ou direta.....	19
1.2.3. Efeitos produzidos por meio de direitos frente ao estado	20
1.2.4. Teoria da <i>state action</i>	21
2. DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E DO DIREITO À VIDA.....	23
2.1. Breve introito acerca da doutrina “Testemunhas de Jeová”	23
2.2. Do direito à vida e à existência	24
2.3. Da dignidade da pessoa humana	26
2.4. Das liberdades – Da liberdade religiosa	29
2.5. Colisão de direitos fundamentais – Direito à vida X liberdade religiosa	32
2.6. Da ponderação.....	35
3. DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.....	39
3.1. Intervenção em pacientes conscientes	39
3.2. Intervenção em pacientes em estado de inconsciência.....	43
3.3. Intervenção em pacientes menores e incapazes:.....	44
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Com a Constituição cidadã de 88 sobreveio uma estrutura de direitos e garantias fundamentais colocada à disposição dos indivíduos com objetivo primordial de assegurá-los da ingerência do poder estatal em suas relações privadas. Ao passar dos anos, a forte onda liberalista acabou chegando ao Brasil e forçando o Estado a ceder parte de seu poder e controle à iniciativa privada, o que deu origem a um novo ente dotado de parte deste poder e controle. Dessa forma, tornou-se importante a análise da eficácia das garantias fundamentais nas relações envolvendo particulares.

Com a evolução da sociedade e a conseqüente intensificação das relações jurídicas, os direitos fundamentais, que em sua primeira geração foram concebidos como meio de proteção do particular em face do poder estatal, tiveram sua aplicabilidade ampliada a fim de abarcar inúmeras relações que iam surgindo com o crescimento dessa iniciativa privada. Isso se deu com a percepção de que o indivíduo não sofria mais opressão apenas por parte do Estado, mas também advindas de outro particulares que, em muitas situações, detinham maiores vantagens econômicas, políticas e sociais. Mister se fez a ampliação desta eficácia para um plano horizontal, em que o indivíduo estaria resguardado não só contra a ingerência do poder público, mas também contra a do privado.

Muito embora esse fato tenha ocorrido em nosso país de forma tardia, doutrinas alienígenas já haviam estudado o tema. Foi assim que se criou nos Estados Unidos a Teoria da *“state action”* e da *“public function”* e na Alemanha as teorias da *“Eficácia Indireta e Mediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada”*, da *“Eficácia direta e imediata”* e dos *“Deveres de Proteção”*, com o principal objetivo de se conciliar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações paritárias.

Discorrendo sobre princípios e direitos fundamentais temos que primeiramente definir sua natureza jurídica. Esses, por consagrarem valores, possuem conteúdo aberto para abarcar a maior parte das relações possíveis, diferentemente de regras que surgem para disciplinar relações determinadas. Logo, é normal que surjam conflitos entre os diversos direitos constitucionalmente

previstos, já que no mesmo caso concreto é possível constatar a incidência de inúmeros desses dispositivos.

Diante disso, surge o que a doutrina comumente chama de colisão entre direitos fundamentais para identificar os conflitos decorrentes do exercício de direitos individuais por diferentes titulares ou conflitos entre direitos individuais de um particular e bens jurídicos da comunidade¹. E, como vimos, por terem hoje eficácia horizontal, pode-se falar que esses titulares muitas vezes serão dois indivíduos.

A jurisprudência aponta uma série de exemplos sobre a incidência desse tema. Dentre eles, podemos destacar a colisão entre o direito à liberdade de expressão e a máxima do direito à intimidade; o direito à propriedade privada contra a função social da mesma; e o direito à vida contraposto à liberdade religiosa. Sobre este último nos debruçaremos, analisando se o direito à vida pode, e até que ponto, ceder espaço à incidência da liberdade religiosa.

Neste trabalho, abordaremos alguns dos direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em especial o direito à vida e à liberdade de crença já que estão intimamente ligados a casos não tão comuns, mas que requerem especial atenção, envolvendo membros da crença Testemunha de Jeová que, acreditando haver mandamento bíblico expresso no sentido da não utilização de sangue animal e humano, se recusam a realizar tratamentos hemoterápicos que em muitas das vezes são essenciais à continuação da vida.

Valendo-se, então, do direito à liberdade religiosa, deixam de se submeter a tratamentos médicos que em várias situações são primordiais à cura, desrespeitando o direito à vida que lhes foi atribuído. Sendo assim, é nítida, nesse caso, a colisão entre esses dois direitos fundamentais, a vida e a liberdade.

A religião envolve um conjunto de sistemas culturais e de crenças que tratam de questões primordiais envolvendo valores éticos e morais trazidas como balizadores de condutas por parte de seus seguidores. É, portanto, um importante meio de controle social trazendo para o indivíduo o conforto sobre questões que muitas vezes não são respondidas pelas demais ciências. Por meio desses valores, influenciam seus fiéis exercendo um certo domínio sobre os mesmos.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341.

Nas palavras de Alexandre de Moraes,

sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem a Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e à própria diversidade espiritual.²

A liberdade religiosa, por sua vez, é o direito oferecido ao cidadão para que possa professar sua fé de maneira livre, sem que o Estado e/ou outros indivíduos interfiram em sua vida privada ditando o meio pelo qual usufruíram desta garantia. O próprio art. 5º, VI, da Constituição, a reveste da proteção da inviolabilidade, sendo “assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

O Direito à vida, por sua vez, é princípio fundamental, pressuposto de todos os demais direitos, responsável por garantir nossa existência e convivência no mundo. É dotado, como os demais direitos individuais, de inviolabilidade e irrenunciabilidade, não podendo nem seu titular escusar-se de respeitá-lo.

Diante da colisão apresentada, pode alguém, valendo-se do direito à liberdade religiosa, deixar de realizar tratamento necessário à manutenção da vida, ferindo assim o direito a ela inerente?

Trataremos de analisar separadamente cada problemática envolvendo esse conflito entre direitos, por compreendermos trazerem soluções diversas.

Discorreremos, assim, sobre os casos envolvendo indivíduos maiores e capazes, que encontram-se lúcidos para tomar tão séria decisão. Logo após trataremos de pacientes em estado de inconsciência. E finalmente, trabalharemos com os casos envolvendo menores e incapazes, sabendo da extrema delicadeza que envolve cada uma dessas elucidicações.

Nosso objetivo é provar que, na maioria dos casos, o direito à vida deve prevalecer, como próprio corolário da dignidade da pessoa humana. Não havendo um necessário desrespeito à liberdade religiosa, mas apenas uma mitigação deste princípio. Isso porque, se fossemos admitir que a liberdade está acima do próprio

² MORAIS, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 41.

direito à vida, em alguns casos estaríamos retrocedendo e deixando de lado as tão difíceis conquistas advindas com a Constituição Cidadã de 1988.

1. DOS PRINCÍPIOS E NORMAS FUNDAMENTAIS

Como *princípio fundamental ou norma fundamental* podemos compreender aqueles mandamentos norteadores de um sistema jurídico. São normas basilares que unificam e dão validade às normas jurídicas. Segundo Kelsen, são normas que constituem uma *unidade* de uma pluralidade de normas, enquanto representam o fundamento de *validade* das normas pertencentes a essa ordem normativa. São normas que se enquadram como base de um ordenamento jurídico, devendo ser observadas e respeitadas por todos os membros da comunidade.³

Ainda sob essa perspectiva, José Afonso da Silva, citando Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que a palavra *Princípio* assim como foi posta no Título I da Constituição Federal exprime a idéia de “mandamento nuclear de um sistema”.⁴

Dessa forma, podemos compreender que “os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”.⁵

Sendo assim, em síntese podemos entender que os princípios e normas fundamentais são os mandamentos escolhidos e normatizados por dada comunidade para servir de estrutura para todo o sistema jurídico. Com isso, todas as normas jurídicas devem estar pautadas tendo como base estes princípios balizadores.

Nesse sentido, Kelsen em sua “Teoria Geral do Direito e do Estado”, nos informa que “*A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental*”.⁶

E o dado autor vai além ao expor seu pensamento sobre a hierarquia das normas, no sentido de transpor a norma fundamental para o nível mais elevado dentro do Direito, assim afirma que “*pressupondo-se a norma fundamental, a*

³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-2.

⁴ SILVA, José Afonso Da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91-95.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 66.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 168.

*constituição é o nível mais alto dentro do Direito Nacional”*⁷. Com isso reafirma ser a norma fundamental o fundamento primeiro do Direito, sobrepondo-se a qualquer outra norma.

Ao demonstrar a importância dos direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito, em parecer desenvolvido sobre nosso tema, Nelson Nery Junior afirma que

A proteção dos direitos fundamentais configura a vertente material do Estado Democrático de Direito. A atuação do Estado deve ser sempre no sentido de resguardar ou implementar os direitos fundamentais, devendo ainda essa atuação ser previsível e calculável.⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra intitulada “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”, ao destacar a importância dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas modernas, pontua:

No direito contemporâneo certamente não existe tema mais importante que os dos direitos humanos fundamentais. É ele, incontestavelmente, uma das magnas questões sobre as quais se debruçam a filosofia do direitos, a teoria do estado, o direito internacional e, evidentemente, o direito constitucional.

Não é surpreendente que assim seja. De fato, a doutrina dos direitos fundamentais tem profundas raízes filosóficas (e assim não escapa das controvérsias mais abstratas e complexas); envolve sempre conotações políticas (e assim se insere no dia a dia do poder estatal); e está no cerne do novo direito internacional, que não ignora os indivíduos.⁹

Até este momento, tratamos normas e princípios como sinônimos. Caminhamos dessa forma porque a doutrina pátria ao tratar de normas, direitos e

⁷ KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 182.

⁸ JUNIOR, Nelson Nery, *Parecer sobre Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais*, São Paulo, 22 set. 2009, p. 11.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 333.

princípios *fundamentais* nem sempre faz uma distinção clara e expressa entre estes conceitos. Porém, importante se faz delimitar o significado de cada expressão.

Ao tratar da diferença entre regra e princípio, Robert Alexy alerta no sentido de que a distinção entre estes dois conceitos não é nova, mesmo assim gera até hoje muita polêmica e confusão. Para o autor, regra e princípio são espécies do gênero norma ao afirma que *“Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen o que debe ser”*, sendo assim, *“La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”*.¹⁰

Em primeiro lugar temos, então, que norma é gênero do qual o princípio é uma espécie.

Princípios, então, são normas abertas que tentam abarcar o maior número de relações possível, são mandamentos que norteiam o sistema jurídico pautando as condutas e atuações tanto particulares como privadas. Regras, por sua vez, são normas de conteúdo categórico que disciplinam o que pode ou não ser feito, mas por terem seu conteúdo fechado, se limitam a disciplinar certas e determinadas relações.

Já entre norma e direito fundamental há uma distinção que aqui mais nos interessa. Para o mesmo Robert Alexy existe uma conexão entre o conceito de norma e o de direito fundamental, sendo que para distinguir melhor cada um destes institutos descreve que *“Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho”*¹¹. O que nos permite explicitar que o direito fundamental atinge a esfera *subjetiva* do indivíduo, é aquele direito que ele naturalmente possui, e ao possuí-lo o estado cria uma norma *objetiva* que o confere, que o normatiza e que o protege.

Há, ainda, a necessidade de diferenciarmos o conceito de princípio, daquele destinado à garantia.

Direitos estão consubstanciados em normas, consagram valores e conferem posições jurídico-subjetivas aos seus titulares (Ex.: Direito à vida; à igualdade; direitos de liberdade; e de propriedade). A constituição, a partir de valores que

¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹¹ *Idem*, p. 47.

consideramos importantes, consubstancia-os em normas e confere determinadas posições aos seus titulares.

Garantias possuem um caráter instrumental. São mecanismos assecuratórios dos direitos. A garantia não é um fim em si mesmo. É um meio para se alcançar um determinado fim (que é o direito). Os direitos são fins e as garantias são os meios de proteção (Ex.: O *Habeas Corpus* é uma garantias constitucional, porque é um instrumento para se assegurar a liberdade de locomoção (que é o direito); devido processo legal é um meio para se assegurar o direito à liberdade e propriedade; O art. 5º, II, que trata do princípio da legalidade, é uma garantia do direito de liberdade geral de ação).

Feitas estas breves considerações, passamos ao estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

1.1. Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A princípio, normas fundamentais foram criadas para conter e proteger o homem da interferência abusiva do Estado em sua esfera particular. Daí que nas Revoluções Francesa e Americana surgiram os chamados direitos fundamentais de primeira geração, que podem ser vistos como direitos negativos, de obrigações de não fazer por parte dos governantes.

Em um segundo momento, os fortes problemas sociais sofridos após a primeira guerra mundial, aliados ao descaso dos governantes com os mesmos, levaram ao colapso deste regime político liberal, trazendo para o Estado a responsabilidade de zelar pela estruturas sociais, assumindo o dever de “operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais”. Estes chamados direitos de segunda geração deixam de ser de ordem negativa e passam a ser positivos, obrigando que o Estado cuide pela liberdade e igualdade de seus indivíduos.¹²

Os chamados direitos de terceira geração caracterizam-se pela proteção da coletividade. Por isso são chamados de direitos difusos ou coletivos.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

Como visto, em todos os momentos citados os direitos fundamentais foram tratados tendo como base uma relação entre indivíduo e Estado, falando-se apenas em uma aplicação vertical desses direitos.

Nesse sentido, explica Gilmar Ferreira Mendes que:

A História aponta o Poder Público das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para o qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.¹³

Hodiernamente, discussão de fundamental importância diz respeito a utilização de princípios e normas fundamentais, previstas constitucionalmente, no âmbito das relações privadas. Este fato se justifica pela crescente inserção do *liberalismo* nas sociedades modernas, onde o Estado cede espaço à liberdade individual nos campos político, religioso, econômico e intelectual, descentralizando seu poder de ingerência e cedendo espaço ao crescimento do meio privado. A Constituição de 88 foi de suma importância para alteração de nosso modelo legislativo, antes calcado em uma grande intervenção estatal. Dentre outros princípios de fundamental importância que foram acolhidos por esta Carta, destaca-se a valorização da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e a busca de uma justiça material como fim do Estado, o que fez com que o texto constitucional servisse de paradigma não apenas para o legislador ordinário, mas para todos quantos cuidam de interpretar ou de aplicar a lei. Além disso, ao colocar tais direitos no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), pretendeu o constituinte originário explicitar o caráter especial de seu objeto.

Essa temática liberal teve seu surgimento vinculado à revolução gloriosa, mas atingiu seu ápice apenas com a Revolução Francesa, onde a burguesia surge como classe dominante, pondo fim ao modo de produção feudal que já entrava em colapso produtivo. Com a ascensão da burguesia surgem movimentos contrários ao absolutismo estatal que dão início à queda da aristocracia e da monarquia absoluta. Como vimos acima, a descentralização do poder nas mãos do monarca, e sua consequente distribuição aos particulares tornou necessário o surgimento de direitos

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

subjetivos públicos que viessem a conter os possíveis abusos por parte do Estado, que poderia adentrar na esfera particular, que passou a ser assegurada a cada cidadão.

O enfraquecimento do poder estatal fez surgir uma nova classe detentora do domínio. A burguesia, que antes era justificada como a representante social das classes desfavorecidas e defensora dos ideais liberais, passa a assumir o papel ora exercido pelo estado, o que inviabilizou que os ideais liberais (liberdade, igualdade e fraternidade) saíssem do papel, consoante afirma o mestre Paulo Bonavides:

A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

Foi essa a contradição mais profunda da dialética do estado moderno.

[...] Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.¹⁴

Dessa forma tem-se de um lado a autonomia privada e o dogma do voluntarismo, de outro, a eficácia dos direitos fundamentais a restringir o âmbito de disposição das pessoas. Dessa forma, trava-se um sem números de relações individuais que irão em certos casos gerar conflitos, podendo ser colocado em pauta direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas. Fala-se, então, na aplicação horizontal desses princípios para salvaguardar certos direitos que são irrenunciáveis. É o caso, por exemplo, de empresas que forçam seus empregados a assinarem contratos com cláusulas pelas quais renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se. Ou mesmo, a aplicação direta dos direitos da pessoa humana em face às diversas relações de trabalho.

Ora, se esses direitos são garantidos constitucionalmente, nem o Estado, nem mesmo particulares podem criar dificuldades à seu exercício. Se houver desrespeito a esses direitos, por quem quer que seja, deve o Estado intervir regulando essas relações.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo, *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42-43.

Importante se faz ressaltar que os direitos fundamentais surgiram, justamente, como uma forma de se prevenir os particulares contra um possível autoritarismo por parte do estado. O que ocorre é que, após a Segunda Guerra, tem-se utilizado deste recurso constitucional para se balancear as relações entre particulares, o que deu origem a uma forte intervenção doutrinária e jurisprudencial que veio discutir se cabe ou não a utilização dos referidos direitos nestas relações.

De fato, essas garantias constitucionais não foram criadas com vista a solucionar diretamente os conflitos existentes nas relações de direito privado, mas diante da peculiaridade do conjunto político-social contemporâneo devem ser aplicados através de meios colocados à disposição pelo próprio ordenamento jurídico. E por serem princípios constitucionais, tidos como cláusulas pétreas, devem ser observados e aplicados a todo ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

Neste sentido, tem-se que hoje não se discute mais a questão que envolve as normas fundamentais e sua aplicação nas relações particulares envolvendo em ambos os polos indivíduos detentores das mesmas garantias, como afirma Robert Alexy: *“Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”*.¹⁵

O dado autor ainda cita que o problema se encontra em discutir em *como e em que medida* estes direitos são aplicados nestes casos, existindo assim, respectivamente, uma questão de *construção* e de *colisão*, e que ambas são derivadas da diferença nas relações envolvendo cidadão/Estado e cidadão/cidadão, já que na primeira há um titular de direitos fundamentais e um não titular, enquanto na segunda, ambos são titulares dessas garantias.

A eficácia horizontal, portanto, se dá entre dois particulares, já que a relação entre eles é de coordenação. A partir do momento que um direito fundamental se aplica a estas relações fala-se em eficácia horizontal.

Foi nesse aspecto que nasceram as teorias *do efeito mediato em terceiros, do efeito imediato em terceiros, dos efeitos produzidos através de direitos frente ao*

¹⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 510-511.

estado, advindas do direito Europeu, e ainda, as teorias do *State Action* e do *Public function*, do direito Norte-Americano, que passaremos a tratar em seguida.

1.2. Teorias da eficácia dos direitos fundamentais horizontalmente

Após o nascimento dos direitos fundamentais, que limitavam a atuação Estatal, e com o crescimento das sociedades privadas firmadas após a Revolução Industrial, necessária se fez a ampliação do campo de atuação dessas garantias, para resguardar o particular, bem como resguardar a essência dos próprios direitos. Com isso, nasceram várias teorias, ao redor do mundo, que viriam a discorrer sobre a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais em plano não somente vertical, mas horizontalmente.

Dadas essas circunstâncias, mister se faz a abertura de um tópico para a discussão desses temas.

1.2.1. Teoria do efeito mediato em terceiros

Nascida no Direito Alemão, com as formulações de Günther Dürig, e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a Teoria do Efeito Mediato (*Mittelbare Drittwirkung*) ou ainda, Teoria dos Efeitos Indiretos, é aquela que defende que os direitos fundamentais, enquanto normas objetivas ou valores *jusfundamentais*, *influem* na interpretação do direito privado.¹⁶

Com esse enfoque, o que se quer é a busca do equilíbrio entre o direito privado e o direito constitucional, sendo que este direito privado se utilizaria das normas fundamentais como padrão de construção de suas próprias normas.

O que se quer na verdade é que as cláusulas gerais do direito privado contenham em seu bojo valores constitucionais que sirvam de diretriz para aplicação das normas privadas, evitando-se a extinção da autonomia da vontade dos indivíduos gerada pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 512.

Afirma a doutrina que, utilizando-se da teoria da eficácia imediata, estaria se outorgando um poder muito grande ao Judiciário, já que as normas fundamentais apresentam um alto grau de indeterminação.

Segundo o mestre Canotilho, *este caso deveria inserir-se no âmbito da problemática da vinculação de entidades públicas, cabendo ao legislador, na definição legal do direito privado, cumprir e aplicar essas normas*. Dessa forma, para o mestre constitucionalista, o legislador, valendo-se do princípio da igualdade, deve editar leis que que não gerem um tratamento discriminatório, e que tenham a função de proteção, não de defesa.¹⁷

Há ainda os que afirmam que a teoria da eficácia indireta ou mediata não admite a aplicação direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações particulares para se evitar que o Estado, chamado a interferir constantemente na vida privada, ganhe poder, diminuindo a liberdade dos cidadãos. Por isso é que se quer que esses direitos sejam aplicados de forma razoável no direito privado, por meio de cláusulas gerais. O que gera *segurança jurídica e autonomia individual*.¹⁸

Daniel Sarmento, em crítica à teoria ora em comento, afirma que:

a teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional”.¹⁹

Vale destacar, à guisa exemplificativa, que tal teoria foi utilizada primeiramente, tendo assim, como ponto de partida, o caso *Luth*, citado por Alexy, onde *Erich Luth*, presidente de uma associação de imprensa, defendeu em conferência com produtores cinematográficos o boicote aos filmes de Veit Harlen, em razão de tal produtor haver produzido filmes nazistas. Em contrapartida, tal produtor ajuizou ação indenizatória, que foi confirmada em instâncias inferiores. Em utilização ao § 826 do BGB, o Tribunal Constitucional Federal Alemão anulou as decisões anteriores, alegando que *Luth* tinha a liberdade de manifestação de seus pensamentos. Dessa forma, deixou de aplicar preceito fundamental advindo do

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1247-1248.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2007.

direito de manifestação do pensamento, para aplicar a norma prevista no ordenamento privado, como cláusula geral, que era reflexa à constituição.²⁰

1.2.2. Teoria da eficácia imediata ou direta

Em diapasão inverso ao da Teoria da Eficácia Mediata, acima tratada, a Teoria da Eficácia Direta sustenta que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta nas relações particulares como ilustra o mestre Gilmar Mendes ao afirmar que:

A teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter pronta aplicação sobre as decisões das entidades privadas que desfrutem de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fatos ou de direitos.²¹

Tendo como principais representantes Nipperdey, e a Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho, esta teoria reforça que os direitos fundamentais, em seu sentido clássico, enquanto direitos subjetivos públicos, tem aplicabilidade somente contra o Estado. Assim, sua influência no direito privado haveria de ser um resultado de sua propriedade como direito constitucional objetivo, devendo ser aplicado de forma direta, como direito subjetivo dos cidadãos. Neste sentido, os direitos fundamentais deveriam ter um caráter absoluto, tendo como efeito jurídico, um efeito normativo que modifica as normas de direito privado existentes.²²

Nesse sentido, os direitos fundamentais deveriam possuir um conteúdo subjetivo contra grandes entidades privadas, que figuram ao lado do Estado como verdadeiros *poderes sociais*, e em relações envolvendo particulares deveriam ser aplicados diretamente como *valores comunitários*.²³

Aplicada no Brasil, por meio do artigo 5º, § 1º da CF/88, que reza que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, tal teoria afirma não haver a necessidade de se aguardar a atuação legislativa,

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 517.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279.

²² ALEXY, Robert, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 512-513.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 245-246.

cabendo ao judiciário a aplicação de tais direitos nos casos concretos. Assim, cabe ao juiz a tarefa de zelar para que os direitos fundamentais estejam salvaguardados como normas garantidoras de bens jurídicos, aplicando-os às lides que couberem e necessitarem de observação de tais garantias.²⁴

Essa norma constitucional, que tem inspiração no direito português, onde o art. 18, § 1º, traz o mesmo entendimento, tem sido aplicada de forma imediata mesmo nos casos que traduzem incompletude. Isso porque, após ter sido alvo de várias discussões, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação da mesma.²⁵

Vale ressaltar que a Teoria da Eficácia Imediata não exclui a aplicação da Teoria da Eficácia Mediata, ou seja, não são conceitos excludentes. A aplicação da imediata de um direito fundamental em uma direção horizontal, não exclui a irradiação desses direitos através da lei. Podemos dizer, então, serem as duas teorias compatíveis. Juan María Bilbao Ubillos afirma que *“lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los derechos en las relaciones de Derecho Privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente”*.²⁶

1.2.3. Efeitos produzidos por meio de direitos frente ao estado

Além das principais teorias acima tratadas, a doutrina alienígena tratou ainda de criar outras sugestões para solução do problema da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Nesta senda, sobre a orientação de *Jürgen Schwabe*, criou-se a Teoria dos Efeitos Produzidos Através de Direitos Frente ao Estado, citada por Robert Alexy.²⁷

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 1248-1249.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 343-344.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 276-277.

²⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 513.

Assim, tal teoria afirma que o Estado ao facilitar e impor a criação de um sistema de direito privado, está ciente que poderá haver, e certamente haverá, interferência nas garantias fundamentais de um cidadão por parte de outro cidadão. Com isso, se transferiria a responsabilidade por tais afetações ao próprio estado.

Concluindo, para solucionar o problema da eficácia privada dos direitos fundamentais, tais garantias deveriam ser tidas como direitos de status positivo e negativo frente ao Estado. Vale dizer, cabe ao Estado a proteção e eficácia de tais direitos nas relações envolvendo particulares.

1.2.4. Teoria da *state action*

Advinda do direito norte-americano, a teoria da “ação estatal”, ou *state action doctrine*, inicia-se com os *Civil Rights Cases* julgados em 1883. Afirma que as garantias fundamentais previstas na Constituição servem somente para proteger os cidadãos do poder estatal, assim, são aplicadas apenas quando o Estado interfere na esfera privada de determinada pessoa, não sendo permitida aplicação horizontal, mas apenas vertical.

Dessa forma, Daniel Sarmiento ensina que:

É praticamente um axioma Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar esta posição a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das cláusulas consagradas de direitos fundamentais.²⁸

²⁸ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

Os argumentos a favor de tal teoria repousam na preocupação com a autonomia privada, ao pacto federativo, que preserva o espaço de autonomia dos Estados.

Apesar de tal entendimento, na tentativa de atenuar a aplicação de tal teoria criou-se duas mitigações: a *Public Function Theory*, que é aplicada quando um dos pólos é um particular detentor de função pública e pratica atividade puramente estatal, e a *entanglement exception*, que considera como entidade estatal determinada empresa privada detentora de delegação de função pelo Estado.

Caso emblemático envolvendo a aplicação da *Public Function* é o trazido por Daniel Sarmiento. No precedente “Marsh v. Alabama”, um membro da religião Testemunho de Jové foi proibido, por determinada empresa, de exercer seu culto nas proximidades deste local. Chamada a analisar o caso, a Suprema Corte decidiu por ter como inválida tal proibição, já que entendia que tal empresa se equiparava ao Estado ao administrar área pública. Sendo assim, aplicou a 1ª Emenda à Constituição que permite a liberdade de culto religioso por qualquer cidadão.²⁹

A partir daí, a Suprema Corte valeu-se desse entendimento para vincular partidos políticos, que nos estados jurídicos também recebem o tratamento de direito privado.

Tal teoria é falha, já que não é apenas o Estado que detém poder suficiente para lesar alguém, adentrando em sua esfera particular. Pode também um cidadão, um grupo ou uma organização privada infringir direito fundamental e lesionar outro indivíduo. Não foi capaz também de construir modelos seguros e confiáveis na jurisprudência norte-americana.

²⁹ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

2. DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E DO DIREITO À VIDA.

2.1. Breve introito acerca da doutrina “Testemunhas de Jeová”

A religião cristã conhecida como “As Testemunhas de Jeová”, nascida em Allegheny, hoje Pittsburgo, nos Estados Unidos da América, iniciou seus trabalhos no final do Século XIX com Charles Taze Russel com intuito de renovar as idéias trazidas pela Bíblia cristã, traduzindo o que alegava ser a “verdade” contida neste livro.

Antes de seu registro, tal movimento teve a designação de “Aurora do Milênio”, e, logo após, “Associação Internacional dos Estudantes da Bíblia”. Neste enfoque, produziu a cartilha *A Sentinela* que começou a ser difundida pelo mundo e reunir adeptos de todos os gêneros que se organizavam em grupos para leitura da Bíblia. Para viabilizar sua obra, oficializou-se a *Watch Tower Society*, com o objetivo de difundir mundialmente sua obra evangelizadora. Com a morte de Russel, o movimento contou com a liderança de Rutherford que, realizando várias modificações doutrinárias, acabou por dividi-lo em várias facções. A doutrina de Rutherford, em 1931, em convenção realizada em Columbus/EUA, passou a se chamar “Testemunhas de Jeová”, alegando ser a denominação fruto de uma revelação.³⁰

Hodiernamente reúne milhões de adeptos espalhados pelo mundo, incluindo alguns milhares no Brasil.

Considerada por alguns uma seita completamente radical, tem sua imagem marcada por impedir que seus adeptos façam uso de certos métodos medicinais eficazes em caso de risco iminente de morte, como o clássico exemplo da transfusão de sangue.

Baseiam-se, para justificar sua recusa à transfusão sanguínea, em diversas passagens bíblicas, na qual destaca-se a prevista no livro de Atos, capítulo 15, versículo 20, que trouxe, do Antigo para o Novo Testamento, a “proibição” ao povo de Deus de ingerir sangue animal. Neste enfoque, ampliaram o sentido bíblico para

³⁰ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, *Considerações Jusnaturalistas sobre a Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová*, Revista@Réopago Jurídico, Ano 2. 8. ed. Disponível em: <www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic8.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

abarcam situações diversas onde haja utilização de sangue tanto animal, quanto humano.

Sendo assim, tal religião proíbe toda e qualquer prática de hemoterapia em seus membros.

É neste enfoque que pretendemos trabalhar, analisando até que ponto a liberdade religiosa deve caminhar para não esbarrar no direito fundamental e essencial que é o direito à vida.

2.2. Do direito à vida e à existência

Vida em seu sentido etimológico compreende o estado de atividade dos animais, o tempo decorrente entre o nascimento e a morte de um ser. É a mola motora do ser humano. O que nos faz agir, sentir, pensar, ser o que somos. É o combustível que não apenas nos move, como move o universo. Sem ela nada existiria. É pois, condição de existência de todos os seres, logo podemos concluir, modificando a expressão de Descartes, que “Vivo, logo existo”.

O direito à vida, então, deve ser tido como essencial à realização de todos os outros direitos. Não há que se falar em direito à igualdade, à intimidade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, sem antes se garantir o que garante a efetividade de todos esses direitos, qual seja, a vida. Se não há existência com vida, não precisamos salvaguardar nenhum outro direito.

No dizer de Recasén Siches, “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo um tomar posições de si mesmo”. Deve ser tida, então, como fonte primária de qualquer outro bem jurídico³¹, a base para realização de todos os outros direitos inerentes ao seres humanos.

Neste sentido, completa Alexandre de Moraes, para quem o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que é pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais direitos.³²

Tanto é assim, que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* reza: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se*

³¹ SILVA, José Afonso Da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198.

³² MORAIS, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 30.

aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Assim, o direito à vida é tratado em primeiro lugar, por dele decorrerem todos os outros direitos ali expostos. Não há como pensar em direito à liberdade, direito à propriedade, se o detentor desses direitos não existir com vida. É com esta existência que o cidadão passa a ser possuidor de outros direitos trazidos pela carta magna.

De seu conteúdo, derivam os direitos à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência.

Importante ao estudo em comento é o conceito trazido por Jacques Robert, que diz:

“o respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano”.³³

Apesar da controvérsia existente em relação ao momento em que se inicia a vida, por não ter a constituição tratado expressamente da matéria, nos parece que se dá com a concepção, já que o sistema jurídico brasileiro não admite o aborto, salvaguardando o feto que pode vir a nascer. Concluímos pois pela existência de vida no nascituro, uma vez que vedando o abortamento, optou-se por assegurar direitos à alguém que ainda não chegou a nascer, mas que, ao que nos parece, já vive.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao discorrerem sobre o nascituro, afirmam que a situação jurídica desse é, ainda hoje, uma questão acentuadamente polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. E que, muito embora, a maioria da doutrina acolha a teoria natalista, segundo a qual o nascituro só adquire personalidade com o nascimento com vida, tendo assim mera *expectativa de direitos*, “ninguém discute que tenha *direito à vida*, e não *mera expectativa*”. E, para tanto cita o trecho de Silmara Chinelato e Almeida, para quem “*quem diz*

³³ ROBERT, Jacques, *Liberté publiques*, Paris: PUF, 1980, p. 234.

direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade". Finalmente, completa que: "qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos".³⁴

Importante ressaltarmos ainda que o direito à vida goza dos atributos da irrenunciabilidade e da inviolabilidade. Inviolável porque é protegido em face da intervenção de terceiro. Irrenunciável, porque não pode seu titular dele abdicar. É esse último aspecto, o gerador da controvérsia analisada na discussão se há a possibilidade do direito à liberdade religiosa prevalecer sobre a vida.

Finalmente, vale a lembrança que o direito à vida deve ser encarado em duas vertentes diversas. Em primeiro lugar, o direito à vida é o direito a permanecer vivo, derivando daqui todas as medidas de inviolabilidade deste direito. Segundamente, deve-se ater que o direito à vida é também o direito a uma vida digna, tendo a Constituição reproduzido este direito nos art. 1º, III e 170. Sendo assim, não há como falarmos desse importante direito sem nos atentarmos a esta questão, onde a vida como direito fundamental é encarada sob diferentes vertentes.

Decorrente direito do direito à vida o direito à existência "*consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo*"³⁵. É direito que protege contra a ingerência de qualquer que seja no processo vital, impedindo que se interrompa a vida de outrem. É utilizando-se do direito à vida que a legislação penal traz as penalidades para aquele que interfere no processo vital de um terceiro que detém o direito de estar vivo, de existir.

2.3. Da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal contemplou em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos do estado a "dignidade da pessoa humana". Este dispositivo, dispõe sobre o maior e mais importante valor trazido no bojo da carta magna, tido como *pré-constituente e de valor supraconstitucional*.³⁶

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, *Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92-93.

³⁵ SILVA, José Afonso Da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

Dignidade significa a qualidade moral contida no homem que garante respeito a atributos pessoais mínimos responsáveis por sua sobrevivência. Daí decorre que todos os atos jurídicos ou não devem sempre ser pautados por esse valor, de modo a se criar um sistema que se justifique em si mesmo, respeitando sempre uma existência digna ao ser humano.

Afirma Daniel Sarmento sê-lo o epicentro axiológico da Carta da República de 1988 e desdobrar-se em um sem número de dimensões jurídicas³⁷, devendo ser arguido sempre que assim couber.

Como leciona Norberto Bobbio, a dignidade da pessoa humana passou por um processo de institucionalização, dividida em três fases: em primeiro lugar, aparecem como referências filosóficas. A seguir inserem-se em textos normativos de âmbito nacional, até que ganha alcance mundial, sendo exposto na Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU).

Kant, ao tratar da importância do tema dignidade do ser humano afirma que:

“no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.³⁸

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito contemporâneo, não só nacional, como estrangeiro, ao tentar conceituar e fundamentar tema tão relevante, que diz respeito à dignidade da pessoa humana, ainda tem levado em conta as bases do pensamento Kantiano para realização dessa tarefa, ou seja, tal direito ainda é tido como o respeito à autonomia da vontade.³⁹

Alexy, ao falar sob a possibilidade de existirem direitos absolutos, relata a importância da dignidade da pessoa humana para o direito alemão, ao afirmar que

³⁷ SARMENTO, Daniel, *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.148.

³⁸ KANT, Immanuel, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultura, 1980, p. 103-162.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39.

apesar de, aparentemente, ser tida como o único direito absoluto, na verdade reflete sua dupla acepção. Ora é vista como norma, ora como princípio. Como exposto:

Sin embargo, podría pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF: "La dignidad de la persona es intangible". Efectivamente el artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF provoca la impresión de absolutidad. Pero, la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio, también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos.⁴⁰

Em relação ao vínculo existente entre a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais expressos na carta magna, podemos afirmar que estes últimos, ainda que de forma diversa e indireta, guardam em seu fundamento algum conteúdo inerente à dignidade humana, vista como um valor maior, indissociável de qualquer sistema jurídico contemporâneo.

Tratando dos princípios gerais de justiça, o professor Danilo Porfírio afirma que tratar desse tema é tratar da dignidade, e que esta dignidade compõe a soma de todos os princípios de direito natural.⁴¹

Para o professor Jorge Miranda, *não existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Essa ligação só começa com o Estado social de Direito, e com as Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, como represália a toda forma desumana a que os indivíduos foram submetidos neste período. Por isso, tal valor foi elevado a categoria de fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁴²

Concluindo pela necessidade de unidade entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, Miranda afirma que:

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 106.

⁴¹ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, *Considerações Jusnaturalistas sobre a Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová*, Revista@Réopago Jurídico, Ano 2. 8. ed. Disponível em: <www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic8.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

⁴² MIRANDA, Jorge, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 168-169.

“pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas.”⁴³

Isso quer dizer que as normas fundamentais, tidas como valor, obriga a protecção de todos os direitos fundamentais. Dessa forma, se houver desrespeito de qualquer preceito fundamental, negando ao indivíduo o atributo de um direito a ele inerente, estar-se-á, em maior ou menor grau, desrespeitando e negando-lhe sua própria dignidade.⁴⁴

2.4. Das liberdades – Da liberdade religiosa

Nos remetemos novamente a Kant para traçar os pormenores deste tema. Assim o fazemos por ter este autor colocado a autonomia da vontade (como sinónimo da liberdade) entre o bem relevante do ser humano, tratando-o como um direito inato.

Liberdade significaria pois, *a capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão*. Sendo então, a autonomia para pensar, julgar e fazer suas próprias escolhas de acordo com o que melhor lhe convir, sempre observando para tanto as regras demarcam os limites até onde se pode agir.⁴⁵

Alguns autores enxergam a liberdade de dois enfoques distintos. O primeiro, concebido nos pensamentos de Hobbes e Locke, revela conteúdo negativo, já que está estabelecido na não intervenção estatal na vida privada do cidadão, ou ausência de constrangimento. Já sobre uma segunda perspectiva, a liberdade é vista como uma participação da população nas decisões públicas, é a intervenção

⁴³ MIRANDA, Jorge, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 169.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96-97.

⁴⁵ GONÇALES FERNANDES, Bernardo, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 279-280.

pessoal do indivíduo nas decisões estatais que irão gerar algum efeito para si. Tem conteúdo positivo e expressa a vontade coletiva ou razão pública.⁴⁶

Sendo assim, cabe ao indivíduo, de acordo com o que é, traçar seus próprios caminhos, fazer suas próprias escolhas e determinar onde irá chegar, não cabendo ao Estado, “a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve seguir”⁴⁷, sendo defeso a imposição de qualquer ditadura pessoal que venha a restringir o âmbito de aplicação da autonomia da vontade, já que a liberdade é um dos fundamentos estatais, devendo ser inteiramente observada.

A liberdade de consciência e religião, vem tratada constitucionalmente por meio do art. 5º, VI, que reza que “*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*”.

A liberdade de consciência e religião, conquanto sejam semelhantes em muitos aspectos, se diferenciam em seu conteúdo, visto que tratam de direitos distintos.

Enquanto a liberdade de consciência é assegurada àqueles que possuem o direito de construir seus próprios valores íntimos, suas próprias convicções e pensamentos com relação a si e ao espectro mundano, a liberdade religiosa diz respeito apenas ao direito de crer em determinada religião, aderindo a ela ou não. Neste sentido é que José Afonso da Silva chega a afirmar que a liberdade religiosa não compreende apenas o direito de aderir a uma religião, como de *mudar de religião*, mas também o direito negativo de se manter descrente, ou *de ser ateu*.⁴⁸

O mestre português J.J. Gomes Canotilho, ao tratar da “tolerância religiosa à liberdade de religião e crença”, atesta que ao Estado é proibido impor a qualquer indivíduo uma religião oficial, já que ao haver a quebra de unidade religiosa, nasceram crenças diversas que defendiam o direito de professar a “verdadeira fé”, devendo ao Estado ao menos o reconhecimento e tolerância de tais opiniões.

⁴⁶ GONÇALES FERNANDES, Bernardo, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 280-290.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.142.

⁴⁸ SILVA, José Afonso Da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 249.

Citando G. Jellinek, afirma ser *a luta pela religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais* de primeira geração.

Dessa forma é que a lei magna assegura o *livre exercício religioso* e protege os locais onde os cultos são realizados, como as igrejas, templos, centros, terreiros, ou sejam lá quais foram suas denominações. Assim, só pode a lei interferir em qualquer atividade religiosa, se algum valor constitucional de maior relevância estiver sofrendo mitigação, ou sendo infligido por esta prática.⁴⁹

Nesta senda é que o art. 150, VI, “b”, da carta constitucional impede que o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios instituem impostos sobre templo de qualquer culto.

Apesar de o Estado brasileiro não ter adotado nenhum posicionamento religioso, sendo portanto considerado laico, assegura o direito de prestação religiosa em internatos coletivos, conforme se depreende da leitura do art. 5º, VII, da Constituição Federal, muito embora este posicionamento não deva ser tido como uma aversão do estado à fé, até porque o preâmbulo constitucional já esclarece tal questionamento ao afirmar que a promulgação da Nova Carta Magna de 1988 se dá sobre a proteção divina.

Segundo afirma Gilmar Ferreira Mendes “*A liberdade religiosa consiste na liberdade para professar fé em Deus. Por isso, não cabe arguir a liberdade religiosa para impedir a demonstração de fé de outrem ou em certos lugares, ainda que públicos*”⁵⁰. E vamos além para afirmar que não deve a liberdade religiosa ser tida com o fundamento para se ferir, ou deixar de observar outros direitos constitucionalmente previstos, e muitas vezes de maior relevo, como o direito à vida.

Até porque, estas liberdades, embora sejam revestidas de liberalidades, devem seguir o formato legal, como bem nos informa o art. 5º, VI, da Constituição ao estabelecer que os locais religiosos serão protegidos *na forma da lei*. Tomando tal dispositivo à guisa de exemplo, concluímos que mesmo tendo a constituição garantido direito de liberdade aos cultos de qualquer religião, tais manifestações devem estar pautadas legalmente, não podendo qualquer indivíduo se valer de

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 417.

⁵⁰ *Idem*, p. 420.

convicções religiosas para se esquivar de mandamentos legais, ou infringir padrões de conduta pautados em nossa legislação.

2.5. Colisão de direitos fundamentais – Direito à vida X liberdade religiosa

Para análise dos possíveis conflitos entre direitos fundamentais, é necessário que se retome a diferenciação feita momentos atrás entre regra e princípio.

Mais uma vez, tendo como base uma regra, Gilmar Ferreira Mendes afirma que *“correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos”*. Sendo assim, possuem conteúdo fechado, descrevendo a forma exata de sua aplicação.⁵¹

Temos, então, que havendo conflito entre regras, a questão se resolve facilmente utilizando-se dos critérios da validade, ou da cláusula de exceção.

Esta última tem aplicabilidade quando se insere no bojo de uma das regras uma cláusula de exceção que coadune com a regra conflituosa. A título de exemplo, o art. 231, § 5º da CF, traz regra no sentido de que *“é vedada a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco”*.

Se tomarmos a primeira parte do artigo separadamente, nunca haverá remoção dos indígenas de suas terras. Entretanto, o mesmo artigo abre uma exceção nos casos onde há interesse público por parte do Estado em efetivar esta remoção. Ou seja, o próprio artigo abre uma exceção ao direito dos índios de terem suas terras preservadas, quando este direito afetar a soberania nacional.

Já no primeiro caso, uma das regras deverá ser declarada inválida e, com isso, eliminada do ordenamento jurídico. Não há como duas regras contrárias (conflitantes) conviverem. Assim, com clareza, completa Alexy no sentido de que *“Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada*

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284.

mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas".⁵²

Em sentido inverso, princípios possuem conteúdo abstrato, devendo ser utilizados para abarcar o maior número de situações possíveis na maior extensão possível.

Dessa forma, repercussão direta da própria essência destes princípios fundamentais, que possuem forma aberta a fim de abarcarem o maior número possível de situações concretas, é a possibilidade de colisão entre os diversos direitos constitucionalmente previstos. Quanto mais aberta uma norma, maior a possibilidade de ir de encontro a outra, já que seu conteúdo vai além da literalidade para atingir um sem número de casos envolvendo a matéria.

Karl Larenz já afirmou que *"Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por este motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada"*.⁵³

Há três forma de conflitos fundamentais.

Fala-se em concorrência de direitos fundamentais quando existem diversas garantias constitucionais versando sobre um determinado bem constitucional. Assim diz-se que o titular acumula diversos direitos fundamentais ao redor de uma situação concreta.

Em segundo lugar, o conflito entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional apresenta-se quando existe, no exercício de um direito fundamental, uma afronta ou desrespeito a um bem jurídico constitucionalmente tutelado.⁵⁴

Em última análise, ocorre colisão entre direitos fundamentais quando um titular de uma garantia constitucional na utilização desta, consciente ou inconscientemente, acaba por afrontar um outro direito fundamental de outro titular.

⁵² ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

⁵³ LARENZ, Karl, *Metodología da Ciência do Direito*, trad. José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouster Gulbenkian, 1997, p. 575.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão De Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 64.

Wilson Antônio Steinmetz, ao tratar do assunto, relata-nos que *conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais e colisão de direitos fundamentais* são espécies do gênero colisão dos direitos fundamentais. E conclui afirmando que colisão de direitos fundamentais em sentido estrito se dá quando o titular de um direito fundamental afronta outro direito fundamental de outrem; enquanto colisão de direitos fundamentais em sentido estrito forma-se com a colisão direitos individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.⁵⁵

Posto o caso prático à análise, e seguindo a vertente acima apresentada teremos as seguintes conclusões:

Caso um membro da religião Testemunha de Jeová, maior e capaz, se apresente a um Hospital e a transfusão de sangue seja imprescindível à sua sobrevivência, o médico terá como obrigação a utilização de qualquer método necessário à preservação desta sob o corolário do direito à vida. Em contrapartida, valendo-se do direito à liberdade religiosa, poderá o paciente recusar-se a realizar a transfusão e conseqüentemente vir a falecer por isso.

Neste caso, podemos definir que há uma colisão estrita de direitos fundamentais, encontrando-se o médico em situação constrangedora onde não sabe se pratica a hemoterapia e salva a vida do paciente ou, respeitando sua liberdade de credo deixa de aplicá-la podendo vir a responder por negligência.⁵⁶

É certo que o direito à vida ora em questão não é de titularidade do médico, mas do próprio paciente que se recusa a fazer o procedimento. Porém, são deveres do médico manter-se atualizado, informado, zelar pela saúde e vida de seus pacientes, podendo, inclusive, responder penal e civilmente pelos erros que venha a cometer por falta de zelo e cuidado com aqueles que se encontram sob sua responsabilidade.

Isso se dá, justamente, porque o exercente dessa profissão possui em suas mãos a maior de todas as responsabilidades, qual seja, a de lidar com vidas. É esse bem jurídico, de mais elevado grau, que se encontra em suas mãos. Portanto, não

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão De Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 65-66.

⁵⁶ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, *Considerações Jusnaturalistas sobre a Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová*, Revista@Réopago Jurídico, Ano 2. 8. ed. Disponível em: <www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic8.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

lhe é conferido tratar de forma irresponsável aqueles que se submetem a seus cuidados. Por isso, sua conduta deve estar pautada na máxima do direito à vida.

Em vertente diversa, entendemos também existir no caso um “conflito entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional” na medida em que, ao recusar-se à realização de tratamento imprescindível a manutenção de sua saúde e vida, o paciente, imbuído do direito à liberdade religiosa, afronta o maior dos bens jurídicos existentes, que é a vida.

Aliás, sua carga axiológica não se restringe apenas ao explanado, trata-se (a vida) de um bem jurídico indisponível, pressuposto para realização de todos os direitos constitucionalmente previstos. Não há possibilidades de se acatar qualquer tentativa de afronta a este princípio. Tanto que repudia-se inclusive o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio.

2.6. Da ponderação

Do acima exposto, é possível se depreender que, no surgimento de conflito entre princípios fundamentais, a utilização da validade e da cláusula de exceção, como pressuposto de solução torna-se impossível, já que trata-se de colisão de princípios e não de regras.

Assim é que Alexy leciona no sentido de que, quando há colisão entre princípios, deve-se analisar o peso de cada um em cada caso, e fazer um juízo de ponderação para se chegar à resposta de qual deles deve prevalecer.

Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la Validez; la colisión de principios – como so pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.⁵⁷

Isso quer dizer que não há como afastar inteiramente um princípio em detrimento do outro, já que os dois são válidos no ordenamento jurídico pátrio. Devemos então analisar qual deles possui maior peso quando aplicados no caso concreto.

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

A fórmula de peso de Robert Alexy consiste em colocar em uma balança dois princípios que encontram-se em colisão, e adicionar os fatores que requerem a aplicação de cada um deles. O lado da balança que detiver o maior peso refere-se ao princípio que deverá ser aplicado.

O referencial peso é explicado por ele da seguinte maneira: *“El principio P₁ tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el de principio opuesto P₂ cuando existen razones suficientes para que P₁ preceda a P₂, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”*⁵⁸.

Peguemos o exemplo dado pelo próprio doutrinador, sobre a incapacidade processual. O Estado tem o dever de garantir a adequada aplicação do direito penal, enquanto o acusado tem o direito a não realização da audiência oral, já que, devido a tensão envolvida no caso, pode vir a sofrer um infarto. Aqui não se poderia aplicar um dos princípios em detrimento do outro. A situação requer, então, que se analise qual dos interesses, *abstratamente de mesmo valor*, possui o maior peso no caso concreto. Se verificado que o interesse do acusado possui um peso manifestamente maior que o dever do Estado de intervir, garantindo a eficácia da aplicação legal, então esta intervenção fere o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental que detém o acusado. Este exemplo, diz o autor, corresponde exatamente a colisão de princípios, sendo as diferenças de trato terminológico.⁵⁹

E completa: se existisse no caso dado apenas o dever do Estado de intervir para a adequada aplicação do Direito, a audiência oral haveria de ser realizada. Da mesma forma, se o direito do acusado de não sofrer danos a sua integridade física fosse o único a ser observado, deveria ser imediatamente aplicado. É assim que, existindo choque entre dois interesses de mesmo valor, não deve proceder-se a aplicação de um em detrimento do outro. Nem tampouco seria um caso de introdução de uma cláusula de exceção para os casos futuros semelhantes. Há que proceder, então, a ponderação desse princípios, analisando qual possui o maior peso, devendo ser este aplicado.

Recorremos novamente à lucida clareza do mestre Gilmar Mendes que se propõe à explicação da regra da ponderação formulada por Alexy. Assim é que:

⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91-92.

⁵⁹ *Idem*, p. 90-91.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação” segundo a qual, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”.⁶⁰

E afirma ainda que existe um laço estrito de ligação entre o juízo de ponderação e a máxima da proporcionalidade:

“que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrifício não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução”.⁶¹

Assim é que o próprio Robert Alexy ensina quando afirma que

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho, en una formulación algo oscura, que la máxima de la proporcionalidad resulta "en el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales". En lo que sigue, habrá de mostrarse que esto vale en un sentido estricto cuando las normas iusfundamentales tienen carácter de principio.⁶²

Discorrendo sobre a proporcionalidade, Antônio Scarance Fernandes elenca que para utilização do princípio da proporcionalidade deve-se sujeitá-lo a certos requisitos apontados doutrinariamente. Um de índole formal, o da legalidade, que impõe para que haja restrição em direito individual, esta deverá ser precedida de lei. Já o segundo, de cunho material, da justificação teleológica, exige que para que haja

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 346.

⁶¹ *Idem*, p. 285.

⁶² ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111-112.

certa limitação esta deverá ser justificada na satisfação de certos valores constitucionalmente previstos.⁶³

Em seguida, aponta ainda que restrições a direitos constitucionalmente elencados, só podem ser aceitas por razões de “necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido”. Verificamos, então, que para aplicação da proporcionalidade deve-se necessariamente seguir esses à análise desses três requisitos.⁶⁴

A adequação, exige que o meio seja apto a realizar o fim por ele elencado. Assim, Scarance aponta que a adequação deve ser aferida de forma qualitativa, se a medida é essencial ao fim almejado; quantitativa, se a duração ou intensidade são condizentes com a finalidade; e subjetiva, se a medida será dirigida sobre aquele a sobre o qual recairão as circunstâncias.⁶⁵

Passada pelo crivo da adequação, a medida será sujeita ao da necessidade, que exige que seja utilizada a alternativa menos gravosa. Portanto, além de ser a medida adequada, deve ela ser pautada pela mínima intervenção. Deve ser a medida que menos onere o direito fundamental em questão. Sendo assim, diante do rol de meios adequados à consecução do fim, deve-se escolher o mais adequado.⁶⁶

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito, exige uma análise de qual princípio possui o maior valor no caso em análise, devendo este prevalecer.

Tendo exposto todos os pormenores iniciais que poderiam influenciar na análise do tema, passemos a dispor sobre o objeto de estudo em si a que nos propusemos à discussão.

⁶³ FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

⁶⁴ *Idem*, p. 57.

⁶⁵ *Idem*, p. 57.

⁶⁶ *Idem*, p. 57-58.

3. DA TRANSFUSÃO SANGUÍNEA EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

3.1. Intervenção em pacientes conscientes

Cuidamos de dividir a análise temática em três pontos chaves, visando tratar de todas as situações separadamente, já que pensamos trazerem conclusões diversas a cerca do tema. Em primeiro lugar, trataremos dos casos envolvendo paciente maiores, capazes e que se encontram em estado de consciência. Logo após, passaremos à análise dos casos envolvendo pacientes inconscientes, que não possam exprimir sua vontade. Finalmente iremos discorrer sobre o importante tema envolvendo pacientes menores e incapazes. Passemos aos estudos.

Como exposto momentos atrás, nos casos das transfusões de sangue em Testemunhas de Jeová, há um aparente conflito entre dois direitos fundamentais invioláveis, presentes no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, Direito à vida e liberdade, está última gênero da espécie “liberdade de consciência e crença”, prevista no inciso VI do mesmo artigo. Nesta perspectiva, pretendemos analisar os casos que permeiam tal colisão na busca de se propor uma resposta plausível às indefinidas questões.

A solução destes conflitos devem seguir obrigatoriamente a regra da ponderação exposta acima, que se utiliza da proporcionalidade para se medir os pesos dos direitos envolvidos em cada caso.

O primeiro estudo que há de ser analisado são os casos onde o paciente encontrando-se em perfeito estado de consciência, no pleno gozo de suas faculdades mentais, podendo facilmente exprimir sua vontade, decide pela não realização de procedimento capaz de lhe trazer a cura, ou até mesmo de lhe salvar a vida.

Neste caso, nos parece que o direito à liberdade religiosa tende a se sobrelevar ao direito à vida, visto que da mesma forma que o paciente escolhe ir ao hospital, pode optar por recusar-se à realização de qualquer procedimento, ainda que lhe seja imprescindível a manutenção da vida.

Como exposto momentos atrás, o direito à liberdade foi um dos direitos mais consagrados na CF/88, pois que é fundamento do Estado Democrático de Direito,

corolário da livre iniciativa prevista no art. 1º, IV, Constituição Federal. Ademais, encontra-se como direito inviolável, constitucionalmente previsto no art. 5º, *caput*, ao lado do próprio direito à vida.

Seu alcance é tão importante que junto ao direito de igualdade constitui elemento essencial do conceito de dignidade da pessoa humana. E é *proclamada partindo desta perspectiva como ser em busca da auto-realização, pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades*⁶⁷.

Em sentido semelhante, há que se lembrar que já no inciso II, do art. 5º da Constituição Brasileira, o legislador originário traz-nos regra no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não há lei alguma que obrigue-nos a lutar pela própria sobrevivência, até porque se houvesse seria claramente inconstitucional, por ferir o direito à liberdade que acabamos de esboçar.

Neste sentido, é que o art. 15 do Código Civil de 2002 afirma que “*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”.

Aliás, obrigando alguém a submeter-se a intervenção médica, se estaria ferindo o próprio princípio da dignidade da pessoa humana que está acima da constituição, tendo valor *supraconstitucional*⁶⁸. Esse inclusive foi o entendimento adotado em sentença proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359.

⁶⁸ *Idem*, p. 150.

sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010).

Importante ressaltar que a hipótese ora em análise, só poderá ser tomada quando não houver dúvida alguma quanto ao estado de consciência do paciente.

Imaginemos o caso de indivíduo a quem esteja sendo ministrado medicamento que afete parte de sua capacidade cognitiva. Possuindo o médico essa informação, não pode ele limitar-se à manifestação do paciente pois esta pode estar eivada de vício de consentimento. Caso procedesse inversamente, poderíamos chegar ao absurdo de causar a morte daquele que possuía meios aptos à sobrevivência.

Pautando-se por segurança jurídica, que também inclui-se no rol dos direitos fundamentais elencados no *caput* do art. 5º da Constituição, não se pode aceitar que, na dúvida sobre a lucidez de um paciente que se recusa a proceder à transfusão de sangue, opte o médico por não fazê-la, pondo em risco a vida daquele que encontra-se sob sua responsabilidade. É que, mais uma vez, o direito à vida deve ser encarado como um pressuposto para realização de qualquer outro direito. Sendo assim, em havendo risco sobre a certeza na opção por não fazer um procedimento que lhe seja imprescindível à sobrevivência, o paciente deverá ser submetido ao mesmo, para que lhe seja assegurado o próprio direito à vida e, conseqüentemente, à liberdade.

Aliás, o próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88) em seu art. 46, abre uma exceção quanto ao esclarecimento e consentimento do paciente, qual seja, o risco iminente de vida. Senão vejamos: *“É vedado ao médico: Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”*. E em seu art. 56 continua no sentido de que: *“É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”*.

Na mesma linha, o Código Penal ao tratar dos crimes contra a liberdade individual, também abre exceção ao constrangimento ilegal, quando no art. 146, § 3º, I, abre exceção à intervenção médica sem o consentimento do paciente quando este sofre iminente perigo de vida.

Ou seja, tanto o Código de Ética Médica, quanto o próprio Código Penal, mitigam a exigência de consentimento do paciente, quando o mesmo se encontra em vias de falecimento. Dessa forma, parece-nos que o legislador nesses dispositivos cria a solução para a colisão desses direitos fundamentais (Direito à vida e liberdade de crença).

Como podemos observar, o Código de Ética Médica sobreleva o direito à vida, colocando-o a salvo sob todas as circunstâncias.

Por todo o exposto, concluímos no sentido de que o direito à liberdade só pode estar acima do direito à vida nos casos em que o paciente encontra-se em pleno estado de consciência, sendo capaz de exprimir sua vontade sem vícios, e isso se dá porque nesses casos é a própria dignidade da pessoa humana que deve ser observada.

Caso contrário, deverá o médico efetuar o procedimento, mesmo sem a vontade do paciente, agindo na proteção do direito à vida, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e do próprio direito à liberdade, como decorrência dos primeiros.

Mais uma vez recorremos a lição do mestre Gilmar Ferreira Mendes para concluir que *“tem-se por inquestionável que o direito à vida tem prevalência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos”*.

Seguindo esse raciocínio, se optássemos por dar prevalência ao direito à liberdade de crença em face do direito à vida, chegaríamos ao ponto de ter uma colisão indireta de todos os demais direitos fundamentalmente previstos, com o direito à liberdade, visto que sendo o direito à vida um pressuposto para o exercício dos demais direitos, quando afrontado se estaria desrespeitando todos os outros direitos constitucionalmente elencados, por via indireta.

3.2. Intervenção em pacientes em estado de inconsciência

Decorrência lógica do que acabamos de expor, defendemos que a intervenção em pacientes em estado de inconsciência é obrigação do médico responsável, mesmo que o enfermo em seu íntimo não deseje realizá-la.

Isso porque, mais uma vez, o direito à vida aqui tratado deve ser tido como preponderante sobre o direito à liberdade religiosa por ser pressuposto para realização das demais garantias dadas constitucionalmente aos indivíduos. É esse inclusive o entendimento de doutrinário e jurisprudencial, conforme julgado.

TRANSFUSAO DE SANGUE. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. PONDERACAO DE INTERESSES. LIBERDADE DE RELIGIAO. DIREITO A VIDA E A SAUDE. PREPONDERANCIA. Apelação. Cautelar Inominada. Hospital. Pretensão de resguardo da vida do paciente e de possível futura responsabilidade. Transfusão de sangue. Convicção religiosa. Sentença de procedência do pedido. Inexistência de nulidade. Disposições contidas no artigo 15, do Código Civil e 56, do Código de Ética Médica não prevalecem quando houver iminente risco de vida. Existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, já que não haveria sentido proclamar qualquer outro direito se, antes, não se assegurasse o direito de estar vivo para usufruí-lo. Bem supremo que prepondera sobre demais direitos, como o da liberdade religiosa. Manutenção da sentença. Não Provimento do recurso (Apelação Cível nº 0007768-02, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Des. Katya Monnerat, julgado em: 09/02/2011).

Além disso, quando o paciente encontra-se inconsciente, não podendo exprimir sua vontade de forma clara, livre e perfeita, não pode o médico presumir que o mesmo abdica de sua vida por convicções religiosas. O direito à vida deve aqui ser encarado com extrema seriedade, não podendo, nesses casos, sofrer mitigação.

Isso vale inclusive, nos casos em que o paciente encontra-se inconsciente, e sua família ou representantes legais manifestem o desinteresse do mesmo pela transfusão de sangue ou outro procedimento que lhe seja crucial à vida. O médico deverá, por oportuno, se valer de todos *“os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente”*, nos termos do artigo 57 do Código de Ética Médica.

Da mesma forma, quando o referido paciente inconsciente portar documento que o identifique como membro da seita Testemunho de Jeová não podendo assim

sofrer tratamento hemoterápico, o médico deverá desconsiderá-lo com base na vontade presumível em manter-se vivo.

Oportuno salientar que, em todos esses casos, a transfusão sanguínea só poderá ser realizada contra a vontade do paciente se não restarem outros métodos que possibilitem sua recuperação. Mas, mesmo assim, estes métodos opcionais só poderão valer se trouxerem os mesmos benefícios que a hemoterapia, caso contrário estaria o médico escusando-se da utilização de todos os meios possíveis para salvar seu paciente.

3.3. Intervenção em pacientes menores e incapazes:

Tema quase unânime na doutrina, mas que necessita de cuidados pormenores é o da intervenção em paciente infanto-juvenil.

A criança e o adolescente, compreendida aquela como a pessoa até doze anos de idade e essa a pessoa dos doze aos dezoito anos, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, segundo o inscrito no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Incumbindo ao pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22, do ECA).

Além disso, cabe a toda sociedade o cuidado para que seja assegurado, com prioridade absoluta, *“a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”*, nos termos do art. 4º do ECA. Aliás, esse dispositivo tem índole constitucional, como se depreende da leitura do art. 227 da Carta Magna.

Como visto, o legislador, ao tratar da criança e do adolescente os deu tratamento especial, já que são considerados seres em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, futuro de nossa nação.

A lei menorista, ao adotar a doutrina da proteção integral, garante instrumentos efetivos de defesa dos direitos fundamentais⁶⁹. Elencou assim, em seu art. 7º, os direitos à vida e a saúde, *“mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em*

⁶⁹ ISHIDA, Valter Kenji, *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 10. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 13.

condições dignas de existência". Sendo dever de todos *"prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente"*, conforme a letra do art. 70 do mesmo diploma.

Cabe sustentar ainda que qualquer ameaça ou violação percebida nos direitos da criança e do adolescente ensejam nas medidas de proteção previstas nos art. 98 a 101 do Estatuto do Menor.

O direito à vida aqui tratado tem estrita ligação com a dignidade humana, ainda mais quando diz respeito a direito conferido à criança e ao adolescente. Nesse sentido, Andréa Rodrigues Amin ressalta que *"se um adolescente estiver à beira da morte, deve-se buscar, minimamente, assegurar os recursos para tentar mantê-lo vivo, ou se inevitável a morte precoce, que, ao menos, seja digna, com tratamento e apoio"*.⁷⁰

Sendo assim, não há como aceitarmos a idéia de que, valendo-se do pátrio poder, possam os pais decidir que o filho menor abdica de sua vida por convicções religiosas. É dever do Estado, inclusive, quando há ameaça de lesão à vida desses menores, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, intervir podendo inclusive determinar a perda do poder familiar e a colocação do menor em família substituta, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal dos pais ou responsáveis (combinação dos arts. 98 e 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O próprio art. 130 do ECA prevê que *"verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsáveis, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum"*, compreendendo como maus tratos o disposto no art. 136 do Código Penal, no sentido de ser: exposição a perigo de vida ou a saúde de pessoa sob a autoridade, guarda ou vigilância de alguém, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia de alguém, quer privando-a de alimentação ou **cuidados indispensáveis**, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina (grifo nosso).

⁷⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 34.

O menor, inclusive, não necessariamente adota os gostos, idéias e crenças dos pais, muitas vezes por influência e respeito os seguem, podendo vir a ter comportamento diverso no futuro. Até porque, não possuem completa formação física e mental que os permita tomar uma decisão tão delicada, sem observar as devidas consequências. Esse é o entendimento de Andréa Rodrigues Amin em exposição feita em obra organizada por Kátia Maciel, quando ao trata da liberdade religiosa do menor, afirma que

“Os pais, no cumprimento do dever de educar, devem oferecer aos filhos educação formal e moral, formação religiosa. De início, os filhos absorvem a religião dos pais, pois normalmente a única que lhes foi apresentada.

Quando começam a sofrer o natural processo de amadurecimento, já na adolescência, questionam e aprendem que a religião se expressa de várias formas e a lei lhes assegura o direito de escolher uma dessas formas como a que melhor realiza seus objetivos de vida. Não podem os pais interferir nesse processo de escolha, mesmo que contrário às suas próprias convicções religiosas. O agir dos pais está limitado pelo princípio do melhor interesse do filho, se este não foi violado, os pais não podem interferir impondo o seu querer”.⁷¹

Não se pode assim, permitir que a vontade dos pais esteja acima dos próprios direitos fundamentais conferidos ao jovem. Se assim o fosse, estaríamos regredindo aos primórdios onde a criança e o adolescente eram tidos como propriedade de seus genitores, tendo o pai poder absoluto sobre os seus filhos.

Além disso, seria violação ao próprio princípio da liberdade religiosa, a imposição de não realização de procedimento terapêutico, pois nesse caso o menor viria a falecer antes de ter a chance de tomar a decisão, por si só, de qual religião viria a professar.

Nelson Nery Junior, chega a afirmar que o direito à liberdade do menor dever ser auferido em detrimento ao seu direito à vida. Para tanto, informa que o menor tem capacidade para consentir, compreendendo os riscos e sacrifícios da medida, até mesmo se possuir menos de 16 anos de idade. Ora, em primeiro lugar não nos parece que o menor possui capacidade absoluta para consentir, compreendendo

⁷¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 44.

que a falta de transfusão sanguínea pode causar-lhe a morte. Em muitos casos, esses menores são levados a pensar de determinada forma, mas não necessariamente pensam daquela forma, são seres, em geral, fortemente influenciáveis, não havendo controvérsia à esse respeito. Da mesma forma, lembramos que a abrangência deste direito à liberdade é relativa, cabendo “aos pais, família e comunidade fiscalizar o exercício desse direito concedido pró-criança e adolescente e não em seu desfavor”.⁷²

Tendo-se em mente que o ordenamento jurídico pátrio prevê a proteção à vida até mesmo do nascituro, tendo inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente sucumbido à doutrina Concepcionista, resta inconcebível no caso do menor, que esse direito fundamental tenha sua proteção jurídica suprimida em face da convicção religiosa de seus pais.

Com isso, o médico tem o dever de realizar o tratamento, se escusando da oitiva parental, visto ser o direito à vida preponderante tanto sobre a liberdade religiosa dos pais, como também sobre a do menor. Esse entendimento tem prevalecido tanto doutrinariamente, como jurisprudencialmente, conforme os julgados colacionados abaixo.

CAUTELAR. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. 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. 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 deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. 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 médico-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, § 3º, inc. i, do código penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua

⁷² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 43.

liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la. (Apelação Cível N° 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995).

Como já relatado, é fácil a percepção de que o direito à vida deve ser considerado pressuposto para realização dos demais direitos constitucionalmente previsto, importante e fundamental mecanismo para realização dos mesmos. Não pode assim, ceder à mitigação ofertada por qualquer direito, ainda mais tratando-se do interesse de menor e incapaz.

Aliás, tudo que neste capítulo foi exposto, deve valer não só para o menor, como também para o incapaz que, da mesma forma que o primeiro, não possui condições de tomar suas próprias decisões, visto possui discernimento reduzido sobre a realidade, necessitando da assistência ou representação por parte de um indivíduo maior e capaz.

Não podemos deixar de considerar ainda que, como tratado no julgado acima, não há a necessidade de intervenção do judiciário para ordenar tratamento médico, salvo casos excepcionais envolvendo o melhor interesse do menor. Isso se dá, porque não deve o poder judicante imiscuir-se em questões que podem naturalmente ser resolvidas por parte dos particulares, como no caso onde o médico possui amparo legal para agir quando houver risco de vida ao paciente, mesmo sem o consentimento desse ou de sua família. Mas, quando envolve interesse daquele que necessita de cuidados especiais, como o menor e o incapaz, deve o juiz agir, ordenando o tratamento.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, concluímos que ao direito à vida, que é condição prévia à concretização dos demais direitos, deve ser dado um valor preponderante quando contraposto com outros direitos. É ele a garantia dada ao ser humano para nascer, crescer e manter-se no mundo. Sendo assim, não pode, na medida do possível, sofrer mitigação por parte de outros direitos constitucionalmente previstos. Devendo ser interpretado com extrema seriedade de modo a evitar brutalidades desumanas.

Mas, parece-nos que o problema envolvendo os Testemunhas de Jeová deve ser observado caso a caso, por trazerem, ao nosso ver, soluções diversas a depender das circunstâncias que circundam o fato. Isso porque o direito, como ciência humana, deve ser estudado evitando-se os formalismos. Não há que se tomar partido sobre determinado tema, sem que se ponha à análise dos pormenores envolvendo cada situação concreta.

Até porque, no trabalho ora encarado, se fossemos analisar o caso como um todo, sem adentrarmos em cada contexto prático, não chegaríamos a uma resposta satisfatória para o todo. Assim, importante se fez enfrentar o estudo separadamente, esmiuçando cada caso que o permeia.

Nos preocupamos primeiramente, em apresentar o problema posto à discussão, onde o membro Testemunha de Jeová se recusa a realizar tratamento hemoterápico imprescindível à cura, alegando atribuir maior valor ao direito à liberdade religiosa, contido no art. 5º, VI da Constituição Federal, do que ao direito à vida, atributo cedido pelo art. 3º, *caput*, do mesmo diploma.

Em seguida, partimos para o estudo envolvendo pacientes maiores e capazes, que encontram-se em perfeito estado de lucidez. Nesses casos, concluímos que melhor seria, utilizando-se da ponderação, dar prevalência valorativa ao direito à liberdade, por guardar nesses casos íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Não pode, portanto, ser o paciente compelido a realização da hemoterapia, mesmo correndo certo risco de vida, se puder exprimir

sua vontade de forma clara e perfeita. Isso porque a dignidade da pessoa humana aqui tratada tem embutido em seu conceito o princípio da autonomia da vontade.⁷³

Importante ressaltar que qualquer vício de consentimento, capaz de gerar no médico incerteza sobre a lucidez do paciente enseja no dever de, utilizando-se de todos os métodos possíveis, salvar a vida do mesmo (art. 57, Resolução CFM nº 1.246/88). Isso porque nesse caso, a segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF/88) sopesa ao lado do direito à vida, fazendo-o, segundo o princípio da proporcionalidade, possuir maior valor do que a liberdade religiosa. Sendo que nesses casos a manifestação por parte de parente do paciente não deve possuir o menor valor, pois a vida que está em jogo não é a sua.

Logo após, tratamos dos casos envolvendo pacientes maiores e capazes, que encontram-se em estado de inconsciência. Seguindo a mesma linha adotado no parágrafo anterior, a mitigação do princípio vida pelo liberdade não há que ser aceita de forma alguma. Isso porque, mais uma vez, não pode o médico escusar-se de realizar a hemoterapia, já que havendo incerteza sobre qual a posição adotada pelo paciente a segurança jurídica há de ser elencada para salvaguardar o próprio princípio da dignidade humana, que abarca o direito à vida. Aqui, a ponderação ao ser realizada eleva o direito individual de permanecer vivo, já que, nesse caso, ele anda ao lado da dignidade. Não devendo, portanto, ser observada a manifestação dos familiares, nem qualquer documento que o paciente porte informando que é membro da religião Testemunha de Jeová, e que não se submeterá a transfusão sanguínea.

Finalmente, partimos à análise das complicadas situações onde o paciente é pessoa menor ou incapaz. Defendemos veementemente que aqui o direito à vida de crianças e adolescente, bem como do incapaz, deve possuir valor, significativamente maior do que a liberdade religiosa. Isso porque, na maioria dos casos, é a vontade dos pais ou responsáveis que esta sendo observada.

Esses indivíduos, por possuírem condições peculiares que requerem a proteção estatal, devem ser amparados para fazer valer o seu direito à existência, em detrimento de qualquer outro direito. Os menores, inclusive, são dotados do direito à proteção integral, elencada no art. 3º do ECA, podendo valer-se dessa

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39.

garantia até mesmo contra a vontade dos pais, que poderão responder penalmente sobre atos que atentem contra o direito individual à vida que possuem seus filhos.

Concluimos, portanto, que na ponderação entre vida e liberdade, a primeira deve ser observada com extrema cautela, pois sendo pressuposto à realização de todos os demais direitos individuais, tende a possuir um valor extremamente maior do que a liberdade religiosa.

Guardadas as devidas cautelas, utilizamos as palavras do ilustre professor Danilo Porfírio, para quem:

“A liberdade (inclusive a religiosa) jamais poderá atentar contra vida, pois, do contrário, perderia a sua função potencializadora existencial. Se a existência plena presume a liberdade, esta somente existirá se houver vida, quantitativamente. Só que o *quantum* humano deve atingir a plenitude, a vida qualitativa, que se manifestará pela liberdade.

Em suma, a vida é o alfa e o ômega do direito, o princípio e o fim do homem e a liberdade tem o importante dever de servi-la e não de atentar contra.”⁷⁴

Hodiernamente, pautamos por valores intimamente ligados à dignidade. Se aceitássemos o contrário, onde a liberdade se sobressaísse em face do direito à vida, estaríamos, em muitos casos, violando o próprio conceito de dignidade humana que levamos tanto tempo para consagrar. Com isso, firmamos entendimento no sentido de, em regra, dar prevalência ao direito à vida, bem jurídico essencial à existência humana.

⁷⁴ VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, *Considerações Jusnaturalistas sobre a Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová*, Revista@Réopago Jurídico, Ano 2. 8. ed. Disponível em: <www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic8.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BONAVIDES, Paulo, *Teoria Geral do Estado*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, *Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALES FERNANDES, Bernardo, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

KANT, Immanuel, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultura, 1980.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouster Gulbenkian, 1997.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

MORAIS, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 21. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007.

JUNIOR, Nelson Nery, Parecer sobre Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová, como exercício harmônico de direitos fundamentais, São Paulo, 22 set. 2009.

ROBERT, Jacques, *Liberté publiques*, Paris: PUF, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel, *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, José Afonso Da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28. ed, São Paulo: Malheiros, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão De Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro, *Considerações Jusnaturalistas sobre a Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová*, Revista@Réopago Jurídico, Ano 2, 8. ed. Disponível em: <www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/RevEdic8.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.