

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O
DIREITO À VIDA E A INVIOLABILIDADE DA LIBERDADE
DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA RELIGIOSA, COLISÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Osny Antônio Spannenberg

Passo Fundo – RS, Maio 2016

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O
DIREITO À VIDA E A INVIOABILIDADE DA LIBERDADE
DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA RELIGIOSA, COLISÃO
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

OSNY ANTÔNIO SPANNENBERG

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito – UPF, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho

Co-orientador: Professora Doutor Adriana Fasolo Pilati Scheleder

Passo Fundo – RS, Maio 2016

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, e, não poderia ser diferente, é necessário agradecer à Deus pela vida, e, pela oportunidade de alcançar mais um degrau no conhecimento.

Agradeço à minha esposa e aos meus filhos pelo incentivo e amor demonstrado.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho, pela amizade e o tempo de orientação e por todo o auxílio dispensado desde os tempos de graduação, e, que se estendeu pelo curso de mestrado.

Também agradeço à Professora Doutor Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Co-orientadora, que de forma muito valiosa contribuiu para o acabamento desta dissertação.

Agradeço também ao Professor Doutor Ivan Guérios Curi, que, enquanto Coordenador do Curso de Mestrado, destinou apoio incondicional à minha pessoa como representante discente e como aluno.

Agradeço, ainda, aos meus amigos, funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, meus colegas, pelo apoio dispensado.

Por fim, agradeço à todos os colegas da primeira turma do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, pela convivência e amizade compartilhada.

DEDICATÓRIA

À minha esposa Edilce, pelo companheirismo de 35 anos.
Aos meus filhos maravilhosos, Eridson e Álisson pelo apoio incondicional.
Ao meu neto Pedro, fonte inesgotável de alegria e força para o dia a dia.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo, 17 de maio de 2016.

Osny Antônio Spanenberg

Mestrando

”A verdade tem muitas faces. Vivemos não num universo, mas num multiverso. Num multiverso, a tolerância não é apenas um método de convivência, não é apenas um dever moral, mas uma necessidade inerente à própria natureza da verdade.”

Norberto Bobbio – A Era dos Direitos, p. 89.

SUMÁRIO

RESUMO	009
RESUMEN	010
INTRODUÇÃO	011
1 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	014
1.1 – CONCEITO DE PRINCÍPIOS	016
1.2 – A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO (O CARÁTER NORMOGENÉTICO)	020
1.3 – IGUALDADE	023
1.4 – DIREITO À VIDA	027
1.5 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	028
2 – LIBERDADE RELIGIOSA	034
2.1 – A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	042
2.2 – A LIBERDADE RELIGIOSA DECORRENTE DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA	045
2.3 – A PROTEÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA	047
2.4 – A LIBERDADE RELIGIOSA COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO .	050
2.5 – A NEUTRALIDADE DO ESTADO COMO GARANTIA DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA	052
2.5.1 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO – LAICISMO	053
2.5.2 – PRINCÍPIO DA NÃO CONFSSIONALIDADE	056
2.5.3 – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	058
2.5.4 – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	060
2.5.5 – PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA	061
3 – O FENÔMENO DA TRANSFUSÃO DE SANGUE	063
3.1 – ENFOQUE NA ÁREA MÉDICA E JURÍDICA	067
3.2 – ENFOQUE NA ÁREA DA RELIGIÃO	071
3.3 – ENFOQUE DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	076

3.4 – AS ESPECIFICIDADES DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	088
4 – COLISÃO DE PRINCÍPIOS	093
4.1 – ENFOQUE DOCTRINÁRIO	095
4.2 – A QUESTÃO VISTA PELOS TRIBUNAIS	101
4.3 – COLISÃO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À VIDA	108
4.4 – AS SOLUÇÕES PARA A COLISÃO DESSES PRINCÍPIOS	110
CONCLUSÕES	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. A dignidade da pessoa humana, aqui representada pelos princípios do direito à vida e da liberdade religiosa, através da inviolabilidade de consciência e de crença, é analisada na situação de colisão que ocorre, em situações fáticas, entre esses dois princípios. A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida, e, é algo que não pode ser criado. Ela simplesmente existe e não pode ser renunciada. Já para o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana, é um espaço de integridade moral que deve ser assegurado às pessoas pela simples existência no mundo. Para ele, 'a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito', ilumina a interpretação da lei ordinária." Já a liberdade é a autodeterminação de que o cidadão possui em fazer tudo o que a lei não proíbe, e, a lei somente poderá proibir ações que venham a prejudicar a sociedade ou terceiros. A liberdade, de forma ampla, está prevista no art. 5º da Constituição Federal como um direito fundamental inviolável, e, essa liberdade é apresentada de várias formas através dos incisos do artigo referido. A liberdade religiosa tem sua proteção prevista no art. 5º da Constituição Federal em seus incisos VI, VII e VIII. Com relação ao Direito à vida, trata-se de um direito de ordem física, onde, ao seu redor e como consequência de sua existência, giram todos os demais. Se alguém, por questões religiosas recusa uma transfusão de sangue, sendo esse o único meio possível de lhe salvar a vida, estará o médico na obrigação de realizá-la, ou, o paciente poderá recusá-la? A transfusão de sangue, na situação fática das Testemunhas de Jeová, através de suas especificidades e a questão da responsabilidade médica, é analisado com o enfoque das áreas médica, da religião e o da responsabilidade civil do médico. Observa-se, portanto, que dois direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal, quais sejam, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa envolvem-se nesta situação e isso causa grandes debates e a busca de soluções junto ao Poder Judiciário. Ao final é abordada a colisão dos princípios do direito à vida e da liberdade religiosa. Apresenta-se o enfoque doutrinário sobre o assunto, bem como a questão vista pelos tribunais, e, se apresentam as possíveis soluções para o conflito. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo através da análise hermenêutica do assunto frente às decisões possíveis. O trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos. Como conclusão, percebe-se, que há posições favoráveis, tanto na doutrina como na jurisprudência, para a defesa do direito à liberdade religiosa, bem como para a defesa do direito à vida. Entende-se, dessa maneira, que a solução desse conflito, quando não assumido pelo próprio médico que atende ao paciente, Testemunha de Jeová, continuará a ser efetivado por meio do Poder Judiciário. E, nesse patamar, conforme decisões colacionadas, a decisão poderá tanto ser pelo direito à vida como pelo direito à liberdade religiosa.

Palavras-Chave: dignidade da pessoa humana, direito à vida, liberdade religiosa, transfusão de sangue, colisão de princípios.

RESUMEN

Este trabajo se inserta en la línea de investigación de la jurisdicción constitucional y la democracia. La dignidad de la persona, representada aquí por los principios del derecho a la vida ya la libertad religiosa a través de la inviolabilidad de la conciencia y de creencia, se analiza la situación de colisión que se produce en situaciones de hecho entre estos dos principios. La dignidad de la persona humana debe ser respetada y protegida, y es algo que no puede ser creado. Simplemente existe y no se puede renunciar. En cuanto al ministro de la Corte Suprema, Luis Roberto Barroso, la dignidad de la persona humana es una integridad moral de espacio que debe ser garantizado a las personas por la mera existencia en el mundo. Para él, "la dignidad de la persona humana, uno de los fundamentos del estado de derecho democrático", ilumina la interpretación de la ley común." Dado que la libertad es la auto-determinación de que el ciudadano tiene que hacer lo que la ley no prohíbe la ley sólo puede prohibir acciones que puedan perjudicar a la empresa o de terceros. La libertad, en términos generales, se ha previsto en el art. 5 de la Constitución Federal como un derecho inviolable fundamental, y esta libertad se presenta en diversas formas a través de las secciones del artículo. La libertad religiosa tiene su protección prevista en el art. 5 de la Constitución Federal en sus artículos VI, VII y VIII. En cuanto al derecho a la vida, que es un derecho de la física, donde a su alrededor y, como resultado de su existencia, que a su vez todos los demás. Si alguien, por motivos religiosos se niegan una transfusión de sangre, que es la única manera posible para salvar su vida, será el médico de guardia para llevarlo a cabo, o el paciente puede rechazarlo? La transfusión de sangre, la situación de hecho de los testigos de Jehová, a través de sus especificidades y la cuestión de la responsabilidad médica se analiza con el foco de la medicina, la religión y la responsabilidad civil de médico. Observa, por tanto, que dos derechos fundamentales enumerados en el art. 5 de la Constitución Federal, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa implican en esta situación y esto provoca grandes debates y la búsqueda de soluciones con el poder judicial. Al final se acercó a la colisión de los principios del derecho a la vida y la libertad religiosa. Se presenta el enfoque doctrinario sobre el tema, y el tema visto por los tribunales, y presentar posibles soluciones al conflicto. El método utilizado fue el hipotético-deductivo a través del análisis hermenéutico del sujeto en la cara de las decisiones posibles. El estudio se realizó en cuatro capítulos. En conclusión, es evidente, que hay posiciones favorables, tanto en la doctrina y la jurisprudencia, para defender el derecho a la libertad religiosa y la defensa del derecho a la vida. Se entiende de esta manera, la solución de este conflicto, si no se toma por el médico que atiende al paciente, Testigo, continuará siendo hecha efectiva por el poder judicial. Y a este nivel, ya que las decisiones cotejada, la decisión puede ser a la vez el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa.

Palabras clave: dignidad humana, el derecho a la vida, la libertad religiosa, la transfusión de sangre, los principios de la colisión.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação, é a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito – vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – PPGDireito - da Universidade de Passo Fundo - UPF.

O seu objetivo científico é a análise doutrinária dos princípios constitucionais de forma ampla, e, de forma mais específica, os princípios fundamentais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e o da liberdade religiosa.

De forma específica, a dissertação busca a análise do enfoque doutrinário sobre a colisão dos princípios fundamentais do direito à vida e da liberdade religiosa. Os aspectos doutrinários sobre essa colisão. Essa colisão, e, como a questão é vista pelos tribunais, através de algumas decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça de alguns Estados.

As formas para a solução do conflito. Os princípios fundamentais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa, são claramente aspectos constitucionais que são de interesse tanto do Sistema Jurisdicional como da Democracia em si.

A análise do conflito, existente entre eles, em casos concretos, revelam o interesse de relevância acadêmica, científica e social.

O “locus” do problema encontra-se na colisão dos direitos fundamentais do direito à vida e da liberdade religiosa.

A colisão dos direitos fundamentais é um fenômeno que ocorre, quando dois ou mais princípios, em caso concreto, encontram-se em conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares.¹

Quando houver a possibilidade de soluções jurídicas antagônicas no caso

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** : estudos de direito constitucional. São Paulo Saraiva 2011, p. 84.

in concreto, obrigará o julgador a escolher entre a prevalência de um em detrimento de outro.

O ser humano no Brasil, busca a efetivação dos seus direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais os que especificamente nos propomos a analisar, quais sejam o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, ambos atraídos pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Entende-se que a *dignidade da pessoa humana* é o elemento que serve de base e une regras, princípios e valores que informam a atividade jurisdicional.

Para a presente dissertação, as dúvidas que se apresentam são as formas de solução do conflito na esfera do Poder Judiciário.

Para que se chegue às possíveis soluções para os conflitos, necessário é que o julgador faça a interpretação e aplicação justa e correta do texto constitucional, e ou, legal.

A questão dessa colisão, especificamente, em pesquisa realizada em alguns Tribunais de Justiça Estaduais, nos demonstram, em sua grande maioria, que o direito à vida deve sobrepor-se ao direito à liberdade religiosa, porém, nem sempre a decisão é nesse sentido.

Os resultados do trabalho de pesquisa das hipóteses está exposto nesta dissertação, de forma sintetizada, como segue.

No início, no Primeiro Capítulo, intitulado de Princípios Fundamentais, iremos apresentar o conceito de princípios; sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, e, de forma mais ampla os princípios específicos da presente dissertação, quais sejam: o da igualdade, base para a análise do direito à vida, da dignidade da pessoa humana bem como da liberdade religiosa; o da dignidade da pessoa humana e o do direito à vida.

No segundo capítulo, intitulado de Liberdade Religiosa, se abordará, de forma mais ampla o princípio da liberdade religiosa, analisando-se de forma mais precisa a liberdade religiosa como direito fundamental, como decorrente da liberdade de consciência e como liberdade de expressão, assim como trataremos

da neutralidade do Estado como forma de garantia do direito à liberdade religiosa e efetiva proteção dessa liberdade.

No terceiro capítulo, intitulado de O Fenômeno da Transfusão de Sangue, iremos abordar o fenômeno da transfusão de sangue, buscando-se os enfoques na área médica, na área da religião, na área da responsabilidade médica, e, por fim nas especificidades das Testemunhas de Jeová.

Ao final, no quarto capítulo, intitulado de Colisão de Princípios, será analisada a questão da colisão de princípios, onde se buscará o enfoque doutrinário, bem como se abordará a questão na visão dos tribunais, e, para encerrar se buscará apresentar as possíveis soluções para as colisões existentes entre o princípio ao direito à vida e o princípio ao direito à liberdade religiosa.

A presente pesquisa se encerra com as conclusões, onde são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Colisão dos Direitos Fundamentais do direito à vida e da liberdade religiosa.

1 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Para desenvolver o tema proposto é necessário que o façamos iniciando pelos princípios que nortearão o referido trabalho.

Para tanto, na estruturação proposta para desenvolvimento da presente dissertação, neste primeiro capítulo apresentar-se-á a conceituação de princípios; sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, e, de forma mais ampla, o princípio da igualdade, e os dois princípios específicos do presente trabalho, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana e o do direito à vida.

Nos comentários à Constituição Federal de 1988, em obra Coordenada pelos doutrinadores Bonavides, Miranda e Agra, o professor Eduardo Bittar assim se manifesta sobre os direitos fundamentais:

... são os direitos humanos constitucionalizados, ou seja, recepcionados e admitidos como válidos dentro da ordem concreta de um determinado Estado/Nação. Os direitos fundamentais em suas diversas dimensões, compõem o acervo de direitos que permitem a ampla e plena salvaguarda da dignidade da pessoa humana e, por isso, podem ser considerados aqueles direitos sem os quais é impossível pensar o desenvolvimento de sociedades democráticas, pluralistas, tolerantes e abertas.²

Mais adiante, ele assevera:

A Constituição ... é uma norma inerentemente relacionada com a regulação das liberdades, nos convívios sociais, exatamente por isso, trata-se de um documento de salvaguarda do exercício das

² BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge, AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51.

liberdades. Não há Constituição se não houver distribuição da liberdade.³

A igualdade é um direito fundamental da democracia previsto principalmente no art. 3º, inciso III, quando o Constituinte refere a redução das desigualdades sociais e regionais, e, no art. 5º, *caput*, onde se assevera que: “Todos são iguais perante a lei”, e lhes são garantidos a inviolabilidade do direito à igualdade, dentre outros.

O direito à vida confunde-se de forma constante com o princípio da dignidade da pessoa humana, e, está previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde se assegura que “Todos são iguais perante a lei e lhes é garantida a inviolabilidade do direito à vida dentre outros”, e, por fim, a dignidade da pessoa humana é prevista no primeiro artigo da Carta Magna, onde se estatui ser ela, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na declaração Francesa de 1789 em seu artigo primeiro há a afirmação de que “os homens nascem livres”, e, na declaração do Estado da Virgínia de 1776, o seu artigo primeiro assevera de modo geral que, além da natureza livre os homens também possuem “certos direitos inatos ... e que são: *o gozo da vida e da liberdade* com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e *obter felicidade e segurança.*”⁴ [grifo nosso]

Ives Gandra Martins, ao discorrer sobre o Direito Natural, assevera que:

No momento em que os gregos principiam a buscar a origem, a razão de ser e os caminhos de convivência em sociedade, percebe-se que o poder dominante – o governo – não tem força para criar todos os direitos. Há certos direitos que transcendem ao poder de

³ BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge, AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 191; 192

ação do Estado. Há direitos que cabe apenas ao Estado reconhecer.⁵

Sobre princípios fundamentais Hart, em sua obra clássica, *O Conceito de Direito*, admite a existência de pelo menos cinco princípios fundamentais e naturais a todos os ordenamentos jurídicos, dos quais destacam-se: a necessidade de proteção à vulnerabilidade humana e a redução das desigualdades sociais.⁶

Iniciamos, dessa forma, vinculando observações de que já nos séculos XVII e XVIII haviam princípios dos direitos individuais, e, eram considerados como primordiais o direito à vida e o direito à liberdade. Com o passar dos anos e dos séculos houve ainda o aparecimento de outro direito fundamental, que é o *direito à igualdade*, porém esses, ainda hoje não possuem a garantia assegurada.

Passemos, então, à conceituação de alguns princípios.

1.1 – CONCEITO DE PRINCÍPIOS

Nos dizeres de Miguel Reale,

Nosso estudo deve começar pela observação fundamental de que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.⁷

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27

⁶ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. xx

⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303.

De acordo com o Professor Doutor Manoel Lourivaldo Santiago-Almeida, e conforme consta em sua obra, princípio é o ponto de partida de alguma coisa, o começo ou início de algo, e, ainda, uma regra, um preceito ou uma lei.⁸

Princípio, num contexto do dia a dia, significa o início, o começo, a origem. Para o direito os princípios são a base e os fundamentos que irão inspirar e informar as normas jurídicas.⁹

Delimitando-se ao aspecto lógico da questão, poder-se-á afirmar que os princípios são “verdades fundantes” de determinado sistema de conhecimento.¹⁰

Para apresentar o conceito de princípios na esfera jurídica, nada melhor que, fazê-lo através dos dizeres de De Plácido e Silva em sua obra *Vocabulário Jurídico*, assim expresso:

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base do Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.¹¹

O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Josef Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, entre outros, proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses até então consagradas, que

⁸ SANTIAGO-ALMEIDA, Manoel Lourivaldo. **Minidicionário Livre da Língua Portuguesa**. São Paulo: Hedra, 2011, p. 561

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 65

¹⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303.

¹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. III. p. 447

defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível aos princípios enquanto “princípios gerais do Direito”. Expressão concreta dessa superada postura positivista, constituiu a consagração, em várias legislações, do enunciado normativo: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”.¹²

Os princípios são discriminados em três grandes categorias por Miguel Reale, que são, os princípios omnivalentes, válidos para todas as formas de saber, os plurivalentes, aplicáveis a vários campos do conhecimento e os monovalentes, que é o que nos interessa, e, que só valem no âmbito de determinada ciência, que o caso dos *princípios gerais de direito*.¹³

Bonavides, nos apresenta uma conceituação formulada em 1952 por Vezio Crisafulli, jurista Italiano, que em sua obra "A Constituição e as suas disposições de princípio" assim se manifestou sobre os princípios:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.¹⁴

Espíndola, na sua obra *Conceito de Princípios Constitucionais*, nos apresenta o desenvolvimento de um raciocínio dizendo ser “necessário sublinhar que o termo princípio é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano.”¹⁵

¹² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 27-28.

¹³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 304.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. p. 257.

¹⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 46.

Mais adiante, cita o jurista Luís Diez-Picazo, Espanhol, advogado e escritor, que em uma de suas obras, defende que “a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria ‘onde designa as verdades primeiras’ (...) Exatamente por isso são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve.”¹⁶

Vai mais além, e cita a opinião da constitucionalista, advogada e Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que diz: “O Princípio é o verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.¹⁷

Então, Espíndola, conclui que:

(...) a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.¹⁸

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.¹⁹

¹⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 47.

¹⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 47.

¹⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 47-48.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. p. 289.

1.2 – A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO (O CARÁTER NORMOGENÉTICO)

A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução *princípial*. “Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo, no sistema, o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positividade, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância.”²⁰

Borges, ao analisar a hierarquização dos princípios constitucionais, afirmando que princípio também é norma de direito, “assevera que existem princípios constitucionais cuja importância sobressai em relação a outras normas da Constituição, principalmente normas principiais que têm elevado conteúdo ético.” E, conclui seu entendimento no sentido de que, tais normas demonstram “visceral pobreza de positividade jurídica”, afirmando, ainda, que “norma destituída de sanção é como sino sem badalo.” (apud, Espíndola)²¹

Concluindo o pensamento de Borges, para verificar se houve a admissão no sistema constitucional, da hierarquização dos princípios, por parte do constituinte de 1998, Espíndola:

Entende que houve essa admissão, já pela própria disposição estrutural da Constituição vigente, que em seu tit. I enumerou seus próprios princípios fundamentais. Diz haver ‘... uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da CF e sobretudo com outros princípios constitucionais (...) que põe a luma a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios’. Conseqüência prática dessa importância

²⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 60.

²¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 153-154.

hierarquizada por disposições normativas é, para ele, que alguns princípios podem ser objeto de reforma constitucional, enquanto outros não.²²

Admitindo a maior importância dos princípios fundamentais frente a outros princípios, e, conseqüentemente a hierarquização desses por disposições normativas, entendeu ser possível a reforma constitucional de alguns princípios, enquanto outros não. Espíndola, então, conclui a hierarquização das normas, nos seguintes termos:

Essa hierarquização, como possível elemento do conceito de princípios constitucionais, de resto, pode, confrontar-se, teoricamente, com o princípio da unidade normativa da Constituição, pois no Direito Constitucional contemporâneo é pacífica a idéia de que todas as normas da Constituição têm igual dignidade, não obstante possam ter diferentes níveis de concretização e de densidade normativa. Porém, deve-se salientar, como já dito, que autores há que admitem uma hierarquia axiológica, porém não normativa, entre normas constitucionais. E, ao que parece, Borges defendeu uma certa hierarquia normativa entre os princípios da Constituição.²³

Já, Farias, entende que não há como se proceder a uma simples ponderação entre princípios conflitantes, de forma hierárquica, pois, “dificilmente logra-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados.”²⁴

Bonavides, citando Alexandre Peczenik, jurista e professor Polonês, esclarece que: “os princípios são proposições normativas e não declarações

²² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 154-155.

²³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 155-156.

²⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 12

descritivas, [...] eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade”.²⁵

Para o jurista Argentino, Agostin Gordillo, também citado por Bonavides, “o princípio deve exigir da lei e do ato administrativo que lhe respeitem os limites, e, que possuam o mesmo conteúdo e sigam na mesma direção”. Entende, ainda, que: “A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito.”²⁶

Os princípios possuem caráter normogenético, ou seja, são criadores de normas, e, são normas-chave de todo sistema jurídico. Bonavides nos explica da seguinte forma esse caráter normogenético:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico: normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.²⁷

Barroso, ao analisar o critério hierárquico, onde a norma superior prevalece sobre a inferior, entende ser este, “um dos critérios para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre normas.”²⁸

Dos posicionamentos apresentados, verifica-se que, há a existência de caráter normogenético nos princípios, sendo estes criadores de normas, assim como entendem os doutrinadores, de modo geral, haver hierarquização entre estas.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003, p. 287.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003, p. 287

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003, p. 286

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9

Com relação aos direitos humanos fundamentais, estes são as prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado, e, basicamente traduzem-se na omissão do Estado em não agredir os interesses individuais à vida, à liberdade e à dignidade, como veremos a seguir.²⁹

Antes porém iremos analisar a igualdade que também é um direito fundamental, e, que é base tanto para a análise do direito à vida, da dignidade da pessoa humana bem como da liberdade religiosa.

1.3 – IGUALDADE

A igualdade é um direito fundamental da democracia, pois ela não pode admitir privilégios ou distinções, o que seria provável em um regime liberal. Na democracia, o Estado deve estar a serviço do bem comum e dos direitos humanos, cujo fundamento principal é a igualdade de todos os seres humanos como pessoas.

O princípio da igualdade é previsto em nossa Constituição através do art. 1º, quando diz que a nossa República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, e, vem ele, o princípio da igualdade, reforçado no *caput* do art. 5º, quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Dessa forma fica claro que os direitos fundamentais aí elencados devem ser garantidos de forma igual à todos os cidadãos, independente de cor, raça, religião ou posição partidária, dentre outros.

O enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados da mesma forma ou que todos sejam iguais em todos os aspectos. É necessário encontrar um meio-termo entre esses extremos. E, o

²⁹ BASTOS, Celso Riberio. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 188.

caminho é a fórmula clássica que diz que “o igual deve ser tratado de forma igual, e, o desigual de forma desigual”.³⁰

Essa fórmula, ainda segundo Alexy, quer dizer respeito à igualdade ou desigualdade valorativa, ou seja, a igualdade ou desigualdade material, levará necessariamente à questão da valoração correta e, com isso à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa.³¹

Sobre a igualdade e sua isonomia, Tartuce assim se manifesta:

O art. 5º da Constituição Federal Brasileira, importante veículo de garantias constitucionais, preconiza a isonomia de todos os indivíduos brasileiros e estrangeiros residentes no País assegurando-lhes importante gama de direitos fundamentais.³²

Tartuce então faz uma importante diferenciação entre a igualdade na lei e a igualdade perante a lei, dizendo que aquela impingiu ao legislador a obrigação de assegurar o princípio da isonomia, e, esta preconiza sua destinação ao aplicador, no sentido de que deve executar a norma “com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesmo estabelecidos”.³³

Rothenburg refere que a igualdade não é dada, mas sim construída. Para tanto são importantes as interferências jurídicas, de forma a eliminar desigualdades e proporcionar igualdades. E reforça seu pensamento nos seguintes dizeres:

Presumo que a igualdade não seja encontrada espontaneamente na sociedade, a despeito da natureza comum (biológica e moral,

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 400.

³² TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59.

³³ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 61.

física e espiritual) de todo ser humano. As pessoas são diferentes “em sua personalidade e em sua ambição, diferentes em sua condição cultural e em sua capacidade de produção econômica”. Portanto, igualdade é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas e, para tanto, o Direito pode servir de valiosa ferramenta.³⁴

A posição original proposta por Rawls de que a sociedade é um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais e, a imparcialidade vista como essência e em estreita ligação com a igualdade, nos leva a entender que a igualdade conforme diz o senso comum é estar um indivíduo no mesmo plano de condições, sejam físicas ou psicológicas ou ainda financeiras, de outro indivíduo. Será mesmo?

Ronald Dworkin na Introdução de sua obra “A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade”, inicia dizendo que ela, a igualdade, é um princípio em processo de extinção nos meios políticos. Refere que na atualidade, até mesmo os políticos, antes defensores de uma sociedade igualitária, sejam eles de centro, de centro-esquerda ou de esquerda, rejeitam o pressuposto da velha esquerda de que os bens de uma nação devem ser divididos entre a população ou cidadãos de forma equânime.³⁵

Dworkin, na obra supra citada, trata da teoria da igualdade de bem-estar, à qual ele se refere como uma igualdade distributiva. Ao discorrer sobre as concepções de igualdade de bem-estar, diz que há pessoas para quem a distribuição dos bens, dos recursos e das oportunidades da comunidade devem ser feitos de forma que analise os méritos e deméritos de cada indivíduo para a distribuição igualitária desses bens. Ele, então, faz referência à Bentham e outros pioneiros do Utilitarismo que:

... acreditavam que o bem-estar consistia em prazer e fuga da dor; a igualdade de bem-estar, assim definida, exigiria uma distribuição

³⁴ ROTHENBRUG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia.** Itajaí: Revista NEJ, v. 13, n. 2, 2008, p. 78.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX

com propensão a deixar as pessoas iguais no saldo do prazer sobre a dor.³⁶

A igualdade de bem-estar, portanto, de acordo com a concepção utilitarista nada mais é do que a busca do prazer, ou seja, daquilo que realmente satisfaz os desejos dos indivíduos. Dworkin refere então, que “*para quase todos, o prazer ou a satisfação de alguma forma tem valor e contribui para o desejo de viver.*”³⁷

Outra teoria de igualdade que Dworkin trabalha é a que ele chama de igualdade de recursos, onde cada cidadão recebe do governo a mesma quantidade de recursos ou bens e os investe da maneira que mais lhe aprover. Essa teoria da igualdade de recursos admite que a riqueza das pessoas deve diferir, pois elas produzem investimentos distintos.³⁸

A igualdade de recursos, segundo Dworkin:

... oferece uma explicação mais convincente de nossas convicções intuitivas sobre a importância da liberdade do que qualquer teoria segundo a qual liberdade e igualdade são virtudes independentes e, às vezes, conflituosas.³⁹

Analisando essas ponderações retro, é de haver o questionamento se podemos dar as costas à igualdade? Num país como o nosso, onde a Constituição Federal em seu art. 1º declara que somos um Estado Democrático de Direito e assevera em seu inciso III o respeito à dignidade da pessoa humana, assim como no art. 5º declara, que “*Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.*”.(grifei)

³⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 12

³⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 47

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 357

³⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 161

Não acredito que possamos dar as costas à igualdade, tendo como base ela, que, juntamente com a dignidade da pessoa humana e da liberdade, são considerados, na minha ótica, os pressupostos da procura da “felicidade”.

1.4 – DIREITO À VIDA

O Direito à vida, na visão de Alexandre de Moraes, é um direito de ordem física, que ocupa posição de primazia, pois, ao seu redor e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois, o seu asseguramento impõe-se, já que este se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”⁴⁰

E, Moraes, aprofunda a sua percepção do Direito à vida:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.⁴¹

Com relação à participação do Estado na manutenção da vida, Moraes assim se manifesta:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. [...] A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 87.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 87.

acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.⁴²

O direito à vida, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, para Soriano, está diretamente relacionado com o direito à liberdade de crença, pois todos, em tese, têm direito à vida digna independentemente de fé ou crença religiosa. Para ele, no passado “especialmente no período inquisitorial, o direito à vida era subtraído, sob algumas circunstâncias, daqueles que professavam heterodoxia, no tocante à religião oficial do Estado.”⁴³

E, Soriano, na sua análise sobre essa ligação, complementa-a da seguinte forma:

Conjugando-se o direito à vida, conforme entendimento supra citado, com o direito à liberdade religiosa e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, espera do Estado a obrigação de proporcionar uma condição de vida digna a todos, sem discriminação religiosa. Tendo em conta a complementariedade desses direitos (vida e liberdade religiosa), é cediço que ninguém pode ser privado do direito à vida, entendida, aqui, no sentido *lato sensu*; vida plena e abundante, por professar essa ou aquela religião.⁴⁴

Com essa efetiva ligação do princípio do direito à vida com o princípio da liberdade religiosa, apresentado de forma excelente por Aldir Guedes Soriano, se fará a abordagem da dignidade da pessoa humana, e, na seqüência apresentarei de forma mais detalhada a questão da liberdade religiosa propriamente dita.

1.5 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

⁴² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34.

⁴³ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 22

⁴⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 22

A dignidade da pessoa humana é um princípio inserido no art. 5º da Constituição Federal, para o qual traremos algumas conceituações de nobres doutrinadores pátrios e alienígenas.

O conceito de dignidade humana pode ser expresso através de condições concretas, que devem estar presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. A dignidade humana não pode ser garantida, por exemplo, se o indivíduo for estigmatizado, perseguido ou humilhado.⁴⁵

A dignidade da pessoa humana, segundo doutrina Celso Ribeiro Bastos, possui dimensão moral, e, são as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas. O que o Constituinte quis fazer é que o Estado se erigisse sob a noção da dignidade da pessoa humana. Ele assevera que:

Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da *liberdade*.⁴⁶ [grifo nosso]

A dignidade como limite e tarefa do Estado, segundo ensina Sarlet, significa que o próprio princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação do Estado, que deverá ter como objetivos principais e permanentes, a proteção, promoção e realização concreta de uma vida digna para todos os cidadãos. Ao Estado, seus órgãos e atividades, é imposto o dever de respeito e proteção, onde o mesmo deve abster-se de ingerências na vida dos indivíduos que possam ser contrárias a sua dignidade pessoal, assim como deve proteger essa dignidade de ações de terceiros, sejam eles particulares, ou dos próprios poderes privados. E conclui dizendo que: “o *princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as*

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 355.

⁴⁶ BASTOS, Celso Riberio. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 425.

condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.”⁴⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana, na visão de Luís Roberto Barroso, é identificado como um espaço de integridade moral que deve ser assegurado às pessoas pela simples existência no mundo. Entendendo que a dignidade da pessoa humana tem servido de amparo para decisões diversas, ele observa que “a percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que ‘a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito’, ilumina a interpretação da lei ordinária.”⁴⁸

A professora Cláudia Márcia Costa refere que embora a dignidade possua um conteúdo moral, o Constituinte preocupou-se com sua ordem material, ou seja, proporcionar às pessoas uma vida digna.⁴⁹

E, assim conceitua a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a aplicação, a interpretação e a proteção de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Ademais, é a partir dela que o Constituinte enuncia o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, IV), assegurando a verdadeira isonomia.⁵⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana, na ótica de Sarlet, é algo que simplesmente existe, é irrenunciável e inalienável, ou seja, é algo que deve ser reconhecido, respeitado e protegido, porém, é algo que não pode ser criado. E conclui que:

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.110-112

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381

⁴⁹ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

⁵⁰ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

Como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade.⁵¹

Das palavras de Sarlet, apura-se que a dignidade da pessoa humana não pode lhe ser retirada, quer seja por parte de outra pessoa, quer seja por parte do poder estatal. Relata ele, que outros autores, entendem que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como exclusivamente inerente à natureza do homem, pois há quem aponte que a dignidade também possui um sentido cultural, ou seja, a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão natural e outra cultural que se complementam e interagem mutuamente.⁵²

Já o constitucionalista Português, Canotilho, *apud* Soriano, observa que está: “na dignidade da pessoa humana, a raiz sobre a qual se fundamentam os direitos humanos.”⁵³

Para Farias, o princípio “ético-jurídico” da dignidade da pessoa humana, assegura um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, pois todos os homens são dotados, por natureza, de igual dignidade. Isso significa dizer que “o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença.”⁵⁴

E Soriano, assim se manifesta sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como um princípio importante em sede de liberdade religiosa, uma vez que o cerceamento à liberdade constitui, indubitavelmente, um duro golpe

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 109

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110

⁵³ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 88

⁵⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 49

à dignidade humana. O homem, destituído de liberdade, tem, logicamente, sua dignidade abalada.⁵⁵

Norberto Bobbio em sua obra “Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant” refere que Kant se preocupou em estabelecer uma distinção entre uma ação justa de uma ação injusta, e nesse momento central da obra Kant apresentou um *ideal de justiça*, o qual Bobbio definiu como sendo *justiça como liberdade*. E, Bobbio, refere que as várias teorias da justiça na história do pensamento jurídico, trouxeram respostas à pergunta: *qual o fim último do direito?* Ele então discorre de forma a expor sua visão de que essas respostas podem ser divididas em três grupos, que são: a) a justiça como *ordem* – cuja teoria considera como fim último do direito a *paz social*; b) a justiça como *igualdade* – teoria que deriva de Aristóteles e que objetiva como fim último do direito a *igualdade*, seja ela nas relações entre os indivíduos ou nas relações entre o Estado e os indivíduos, e, c) a justiça como *liberdade* – cujo fim último do direito é a liberdade, aqui referida como uma liberdade que possui limites na liberdade do outro.⁵⁶

Sarlet refere que não há como sustentar uma equiparação entre dignidade e liberdade, porém entende que os direitos de liberdade constituem as principais exigências da dignidade da pessoa humana. Entende ainda, que a dignidade da pessoa não deve ser entendida como somente premissa de sua natureza humana, mas sim também de seu sentido cultural, asseverando que:

... a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto de um trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente.⁵⁷

⁵⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 88

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 72-73

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.46

A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo (Perez Luño, apud Sarlet)⁵⁸

Como se observa desse ensinamento, a dignidade da pessoa humana não é somente não lhe tolher direitos, mas também fazer com que ela possa se desenvolver pessoalmente, culturalmente e principalmente socialmente. Observa-se, portanto, que os direitos de liberdade estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Da análise dos posicionamentos transcritos, se verifica que para a maioria dos doutrinadores, a dignidade da pessoa humana é o ponto central de todos os demais direitos fundamentais.

Lênio Streck, visualiza que a dignidade da pessoa humana, após mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, assim como outros princípios ali previstos continuam ineficazes. Destaca que a Constituição Federal de 1988 pode ser caracterizada como uma “Constituição social, dirigente e compromissória”. E questiona: “Mas isso basta? Os textos constitucionais são plenipotenciários, ‘produzindo’ eficacidades?” Entende que esse é o espaço a ser ocupado pelo Estado, e pela Teoria do Estado que deve estar ao lado da Teoria da Constituição. Assevera, ainda, que: “Não há Constituição sem Estado. Do mesmo modo, não há Teoria da Constituição sem Teoria do Estado.”⁵⁹

Destaca ainda que:

... a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.111

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 39

de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade.⁶⁰

Por fim, Streck refere que “o direito, enquanto legado da modernidade ... deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social e *respeito aos direitos fundamentais*)”.⁶¹ (grifo nosso)

2 – LIBERDADE RELIGIOSA

Neste segundo capítulo iremos desenvolver noções sobre a liberdade *lato sensu*, e, também traremos noções aprofundadas sobre a inviolabilidade de consciência e de crença, ou, por outras palavras sobre a liberdade religiosa.

O desenvolvimento se dará através da pesquisa em vários autores pátrios e alienígenas, de forma a melhor podermos apresentar os tópicos propostos para o presente capítulo.

Importante apresentar o conceito de liberdade de forma mais ampla. A liberdade é algo que o homem, de forma incessante, busca e almeja. Mas o que é a liberdade, como ela é definida?

A liberdade *lato sensu* é definida de maneira muito precisa e límpida por De Plácido e Silva, no Vocabulário Jurídico, da seguinte maneira:

A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 39

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 39

não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade.⁶²

Na obra Teoria Pura do Direito, Kelsen ao tratar sobre a liberdade afirma que:

A liberdade de uma pessoa que assenta no fato de uma determinada conduta lhe ser permitida, por não ser proibida, é garantida pela ordem jurídica apenas na medida em que esta prescreve às outras pessoas o respeito desta liberdade e lhes proíbe a ingerência nesta esfera de liberdade, isto é, proíbe a conduta pela qual alguém é impedido de realizar uma conduta que lhe não é interdita e, neste sentido, lhe é permitida.⁶³

Na mesma linha é o pensamento da doutrinadora Maria Helena Diniz, que conceitua a liberdade individual como sendo *“aquela que todos os cidadãos têm de não sofrerem restrições no exercício de seus direitos, salvo nos casos determinados por lei”*.⁶⁴

Hans Kelsen, na sua idéia de democracia, diz que há uma idéia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heróicas de igualdade que trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade.⁶⁵

Da idéia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade.⁶⁶

⁶² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121.

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.27.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.27.

Sobre a liberdade de consciência ou de pensamento, Garcia a vincula com a racionalidade do ser humano, da seguinte forma:

Como proteção da racionalidade do ser humano, a liberdade de consciência lhe assegura o pleno juízo valorativo a respeito de sua existência e do mundo em que inserido. O indivíduo estabelece os seus próprios critérios de “bom” ou “ruim” e orienta as suas decisões de acordo com eles, tendo a dignidade afirmada com o reconhecimento de sua capacidade em formular juízos morais sobre suas ações e de direcionar a sua conduta de acordo com esses juízos.⁶⁷

Para Robert Alexy, para que haja a criação de uma liberdade jurídica, é necessária apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa. Para a garantia dessa liberdade, não é necessário portanto um direito a prestações, mas sim um direito de defesa.⁶⁸

Bobbio, na obra *Era dos Direitos* cita que Immanuel Kant ao referir os direitos inatos, racionalmente os reduziu a um único: a liberdade. E, Kant ainda definiu a liberdade como sendo a autonomia que o indivíduo possui de legislar para si mesmo. Referia também que o homem possui direitos inatos e adquiridos e, portanto, admitia que o único direito inato passado ao homem pela natureza e não por qualquer autoridade constituída, foi a liberdade, e por liberdade entendia a autonomia, ou seja, a independência em face de qualquer tipo de constrangimento imposto por outra pessoa ou pelo Estado.⁶⁹

John Rawls refere que “um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular.”⁷⁰

E ele assevera ainda que:

⁶⁷ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 230, 231.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 223.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17; 52

⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo; Martins Fontes, 1997. p. 219

Se, por exemplo, considerarmos a liberdade de consciência como a lei a define, então os indivíduos têm essa liberdade básica quando estão livres para perseguir seus interesses morais, filosóficos ou religiosos sem restrições legais que exijam que eles se comprometam com qualquer forma particular de prática religiosa ou de outra natureza, e quando os demais têm um dever estabelecido por lei de não interferir.⁷¹

Observa-se, portanto, que a prática da liberdade só é possível por completo quando não ocorre interferência por parte de terceiros e quando há a determinação por lei dessa não interferência.

A liberdade é, portanto, a autodeterminação de que o cidadão possui em fazer tudo o que a lei não proíbe, e, a lei somente poderá proibir ações que venham a prejudicar a sociedade ou terceiros.

A liberdade, de forma ampla, está prevista no art. 5º da Constituição Federal como um direito fundamental inviolável, e, essa liberdade é apresentada de várias formas através dos incisos do artigo referido.

Dar prioridade às liberdades fundamentais é essencial para um regime democrático, e, por isso pode-se afirmar que a liberdade de consciência é prioritária.

Para Locke, citado por Bobbio, o poder político deve ser entendido a partir do estado em que os homens se encontram, e, esse estado é de perfeita liberdade, onde os homens regulam suas próprias ações e dispõem de suas posses como lhes apraz, sem que haja interferência de outras pessoas. Esse é, portanto, um estado de liberdade, ainda que nos limites da lei.⁷²

Em sua obra, *Justiça e Democracia*, Rawls, ao tratar as liberdades básicas e sua prioridade, define a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, como integrantes dos bens primários da pessoa. Ao aprofundar seu pensamento sobre a liberdade de consciência, assim se manifesta:

⁷¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo; Martins Fontes, 1997. p. 219

⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Se alguém negar que essa liberdade de consciência é uma liberdade básica e sustentar que todos os interesses humanos são comensuráveis e que, entre duas visões do mundo, existe sempre uma taxa de câmbio segundo cujos termos é racional equilibrar a proteção de uma contra a proteção da outra, estaremos então num impasse.⁷³

Rawls nos demonstra que a liberdade de consciência, como liberdade básica, ou seja, um princípio constitucional primordial, é incomensurável e deve o Estado providenciar formas de garantir esse direito e equilibrar as proteções que possam vir a colidirem.

A liberdade de consciência não se confunde com a liberdade de crença. Garcia explicita a liberdade de crença da seguinte forma:

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem se compelidos a violentar a sua consciência e a professar a fé alheia.⁷⁴

Hans Kelsen, ao tratar sobre liberdade em sua obra Teoria pura do direito, refere que:

A liberdade de uma pessoa que assenta no fato de uma determinada conduta lhe ser permitida, por não ser proibida, é garantida pela ordem jurídica apenas na medida em que esta prescreve às outras pessoas o respeito desta liberdade e lhes proíbe a ingerência nesta esfera de liberdade, isto é, proíbe a conduta pela qual alguém é impedido de realizar uma conduta que lhe não é interdita e, neste sentido, lhe é permitida.⁷⁵

⁷³ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 171

⁷⁴ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 231.

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 46-47.

Kelsen demonstra seu entendimento sobre a liberdade como algo que é constitucionalmente garantida, nos seguintes termos:

Trata-se de preceitos de Direito Constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido – ou apenas o ser sob condições muito especiais – editar normas que prescrevam ou proíbam aos indivíduos uma conduta de determinada espécie, como a prática da religião, a expressão de opiniões e outras condutas análogas.⁷⁶

Como se observa do posicionamento supra de Kelsen, compete aos legisladores editarem normas e leis infra-constitucionais que regulem o exercício da liberdade religiosa, e, tais leis deverão atender de forma clara as especificidades de cada religião. Por isso, hoje, falar-se sobre liberdade religiosa, é um trabalho muito complicado, pois ela atua na formação e convicção das pessoas, e, como há uma gama muito grande de denominações religiosas é quase impossível haver consenso de decisões.

O direito à liberdade religiosa nem sempre é entendido, admitido ou defendido, *especialmente o direito das minorias, tais como os adeptos das “Testemunhas de Jeová”*, que por motivo de crença religiosa não admitem que lhes apliquem transfusão sanguínea.

Soriano refere o ensinamento do ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernichiaro, em artigo publicado em Revista Jurídica nº 262 de agosto de 1999, intitulado *Transfusão de Sangue*, que ‘o sangue é tido como substância essencial à vida do homem e de alguns animais; poderá ser objeto material do crime de lesão corporal (art. 124, CP), necessário que é à saúde. Os adeptos de Testemunhas de Jeová, ao contrário, além da realidade e características físicas, conferem-lhe natureza sacra e, por isso, intocável, impossível, então, como conseqüência, a prática de transfusão’.⁷⁷

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 48.

⁷⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 117.

O artigo 124 do Código Penal, tipifica o crime de aborto, nas modalidades de auto-aborto ou aborto consentido, ou seja, quando a gestante permite para que terceiro lhe efetue a conduta.

A objetividade jurídica do tipo penal, é, portanto a proteção do direito à vida do feto. Observa-se dessa maneira que há a tutela à vida humana intra-uterina, ou seja, a tutela se dá ao direito do nascimento com vida.

A vítima nessa tipificação penal é o feto, e, esse crime se classifica como um crime material, ou seja, é aquele que tem resultado naturalístico com modificação do mundo exterior. A consumação ocorre com a morte do feto, seja dentro do ventre da gestante, ou pela sua expulsão pré-matura.

Admite-se, ainda, a forma tentada, ou seja, quando a morte do feto não ocorre por circunstâncias alheias a vontade do sujeito ativo.

De forma a encerrar esta citação sobre o aborto devemos esclarecer que o artigo 128 do Código Penal define as hipóteses de aborto legal, ou seja, o aborto que poderá ser realizado por médico, que prevê a possibilidade de realizar o aborto em face do risco de vida à gestante, ou ainda, em face de gestação proveniente de estupro.

Nossa lei não prevê o aborto eugênico, ou seja, aquele em decorrência de má formação do feto.

A liberdade, portanto, é a autodeterminação de que o cidadão possui em fazer tudo o que a lei não proíbe, e, a lei somente poderá proibir ações que venham a prejudicar a sociedade ou terceiros.

A liberdade, de forma ampla, está prevista no art. 5º da Constituição Federal como um direito fundamental inviolável, e, essa liberdade é apresentada de várias formas através dos incisos do art. 5º, dentre os quais, o inciso VI que trata especificamente do princípio da liberdade religiosa.

Soriano nos ensina a forma adequada de estudo da liberdade religiosa, nos seguintes dizeres:

A liberdade religiosa é um direito fundamental, consagrado nas Constituições dos países democráticos, bem como por diversos Tratados Internacionais. [...] Note-se que a liberdade religiosa se apresenta como um princípio Constitucional, além de ser um direito fundamental do homem. Devido a sua complexidade e ao seu caráter interdisciplinar, o estudo dessa liberdade pública não se deve restringir às ciências jurídicas, mas, sim, expandir-se aos objetos da história, da filosofia e da teologia.⁷⁸

Ao analisar a questão da liberdade religiosa na Constituição Federal, Weingartner Neto, refere que a “expressão liberdade religiosa, a rigor, não tem apoio textual na Constituição Federal”. Porém, considerando a tradição doutrinária e jurisprudencial, e, não havendo melhor termo para exprimir o feixe de posições atinentes ao fenômeno religioso, a opção terminológica, para ele se justifica. Defende também ele, que: “A liberdade religiosa, em que pesem inegáveis implicações, tem autonomia dogmática em relação à liberdade de consciência (vista como matricial) e à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e VI, 1ª alínea).”⁷⁹

Ao aprofundar-se no assunto, Weingartner Neto, de forma bastante metódica, nos demonstra os elementos essenciais da liberdade religiosa no Direito Constitucional pátrio.

A liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como *direito subjetivo* e como *vetor objetivo*. Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o titular respectivo: *direitos subjetivos individuais*, que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com as devidas particularidades, especialmente no seu exercício); e *direitos subjetivos das pessoas jurídicas*, titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: *princípios, deveres de proteção e garantias institucionais*.⁸⁰

⁷⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 5-6.

⁷⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62-63

⁸⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, especificamente na questão da liberdade religiosa, vamos nos ater aos aspectos dos direitos subjetivos individuais, relativos às pessoas naturais, e, de forma mais detalhada à vertente dos princípios.

Dessa forma, é necessário apresentar o rol de princípios, os quais são assim assinalados por Weingartner Neto: “1 – princípio da separação; 2 – princípio da não confessionalidade; 3 – princípio da cooperação; 4 – princípio da solidariedade; 5 - princípio da tolerância.”⁸¹

2.1 – A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade religiosa divide-se em duas dimensões, quais sejam: a liberdade religiosa como direito subjetivo, que subdivide-se em subjetivo individual e subjetivo das igrejas, e, a liberdade religiosa como direito objetivo, onde se observa a subdivisão em princípios, deveres de proteção e garantias institucionais.⁸²

A liberdade religiosa desta forma dividida abarca de forma completa o previsto no art. 5º da Constituição Federal em seus incisos VI, VII e VIII.

Vejamos, pois que, a inviolabilidade de consciência, ou seja, *a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter uma religião*, a inviolabilidade de crença, ou seja, *escolher livremente, mudar ou abandonar sua própria crença religiosa*, e, o livre exercício dos cultos, ou seja, *a liberdade de praticar ou não praticar, em particular ou em público, os atos do culto da religião professada*, bem como a garantia de

⁸¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-76

⁸² WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72-77

proteção aos locais de culto e suas liturgias, previstos no inciso VI, são partes da liberdade religiosa como direito subjetivo individual.⁸³

Já a previsão constitucional dos incisos VII – *a prestação religiosa nas entidades civis e militares*, e, VIII – *a não privação de direitos por motivos de crença religiosa*, são integrantes da liberdade religiosa como direito objetivo.⁸⁴

De acordo com lição de Perez Luño, os direitos fundamentais são a principal garantia dos cidadãos em um Estado de Direito, de que o sistema legal e político como um todo será orientado para o respeito e a promoção da pessoa humana, seja na sua estrita dimensão individual ou conjugada com o requisito da solidariedade, esta componente da vida humana social e coletiva.⁸⁵

Luís Roberto Barroso, leciona que, os direitos individuais constituem cláusulas pétreas. Ele assevera que:

No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do § 4º do art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam as normas que cuidam: [...] d) dos direitos e garantias individuais.⁸⁶

No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do § 4º do art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam as normas que cuidam: a) da forma fede-

⁸³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

⁸⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-76

⁸⁵ PEREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 16.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

rativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos Poderes; d) dos direitos e garantias individuais.

Sarlet, em artigo publicado na Revista Diálogo Jurídico em Salvador, assevera que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de fundamentalidade no aspecto material. Ele então explicita essa fundamentalidade da seguinte forma:

Na Constituição de 1988, esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF.⁸⁷

Observa-se, portanto, que, tanto os direitos fundamentais materiais como os direitos individuais, estão protegidos em face do constituinte reformador.

Sarlet leciona no sentido de diferenciar a dimensão subjetiva, ou seja, a posição de ser titular de um direito e exigir seu respeito e promoção dos destinatários da norma, dos direitos fundamentais e sua dimensão objetiva.

Assevera ele que:

Importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, v. 1. n. 1, 2001, p. 10,11.

também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.⁸⁸

Reconhecendo-se que os direitos fundamentais possuem uma posição privilegiada nos ordenamentos jurídicos de qualquer Estado que se pretenda Democrático e de Direito, faz-se necessário apresentar uma conceituação desses direitos.

Em sua obra *Los Derechos Fundamentales*, Perez Luño assim os conceitua:

En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.⁸⁹

Observa-se, portanto, que os direitos humanos, dentre eles, o direito à liberdade religiosa, possuem proteção ampla nas mais diversas Constituições, assim como na nossa Carta Maior, pois trata-se de um direito fundamental.

2.2 – A LIBERDADE RELIGIOSA DECORRENTE DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

O indivíduo ao autodeterminar-se, pode escolher entre o teísmo – crer que há alguma ou algumas divindades ou deuses, o ateísmo – é a ausência de crença em qualquer divindade ou deus, e o agnosticismo – aqueles que acreditam que a

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

⁸⁹ PEREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 42.

sua razão humana não é capaz de prover fundamentos racionais sobre a existência ou não de um Deus. Essa é a decisão primária, de nível consciente, que o homem livre pode e deve fazer. A consciência é uma forma de autodeterminação, vinculada às escolhas mentais do indivíduo quanto à concepção do mundo e dos seus valores, o que implica um universo de decisões formadas no foro íntimo. A liberdade de consciência vincula-se à categoria geral da liberdade de pensamento.⁹⁰

A liberdade de pensamento vem estatuída no inciso IV do art. 5º da Constituição Federal, e consiste na parcela da autodeterminação, relativa à formação livre, autônoma e íntima das concepções existenciais, metafísicas e sensoriais do ser humano.⁹¹

A liberdade de manifestação do pensamento é contida na liberdade de expressão em sentido lato. Isso significa que manifestar o que se pensa é expressar suas concepções pessoais, religiosas, filosóficas, artísticas, científicas e existenciais a outrem. Essa acepção lata da manifestação abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, liberdade de opinião, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de comunicação em sentido estrito.⁹²

A liberdade de consciência apresenta-se pois de maneira mais ampla. Aqui o bem tutelado é o da autodeterminação e abrange tanto o foro interno, ou seja, a liberdade de formar as próprias convicções, bem como o foro externo, ou seja, a possibilidade de externar suas decisões de consciência de maneira oral, escrita ou artística. Permite ainda, a liberdade de agir, comissiva ou omissivamente, segundo a sua consciência.⁹³

No entendimento de Napoleão Casado Filho, a liberdade de consciência e de crença é uma das vertentes da livre expressão do pensamento, e, parte do

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Forense, 2009, p. 101.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96.

⁹² BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 268.

princípio de que, para expressar sua crença espiritual, o indivíduo, por vezes, precisa exteriorizá-la à sociedade.⁹⁴

Uma das formas em que o indivíduo pode exteriorizar sua crença à sociedade, se dá através da objeção de consciência, prevista no art. 5º, inciso VIII, onde se estabelece que ninguém poderá ser privado de qualquer direito por convicção religiosa, filosófica ou política, porém, não poderá o indivíduo se utilizar do subterfugio religioso para descumprir a lei ou fugir de qualquer punibilidade.

A liberdade de consciência, portanto, de acordo com o acima transcrito, pode ser entendida como um conceito mais amplo e que abrange a liberdade religiosa.

Observa-se, ainda, que, os conceitos de liberdade de pensamento, liberdade de consciência e liberdade religiosa estão intimamente interligados.

2.3 – A PROTEÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Manoel Jorge e Silva Neto, Professor da Universidade Federal da Bahia, em obra intitulada “proteção constitucional à liberdade religiosa”, diz que a liberdade religiosa na Constituição de 1988, está protegida de forma ampla, pois para ele essa proteção inicia já no artigo I, inciso III, onde se trata da dignidade da pessoa humana, e, refere que:

Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele postulado inspira o sistema do direito positivo de uma maneira geral a adotar soluções que aclamem o direito à vida, à incolumidade física (banindo-se a tortura), à intimidade, à vida privada, à imagem e à

⁹⁴ CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

liberdade, compreendida em sua multifária acepção, inclusive a de contextura religiosa.⁹⁵

Revela, ele, ainda, que “sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa.”⁹⁶

Além de haver garantia plena para instituir-se segmento religioso, inserido no art. 19, I, também se encontram na Constituição Federal, asseguradas, a liberdade de culto e de crença (art. 5º, VI), também se encontra assegurada no inciso VII a possibilidade da prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares, e, isto, sendo o Estado Brasileiro laico, não poderá escolher ou designar qual segmento religioso a prestará, e, por fim completa-se a tutela à liberdade religiosa através do inciso VIII, onde se declara que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica.⁹⁷

Por fim, o referido autor, ainda refere que também são passíveis de entendimento de proteção à liberdade religiosa, as imunidades tributárias, bem como as isenções de contribuição para a Ordem Social.⁹⁸

Quanto ao âmbito normativo, entende Weingartner Neto, que, “a liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como direito subjetivo e como vetor objetivo.”⁹⁹

Ao abordar os direitos subjetivos, Weingartner Neto, refere que, “neste plano, incidem os princípios da igualdade e da dignidade humana, bem como um princípio de tolerância, que acarreta um dever de tolerância, por parte do Estado e

⁹⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

⁹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124 a 127.

⁹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131 a 136.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 267.

dos particulares, de não perseguir e não discriminar os titulares dos direitos subjetivos, quando do respectivo exercício.”¹⁰⁰

Weingartner Neto, com relação à segunda dimensão, ou seja, o vetor objetivo, entende que “ele é tradicionalmente tratado na doutrina brasileira como princípio da separação das confissões religiosas do Estado e/ou da não confessionalidade, pelo que se remete ao comentário ao art. 19, inciso I.”¹⁰¹

Com relação à liberdade de consciência, o bem fundamental tutelado é a autodeterminação ético-existencial, e, segundo Weingartner Neto, abrange tanto a liberdade de formar as próprias convicções, como também a possibilidade de exteriorizar as decisões de consciência de modo oral, escrito ou artístico. Engloba, ainda, a liberdade de agir – comissiva ou omissivamente – segundo a sua consciência.¹⁰²

O médico e advogado, Professor da Universidade de Fortaleza, Edmilson de Almeida Barros Júnior, refere que: “o Poder Público tem o máximo interesse em proteger a liberdade individual, como um dos maiores bens de que o homem é possuidor. Qualquer lesão ou exposição a perigo da manifestação da liberdade constitui delito. Ocorre que em carga axiológica, sobre a liberdade, necessariamente, precede a vida e a saúde como bens jurídicos supremos.”¹⁰³

O também médico e advogado, Professor da Universidade Federal da Paraíba, Genival Lacerda de França, concorda em termos com Barros Júnior, nos seguintes termos: “O estado tem o máximo interesse em proteger a liberdade individual, como um dos maiores bens de que o homem é possuidor. Tal defesa fundamenta-se na faculdade de estimular o ser humano, a fim de firmar sua

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268

¹⁰³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 152-153.

personalidade e realizar-se na vida. Essas concepções variam, é certo, de acordo com as condições políticas, sociais e culturais de um determinado povo.”¹⁰⁴

Barros Júnior, assim conclui seu pensamento sobre a proteção da liberdade religiosa:

A vida é o bem maior do homem, do qual ele não pode dispor incondicionalmente, pois o reclama um outro titular de direito – o Estado, para o qual o indivíduo representa um necessário valor político-social.¹⁰⁵

França, para encerrar seu entendimento sobre a temática da proteção da liberdade religiosa, assim se manifesta:

Mesmo assim, estando a liberdade juridicamente assegurada, não pode ela ser tolerada de maneira irresponsável. Quando essa liberdade começa a conflitar-se com a liberdade de outro ou com as exigências naturais impostas pelo grupo social, aí começam algumas de suas restrições. A liberdade do homem o faz um ser harmônico na vida social. Fora dessa situação torna-se ela um abuso. Por outro lado, viver não é apenas um direito. É também um dever.¹⁰⁶

Observa-se, portanto, que das transcrições acima, o posicionamento dos médicos/advogados, Barros Júnior e França, é de que o Estado protege a liberdade jurídica, que assegura ao indivíduo exercitar sua própria vontade ou autonomia, porém, isso deverá ser feito dentro dos limites da própria lei.

2.4 – A LIBERDADE RELIGIOSA COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO

¹⁰⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 211.

¹⁰⁵ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153.

¹⁰⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212.

O direito ao livre pensar, bem como a sua manifestação, é um dos princípios básicos da nossa democracia. Nesse sentido foi a decisão dos nossos constituintes, que, no inciso IV do art. 5º de nossa Carta Maior, garantiram esse direito à todas as pessoas. Garante-se aí, não só o direito de falar e de escrever, mas também o de ler ou ouvir. Há, por óbvio, limites também estabelecidos na própria Constituição Federal.¹⁰⁷

Casado Filho ao aprofundar o tema dos limites à liberdade de expressão, refere casuística da Supremo Tribunal Federal, onde de forma bastante comum costuma-se conflitar o direito à liberdade de imprensa com o direito à intimidade.

Ele então conclui da seguinte maneira:

A regra da liberdade de expressão em nosso ordenamento é de que todos são livres para emitir suas idéias, sem censura prévia. Mas os que exercem tal liberdade ficam sujeitos a responder penal e civilmente pelos abusos que cometerem. E os veículos de comunicação devem assegurar o direito de resposta a quem se sentir ofendido.¹⁰⁸

Há evidentes conexões e relações de precisão, meio e fim entre os feixes complexos que formam as liberdades básicas, ou seja, entre liberdade religiosa, liberdade de consciência e liberdade de pensamento.¹⁰⁹

Canotilho então assevera que a liberdade de expressão em sentido amplo, na qual subsume-se a liberdade de manifestação do pensamento, deve ser entendida como presente em outros direitos fundamentais, que concretizam aquele direito nos vários domínios da vida social, quais sejam, o político, o religioso, o científico, etc., ocasionando uma certa permeabilidade categorial,

¹⁰⁷ CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹⁰⁸ CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 269.

interpenetrando-se, em concreto, as liberdades de consciência, religiosa e comunicativa.¹¹⁰

2.5 – A NEUTRALIDADE DO ESTADO COMO GARANTIA DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A neutralidade do Estado em relação à religião, dá-se pelo fato de que o mesmo não pode discriminar as igrejas ou religiões, quer seja para beneficiá-las ou para prejudicá-las.

Iemini, em artigo publicado na Revista *Libertas* de Ouro Preto, refere que “a necessidade de uma neutralidade estatal em questões relacionadas a todas as crenças é medida impositiva que não comporta qualquer deliberação popular, estando insculpida em cláusulas pétreas que não permitem, sequer, emenda constitucional tendente a abolir a garantia do Estado laico.”¹¹¹

E, o autor, então encerra a questão da neutralidade Estatal da seguinte forma:

O princípio do Estado laico brasileiro, enquanto cláusula pétrea, impede qualquer espécie de deliberação sobre a opção estatal em privilegiar determinada religião ou crença, sendo certo que os argumentos contrários, não possuem o condão de afrontar a Constituição Federal, em sua parte mais sensível, que são os direitos fundamentais.¹¹²

Esse preceito de neutralidade impede relações de dependência ou aliança entre o Estado e as igrejas, porém Garcia relata que “a laicidade raramente se

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 269.

¹¹¹ IEMINI, Matheus Magnus Santos. **LAICIDADE COMO GARANTIA DE DIVERSIDADE: O FAVORITISMO RELIGIOSO ESTATAL**. Ouro Preto-MG. Revista *Libertas*, V.1 n. 2, 2014, p. 80.

¹¹² IEMINI, Matheus Magnus Santos. **LAICIDADE COMO GARANTIA DE DIVERSIDADE: O FAVORITISMO RELIGIOSO ESTATAL**. Ouro Preto-MG. Revista *Libertas*, V.1 n. 2, 2014, p. 82.

apresenta em 'estado puro', vale dizer, com ampla e irrestrita dissociação entre os poderes espiritual e estatal".¹¹³

Ele, por fim, observa que é importante que o Estado faça parcerias com as instituições religiosas, na busca de objetivos comuns de interesse público, e, refere que essa possibilidade está expressamente prevista na Constituição Federal no art. 19 inciso I, e, assevera, ainda, que essa previsão não pode privilegiar religiões de forma isolada.¹¹⁴

Essa neutralidade Estatal se dará de forma mais precisa, quando observados os princípios a seguir elencados.

2.5.1 – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO – LAICISMO

O laicismo é conceituado como sendo a ausência de envolvimento religioso nos assuntos governamentais e vice-versa, ou seja, o não envolvimento do governo nos assuntos religiosos. No século XX a conceituação evoluiu até atingir uma igualdade de tratamento entre todas as religiões.

Em uma interpretação mais restritiva, o termo, de forma estrita é conceituado como sendo o princípio da separação entre igreja ou religião e o Estado.

Garcia, ao referir sobre o caráter laico do Estado Brasileiro, e, as relações do Estado com o poder espiritual, assim se manifesta:

Estado laico ou secular, que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude

¹¹³ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 241.

¹¹⁴ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 242.

com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal poder possuir uma “fé oficial”, privilegiando-a em detrimento das demais.¹¹⁵

O doutrinador Português Jorge Miranda, em Conferência proferida em Brasília no ano de 2011 no Seminário sobre “O Estado laico e a liberdade religiosa”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, assim se manifestou sobre o princípio da separação:

No regime de *separação* ou de Estado secular não há religião oficial, todas as confissões são reconhecidas e os governantes abstêm-se de qualquer decisão sobre a sua vida interna, assim como elas se afastam do contraditório político. [...] Mas separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios.¹¹⁶

Silva Neto refere que a liberdade de organização religiosa é uma porção pouco difundida da liberdade religiosa. Assevera que o seu objetivo é o de conferir às pessoas ou ao grupo o direito de criar segmento religioso.¹¹⁷

Pode-se dividir em duas categorias os países e seus governos. Países laicos, ou seja, aqueles em que a religião não interfere na política e a política não atua na religião, e, os países não-laicos ou teocráticos, onde a religião tem papel ativo na política e até mesmo na constituição dos governos.

Os países laicos são, de modo geral, os países ocidentais, e, dos países teocráticos citamos como exemplo os países de Israel, do Irã e do Vaticano.

¹¹⁵ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 239.

¹¹⁶ Observatório de Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, jan/jun. 2014. ISSN 1982-4564.

¹¹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

A separação entre Igreja e Estado, no Brasil, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1891, com a implementação do regime republicano. A Constituição Federal de 1988, assegura o direito à liberdade religiosa aos seus cidadãos, bem como veda a criação ou participação ou aliança por parte do governo com qualquer igreja ou denominação religiosa.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 41, estabelece as bases do princípio da laicidade, quando consagra a liberdade de consciência, de religião e de culto, assim como, estabelece que as igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.¹¹⁸

O Brasil é, de fato, favorável ao princípio da laicidade. Sua Constituição a ele consagra um artigo que, apesar de não empregar expressamente o termo, retoma sua substância evocando muito claramente a liberdade religiosa e a neutralidade dos poderes públicos na matéria, e faz delas um princípio com valor constitucional. Esta adesão do Brasil à laicidade não é recente. Desde a independência, em 1822, a liberdade de consciência e de culto foi afirmada e, mesmo se a religião católica era a religião do Estado, uma prática tolerante permitiu que os cultos minoritários se desenvolvessem progressivamente.¹¹⁹

Ainda, de acordo com Bonavides, Miranda e Agra, o princípio da separação institucional é o princípio que expressa a distinção jurídico-política dos organismos religiosos e o Estado. Sob a égide desse princípio, manifestam-se as seguintes conseqüências: I – não é permitido ao Estado interferir na nomeação ou no afastamento de líderes religiosos; II – a organização interna das igrejas e comunidades religiosas é infensa ao controle político, doutrinário ou econômico do Estado; III – o Estado Democrático de Direito pode ser teísta.¹²⁰

Garcia assevera que “é importante lembrar que o caráter laico do Estado coexiste com a liberdade de crença”, e, observa que:

¹¹⁸ MACHADO, Jónatas. E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 59-60.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

Essa constatação, em seus contornos mais basilares, indica que o Estado, conquanto não deva aderir a uma fé específica, deve permitir e proteger toda e qualquer manifestação de fé, mesmo dos bens de sua propriedade; isto, obviamente, se não for comprometida a ordem pública ou a liberdade de crença dos demais componentes do grupamento, o que inclui a liberdade de não professar fé alguma.¹²¹

Machado assevera que esse princípio é um elemento constitutivo do Estado Constitucional, e, tem sido entendido, desde os alvares do constitucionalismo moderno, como um corolário da liberdade de consciência, de pensamento e de religião.¹²²

2.5.2 – PRINCÍPIO DA NÃO CONFSSIONALIDADE

O princípio da não confessionalidade, leciona Weingartner Neto, aparta ou separa o Estado das questões ou matérias, assim como os sujeitos religiosos. O Estado não deve adotar qualquer religião, bem como não deve com elas aliar-se ou por qualquer meio embaraçar-lhes. Os atos oficiais e o protocolo estatal devem submeter-se à não confessionalidade. A educação e a cultura não podem ser programadas por diretrizes religiosas, e, o ensino público não pode ser confessional.¹²³

Ele então, assevera que o princípio da não confessionalidade comanda uma atuação estatal imparcial, e, sobre essa atuação, ensina que:

Quanto à *imparcialidade*, em vez de neutralidade, adiatam-se cinco considerações:

¹²¹ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 244.

¹²² MACHADO, Jónatas. E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

¹²³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 149.

- apóia-se, também, na consagração do princípio da impessoalidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF 88);
- goza de amplo lastro doutrinário, especialmente no direito processual, solidificando o princípio da imparcialidade do juiz – *rectius*, do Estado/Jurisdição;
- substitui com vantagem a expressão neutralidade, tensionada pelas discussões de estilo pós-moderno (o “mito” da neutralidade, meso científica);
- imparcialidade é mais operacional em termos constitucionais, já que o Estado (não sendo neutro) se funda sobre valores basilares aglutinantes, em função dos quais, se pode tolerar o fundamentalismo hermenêutico, também tem condições de bloquear o fundamentalismo militante;
- não sendo indiferente, mas atento ao fenômeno religioso (e reconhecendo elementos positivos no aspecto identitário e de autodeterminação pessoal), explica-se com maior naturalidade os princípios da cooperação e da solidariedade de um Estado que, nem por ser imparcial, é neutro.¹²⁴

O princípio da aconfessionalidade ou da não confessionalidade, segundo os doutrinadores Bonavides, Miranda e Agra, é um princípio marcado pelas seguintes características: I – não é compatível com a liberdade religiosa, assegurada pelo Estado Democrático de Direito, a adoção de fé religiosa oficial; II – o Estado não tem autoridade em questões de fé, não se manifesta, influencia ou interfere na economia teológica interna das religiões.¹²⁵

Para Weingartner Neto, o princípio da não confessionalidade se desdobra nas seguintes características: I – o Estado não adota qualquer religião, nem se pronuncia sobre questões religiosas, o que exclui, ainda, subvencionar, embaraçar o funcionamento ou manter com as confissões religiosas relações de dependência ou aliança; II – nos atos oficiais e no protocolo do Estado deverá ser observado o princípio da não confessionalidade; III – o Estado não pode programar

¹²⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 149, 150.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes religiosas; e IV – o ensino público não pode ser confessional.¹²⁶

2.5.3 – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Com relação ao princípio da Cooperação, Weingartner Neto entende que o mesmo pode ser assim descrito: é um princípio que traduz colaboração de interesse público, ou seja, o Estado cooperará com as igrejas e confissões religiosas, principalmente para a promoção dos princípios e direitos e garantias fundamentais, designadamente:

I -assegurando a prestação da assistência religiosa nas entidades civis e militares; II – isentando os eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempos de paz; III – limitando seu poder de tributar, ao vedar a instituição de impostos sobre templos de qualquer culto; IV – assegurando o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental; V – celebrando acordos específicos para a consecução de atividades comuns e afins, sempre com chancela constitucional; VI – auxiliar os pais no exercício do poder familiar, para que possam educar os filhos de acordo com suas crenças religiosas; VII – assegurar as manifestações públicas de exercício dos cultos religiosos; VIII – criar condições organizacionais e procedimentais, no âmbito laboral e educacional, para o mais amplo exercício do direito de dispensa ao trabalho e de aulas/provas por motivo religioso; IX – reconhecer a validade civil, sob condições reguladas, do casamento celebrado por forma religiosa.¹²⁷

O princípio da separação das confissões religiosas do Estado é um produto do constitucionalismo liberal e representa, justamente, a superação dos modelos de união político-religiosa. A idéia da separação das confissões religiosas e o Estado, é princípio consagrado no art. 19, I, da Constituição Federal. O princípio

¹²⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

¹²⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75-76.

da separação, que afirma que as igrejas e confissões religiosas estão separadas da estrutura e da organização político-administrativa do Estado, e são, portanto, livres na sua organização e no exercício das suas funções de culto. O princípio da separação tem conteúdo negativo, mas não exime o Estado de garantir o livre exercício dos direitos subjetivos de liberdade religiosa (dever de proteção).¹²⁸

Para J. J. Gomes Canotilho, a questão da assistência religiosa, ou seja, o princípio da cooperação, é assim visto:

Da liberdade de culto, ainda, deriva a possibilidade de obtenção, em certos casos, de assistência religiosa por parte de confissões ou comunidades religiosas, gerando um dever prestacional para o Estado (assegurar a prestação de assistência religiosa) que depende de situações especiais para concretização do direito (condição pessoal e locus de estado).¹²⁹

Garcia ao referir a assistência religiosa, prevista no inciso VII do art. 5º da Constituição Federal, refere que objetivou-se criar condições necessárias à plena operatividade da liberdade religiosa, e que a mesma deve compatibilizar-se com o Estado brasileiro laico, sem privilégios à religiões específicas. Assevera, ele, por fim que a operatividade da liberdade religiosa, em:

... sua face extrínseca, a liberdade de culto, seria inevitavelmente comprometida com as inevitáveis restrições que caracterizam estabelecimentos dessa natureza. O comando constitucional ainda traz consigo outra funcionalidade, a de estimular a aceitação do apoio religioso, contribuindo para a reconstrução psíquica e espiritual de todos aqueles que se encontrem internados. Confinasse o corpo, liberta-se a mente.¹³⁰

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 707, 708.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 270.

¹³⁰ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 249.

A assistência religiosa é oferta ou disposição de serviços espirituais, de conforto, aconselhamento e culto, por sacerdotes ou líderes religiosos, a quem deles necessitar, em estabelecimentos civis ou militares de internação coletiva. Nos estabelecimentos militares, a assistência é privativa dos oficiais integrantes dos corpos de capelania. Caberá à autoridade militar competente definir os quantitativos de capelães por denominação religiosa, conforme se atenda ao interesse público e à máxima eficácia da norma constitucional do inciso VII. Os assistidos são os internos dos estabelecimento mencionados no inciso VII (penitenciárias, hospitais, colégios internos).¹³¹

2.5.4 – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da solidariedade, ensina J. J. Gomes Canotilho, foi instituído de forma a fomentar as atividades educativas e assistenciais das confissões religiosas, por meio da limitação do poder estatal de tributar, especificamente vedando impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, desde que sem fins lucrativos e relacionados com as atividades essenciais das respectivas confissões.¹³²

O princípio da solidariedade na ótica de Weingartner Neto, pode ser assim traduzido: fomentar as atividades educativas e assistenciais das confissões religiosas, por meio da limitação do poder estatal de tributar, especificamente vedando impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, desde que sem fins lucrativos e relacionados com as atividades essenciais das respectivas confissões.¹³³

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105-106.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p 707.

¹³³ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76.

2.5.5 – PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA

Desse rol de princípios, todos igualmente importantes para a liberdade religiosa, trataremos de forma mais detalhada, pois mais importante para o presente trabalho, o princípio da tolerância. A tolerância religiosa, ao nosso ver, permite o alcance da liberdade de consciência que é o marco principal para a efetiva liberdade religiosa. A base doutrinária dos direitos fundamentais, proclamados nos documentos constitucionais oriundos das revoluções americana e francesa do século XVIII, ensina Ribeiro, “reside na idéia de tolerância religiosa para credos diferentes e na concepção da liberdade de religião e crença como direitos inalienáveis do homem.”¹³⁴

Garcia, assevera que “a liberdade religiosa, em suas distintas formas de manifestação, sempre estará lastreada no ideal de tolerância, que antecede e dá sustentação à sua juridicidade.”¹³⁵

A tolerância religiosa, para Soriano, favorece a paz e o desenvolvimento de uma sociedade fraterna e justa. Se, queremos paz, devemos fomentar uma sociedade tolerante, porém, o pluralismo de crenças é uma questão com a qual a humanidade, ainda não aprendeu a lidar. E ele conclui que “as minorias étnicas, lingüísticas, raciais, sem embargo, são as que mais sofrem com a intolerância, que pode, inclusive, ser de índole religiosa.”¹³⁶

Nesse aspecto da tolerância, vejamos os dizeres de Bobbio:

Quando se fala em tolerância nesse seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema de convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da

¹³⁴ RIBEIRO, Milton. **Liberdade religiosa: Uma proposta para debate**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002. p. 21

¹³⁵ GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010, p. 232.

¹³⁶ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 23-24

convivência das minorias étnicas, lingüísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de diferentes ...¹³⁷

A tolerância religiosa remete à uma limitação do direito à liberdade religiosa, e, nesse sentido, Moraes ensina que os direitos fundamentais não devem ser escudo de proteção da prática de atividades ilícitas, nem servir para diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, pois haveria um total desrespeito ao verdadeiro Estado de Direito. E, ele conclui que: "Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna."¹³⁸

De acordo com o pensamento de Bonavides, Miranda e Agra, o princípio da tolerância implica na aceitação das diferenças religiosas; no acatamento às formas de culto; no respeito ao proselitismo; na coibição do proselitismo abusivo, como emprego de formas de pregação que ultrapassem os limites da liberdade de consciência.¹³⁹

Kelsen, ao abordar a tolerância como base religiosa, ensina que:

A tolerância pressupõe a relatividade da verdade sustentada ou do valor postulado; a relatividade de uma verdade ou de um valor implica que a verdade oposta ou o valor oposto não sejam inteiramente excluídos. É essa a razão pela qual a expressão de uma verdade oposta ou a propaganda do valor oposto não devem ser suprimidas.¹⁴⁰

De forma mais clara, ele estabelece que "a tolerância, antes, é a virtude daqueles cuja convicção religiosa não é forte o suficiente para superar sua

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1996. p. 203

¹³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 46

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 241-242.

inclinação política e impedir-lhes a incoerência de reconhecer a possibilidade e a legitimidade de outras convicções religiosas”.¹⁴¹

Antônio Celso Baeta Minhoto, Doutor em Direito, Professor da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, em obra Coordenada por Daniela Bucci, José Blanes Sala e José Ribeiro de Campos, intitulada Direitos Humanos – proteção e promoção, assim se manifesta sobre a temática da tolerância:

Na verdade, talvez a maior das problemáticas envolvendo a idéia de tolerância divide-se em duas partes. É que, a uma, ela se contrapõe a algo igual, em sentido contrário e por vezes com força semelhante, ou seja, a intolerância. Como segundo ponto, constata-se que só pode se ver na contingência de tolerar algo quem, num primeiro momento, não tolerou aquela mesma manifestação ou objeto, considerando este último termo num sentido filosófico.¹⁴²

E Minhoto, conclui seu pensamento sobre o tema dizendo que “a tolerância assim, é algo nobre e necessário, e, sendo ela própria fruto da não aceitação, constitui-ser em desafio da sociedade adotante da tolerância, introjetá-la na vivência social de modo consciente, caso contrário sempre será necessário um esforço em sentido oposto, ou seja, no de combater a intolerância, criando focos de desgaste muitas vezes constantes.”¹⁴³

3 – O FENÔMENO DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

Se um indivíduo, por questões religiosas recusa uma transfusão de sangue, sendo esse o único meio possível de lhe salvar a vida, estará o médico na obrigação de realizá-la, ou, o paciente tem o direito de não aceitá-la?

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 242.

¹⁴² BUCCI, Daniela. SALA, José Blanes. DE CAMPOS, José Ribeiro. **Direitos Humanos: proteção e promoção**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁴³ BUCCI, Daniela. SALA, José Blanes. DE CAMPOS, José Ribeiro. **Direitos Humanos: proteção e promoção**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

Neste terceiro capítulo será abordado o fenômeno da transfusão, onde se buscará o enfoque nas áreas médica, da religião e o da responsabilidade civil do médico. Também, se fará uma breve análise das especificidades das Testemunhas de Jeová.

No aspecto religioso, notadamente as “Testemunhas de Jeová” e sua base religiosa não se permitem ser transfundidos, mesmo sabendo que o método visa a salvaguarda da vida.

Utilizam-se de textos bíblicos para obstar a realização desses procedimentos em seus integrantes.

Dois direitos fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal, quais sejam, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa envolvem-se nesta situação e isso causa grandes debates e a busca de soluções junto ao Poder Judiciário.

Na Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, em setembro/outubro de 1981, e, emendada pela 47ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, em setembro de 1995, encontramos métodos adotados e aprovados para a relação entre médicos e pacientes, no sentido de garantir os princípios da justiça e da autonomia ao paciente. Referida declaração representa alguns dos principais direitos do paciente que a classe médica endossa e promove. Os princípios elencados em tal Declaração, são os seguintes: 1 – Direito a cuidados médicos de boa qualidade; 2 – Direito de escolher seu médico; 3 – Direito à autodeterminação; 4 – Direito à informação; 5 – Direito à confidência; 6 – Direito à educação de saúde; e 7 – Direito à dignidade.¹⁴⁴

Interessa-nos neste momento, o Direito à autodeterminação, que é assim desenvolvida na referida Declaração:

¹⁴⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 291-294.

(a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente sobre as conseqüências de sua decisão; (b) Um paciente adulto e mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e de tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento; (c) O paciente tem direito de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento.¹⁴⁵

Na obra de França e na referida Declaração, consta ainda, as formas como devem ser observadas a vontade de um paciente inconsciente ou impossibilitado de expressar seu consentimento, assim como a classe médica deve proceder com relação ao paciente legalmente incapaz. Há ainda, a forma de proceder em situações contrárias à vontade do paciente.¹⁴⁶

Ao analisar o aspecto da bioética, depara-se com o choque entre o princípio da autonomia e liberdade do paciente em contraposição com a obrigatoriedade do médico em salvar vidas.

João Baptista Villela, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, em artigo integrante de obra sobre Bioética e Direitos Fundamentais, ao tratar sobre a possibilidade de recusa à tratamento médico, assevera que: “O desprezo que médicos e juízes demonstram para com a opção não transfusionista das testemunhas de Jeová revela bem até que ponto o suposto respeito pela vida alheia mascara visões autoritárias e invasivas.”¹⁴⁷

E, sobre essa opção de recusa, o professor conclui seu pensamento da seguinte forma:

¹⁴⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 292.

¹⁴⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 292.

¹⁴⁷ GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

A Constituição da República assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente, não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros. Ter uma convicção religiosa como esclarecida ou obscurantista pode interessar a cada um para seu foro interno. Do ponto de vista do respeito que se deve à prática do credo, não tem qualquer relevância. É só na colisão com outros direitos, entre os quais não se inclui a opinião alheia, que a liberdade religiosa pode experimentar limitação. Ora, nada há de contrário à ordem constitucional brasileira em que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão de sangue. Médicos e juizes que o impõem contra a vontade do paciente estão se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui o bem supremo. E revelando-se, eles próprios, nessa mesma medida, mal preparados para o exercício da Medicina e do Direito.¹⁴⁸

De outro lado, poder-se-ia contra-argumentar que o direito à vida é absoluto, ou seja, não pode ser disponível, e não se pode negar que a recusa ou atraso no procedimento reflete certa disposição, em última análise, da existência do ser humano, prevalecendo opinião técnica, do médico, para a realização da transfusão de sangue, mesmo contrária ao posicionamento do paciente ou de seus representantes legais.

Martins-Costa entende que as decisões médicas fundamentais em relação à limitação ou cessação de tratamentos a doentes, salvo emergência, devem ser tomadas, de forma ética, por mais de um médico, e, devem basear-se, sempre que possível, no consentimento informado do paciente ou da família deste.¹⁴⁹

Mais adiante, essa autora, volta à autonomia e seus limites, ou como ela prefere, volta à autodeterminação, a qual reconhece como “àquela que permite fixar o que queremos para nós próprios”, e assim sobre ela se refere:

Mas a autodeterminação não é um absoluto. Assim como nem tudo nos é permitido, também nem tudo pode ser determinado para que os outros façam. Não pode justificar a prática de atos cujo sentido seja provocar diretamente a morte, porque isso cairia na eutanásia

¹⁴⁸ GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwig. **BIOÉTICA E RESPONSABILIDADE**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 434.

a pedido, com o desvalor e os riscos inerentes, que é vedada ética e juridicamente.¹⁵⁰

Retornando ao choque entre a autodeterminação e liberdade do paciente frente à obrigatoriedade do médico em salvar vidas, e, em face especificamente da situação fática das Testemunhas de Jeová que não se permitem a transfusão de sangue, temos a seguinte manifestação de Barros Júnior:

Nesta seara, o dilema médico é crucial: impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas e, ao proceder à transfusão contra a vontade expressa do paciente, além de desrespeitar a autonomia deste, ainda sujeitar-se-ia à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo do assistido sem o indispensável consentimento.¹⁵¹

Esclarece, ainda que, em obediência ao Código de Ética Médica, o profissional, frente à recusa do paciente em permitir a transfusão de sangue, deverá observar a seguinte conduta: a) até o momento anterior ao risco iminente de morte, respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis, ou, b) após surgir o risco iminente de morte, realizará a transfusão de sangue, mesmo sem o consentimento de qualquer pessoa.¹⁵²

3.1 – ENFOQUE NA ÁREA MÉDICA E JURÍDICA

A transfusão de sangue, também denominada de terapia transfusional passou a ser utilizada largamente após a segunda guerra mundial. Porém, é

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwig. **BIOÉTICA E RESPONSABILIDADE**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 436.

¹⁵¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. São Paulo Atlas 2011, p. 151.

¹⁵² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. São Paulo Atlas 2011, p. 151.

George Garratty, que faz a apresentação da obra de Denise M. Harmening, que nos traz as primeiras informações sobre essa terapia, nos seguintes termos:

A ciência da transfusão de sangue é um dos ramos mais novos da ciência laboratorial médica. Os grupos sangüíneos foram descobertos há apenas 95 anos, e a maioria deles só foi reconhecida nos últimos 45 anos. Embora a terapia da transfusão tenha sido usada logo após os grupos sangüíneos ABO terem sido descobertos, foi depois da Segunda Guerra Mundial que a ciência da transfusão de sangue realmente começou a tornar-se um ramo importante da ciência médica. Deste modo, comparada com muitas subdisciplinas da medicina, a ciência da transfusão de sangue é um bebê, crescendo rápido, mudando continuamente e apresentando um grande potencial para pesquisa e desenvolvimento futuro.¹⁵³

A utilização dos componentes do sangue e a terapia transfusional, seja ela de forma total, ou de algum de seus componentes, nos é apresentado da seguinte forma:

O sangue e os componentes sangüíneos são considerados medicamentos devido a seu uso no tratamento de doenças. Como ocorre com os medicamentos, podem ocorrer efeitos adversos, o que implica na cuidadosa consideração da terapia apropriada. A transfusão de células do sangue é também considerada um transplante, tendo em vista que as células precisam sobreviver e funcionar depois da transfusão, para que possam exercer efeito terapêutico. A transfusão de eritrócitos é a forma de transplante mais bem tolerada, mas pode causar rejeição, como ocorre na reação transfusional hemolítica. [...] A terapia transfusional é utilizada principalmente no tratamento de dois problemas: capacidade inadequada de transporte de oxigênio devido à anemia ou perda de sangue e insuficiência das proteínas de coagulação para proporcionar hemostasia adequada. [...] A terapia de componentes sangüíneos é a transfusão do componente específico necessitado pelo paciente. Usando componentes sangüíneos, podemos tratar vários pacientes com o sangue de um doador, o que representará um uso otimizado para cada doação de sangue.¹⁵⁴

¹⁵³ HARMENING, Denise M. **Técnicas Modernas em Banco de Sangue e Transfusão**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Revinter Ltda., 2006.

¹⁵⁴ HARMENING, Denise M. **Técnicas Modernas em Banco de Sangue e Transfusão**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda., 2006, p. 344.

A terapia transfusional, como citado anteriormente, pode gerar alguns efeitos adversos, isso porque:

*Transfusão é um evento irreversível que traz riscos e benefícios potenciais para o receptor. Reação transfusional é qualquer evento desfavorável relacionado à transfusão que ocorre em um paciente durante ou depois da transfusão de componentes sanguíneos.*¹⁵⁵

E há, ainda, a possibilidade de, ao realizar a terapia transfusional, haver a transmissão de agentes virais:

A decisão de fazer uma transfusão deve se basear em uma comparação dos benefícios terapêuticos com quaisquer riscos potenciais para o receptor. Embora pequena, a possibilidade de transmissão de um ou mais agentes virais para um receptor continua a ser uma das principais complicações da transfusão. Apesar desse risco possível, se a origem do sangue e dos componentes sanguíneos estiver limitada a indivíduos que atendam a critérios clínicos cuidadosamente determinados, a segurança do fornecimento de sangue excede em muito os prejuízos decorrentes da não realização da transfusão.¹⁵⁶

Dentre esses agentes virais, encontram-se os vários tipos de Hepatite, bem como o vírus da temível AIDS.

O artigo 15 de nosso Código Civil, assegura ao paciente a possibilidade de opor-se à realização de transfusões.¹⁵⁷

Sobre essa possibilidade de negativa, Venosa esclarece que “levando em conta que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, sempre

¹⁵⁵ HARMENING, Denise M. **Técnicas Modernas em Banco de Sangue e Transfusão**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda., 2006, p. 380

¹⁵⁶ HARMENING, Denise M. **Técnicas Modernas em Banco de Sangue e Transfusão**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda., 2006, p. 407

¹⁵⁷ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

haverá, em tese, a necessidade de autorização do paciente ou de alguém por ele.”¹⁵⁸

E ele conclui seu esclarecimento, nos termos da necessidade de informação do paciente, assim redigido:

O dever de informação, previsto no art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor é direito inafastável de qualquer tomador de serviços e o paciente o é, desempenhando papel importante na atividade e na responsabilidade médica. O paciente, ou alguém que lhe seja próximo, deve ser sempre informado sobre os procedimentos médicos que sofrerá, com todas as suas vantagens e vicissitudes.¹⁵⁹

Sobre essa discordância que pode ocorrer entre paciente e médico, Matielo assim leciona:

Estando em pleno uso e gozo das faculdades mentais, o doente pode, mediante emissão da vontade perfeitamente delineada, discordar do médico e deixar de seguir a proposta de tratamento formulada, mesmo quando cientificamente sabido que em assim procedendo estará dando ensanchas ao agravamento do estado de saúde, ou correndo o risco de falecer. Entretanto, a vontade emitida pelo paciente deve-se dar a partir do esclarecimento da situação pelo facultativo, e não em completo desconhecimento de causa ...¹⁶⁰

É de se observar que, a vontade do paciente não deverá ser respeitada, quando houver iminente risco para a sua vida. Sobre esse aspecto, Matielo assim se posiciona:

¹⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 196.

¹⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 196.

¹⁶⁰ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 106.

Embora as circunstâncias apontem para o óbito caso não se proceda à intervenção recomendada, estará o médico adstrito à vontade do paciente se o risco de vida não for iminente, porque soberana uma vez que livremente emitida após munido aquele de esclarecimentos bastantes.¹⁶¹

E o autor complementa seu pensamento, asseverando que:

Portanto, sempre é vedado ao facultativo intervir contra a vontade do doente, estando este lúcido e ciente das implicações de sua recusa, dotado de informações rigorosamente verídicas fornecidas pelo profissional. Todavia, não havendo tempo para obter consentimento em função da gravidade do quadro clínico apresentado, deve ocorrer a intervenção, seja cirúrgica ou de natureza diversa, inclusive podendo haver imputação do delito de omissão de socorro contra o médico que se abster de prestar atendimento sem justificativa plausível.¹⁶²

De modo geral, o paciente tem o direito de negar receber qualquer tratamento de saúde, não necessitando para isso informar qual a sua motivação, seja ela de ordem financeira, profissional ou religiosa. Deve, porém, o médico informar ao paciente as conseqüências que poderão advir de sua decisão.

Com essa restrição, que pode ser, inclusive, vinculada ao aspecto religioso, vamos passar a analisar o enfoque da transfusão de sangue na ótica da religião.

3.2 – ENFOQUE NA ÁREA DA RELIGIÃO

Segundo leciona Kfourri Neto, “as Testemunhas de Jeová consideram que o sangue alheio é impuro e moralmente contaminado. Daí a recomendação de não consumir esse material biológico, quer por via oral ou endovenosa. Refere, ainda,

¹⁶¹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 106.

¹⁶² MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 106.

que, alguns adeptos chegam ao óbito, por se recusarem a receber essa terapia médica”.¹⁶³

Souza e Moraes, médicas, integrantes do Serviço de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, em artigo intitulado “A Ética e o Respeito às Crenças Religiosas”, nos apresentam da seguinte forma o enfoque da transfusão no aspecto da religião:

As crenças religiosas estão entre as mais acalentadas convicções do ser humano, cuja vida é tremendamente influenciada por sua visão dos atributos de Deus (soberania e onipotência), dos atributos das outras pessoas (a santidade da vida) e da sua relação pessoal com Deus (comunicação e obediência aos mandamentos). O respeito mútuo às convicções pessoais faz com que haja uma relação pacífica entre as pessoas na atual sociedade pluralista em que vivemos.¹⁶⁴

E, elas aprofundam essa visão, informando a necessidade de o paciente apresentar de forma clara, um consentimento esclarecido. Para tanto, o mesmo deverá ter condições de decidir se aceita tal procedimento médico, segundo o “seu próprio plano de vida () embasado em crenças, aspirações e valores próprios”. Para tanto, deverá estar devidamente informado pelo seu médico das recomendações, e, como isso pode afetar seus valores, somente assim, poderá ter “a possibilidade de consentir ou não no tratamento proposto.”¹⁶⁵

No sentido do consentimento esclarecido, De Matos relata que:

A partir da consolidação da autonomia como um dos princípios reitores da bioética e do consentimento informado como corolário, passaram a ser desenvolvidas regras para atender essas normas-princípio, surgindo, a partir de então, novas vertentes da concepção

¹⁶³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 170-171.

¹⁶⁴ SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.6 n. 1, 1998.

¹⁶⁵ SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.6 n. 1, 1998.

do consentimento informado como maneiras capazes de plenamente atender ao princípio da autonomia. Dentre essas, o consentimento livre e esclarecido, entendido como mais eficaz ao alcance pleno do respeito à autonomia do paciente. ... O Conselho Federal de Medicina (CFM) tem dado plena aplicação às regras do Código de Ética Médica, com especial preocupação ao respeito à autonomia do paciente e a necessidade do consentimento informado.¹⁶⁶

E De Matos complementa seu entendimento sobre a autonomia dizendo que “O princípio da autonomia é o que reconhece ao indivíduo a capacidade de conduzir sua vida, cuidar de sua saúde, ou seja, permite ao indivíduo capaz, de avaliar seus objetivos pessoais e agir de acordo com suas próprias decisões. Está ela, intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, e relacionada ao projeto de vida e às suas convicções filosóficas, religiosas, morais e sociais.”¹⁶⁷

De Matos, então reforça a vinculação entre o consentimento esclarecido e a autonomia, dizendo que desta decorre um outro princípio bioético que é o consentimento informado, nas seguintes palavras:

Daí que o princípio da autonomia importa, na medicina, a obrigatoriedade de o médico estabelecer prévia comunicação com o paciente, informando-lhe adequadamente todas as implicações acerca da doença, desde tratamentos possíveis até os riscos inerentes aos procedimentos adotados, para então conseguir o seu consentimento ao tratamento elegido e concordante ao seu projeto de vida, preservando suas convicções e dignidade.¹⁶⁸

¹⁶⁶ DE MATOS, Gilson Ely Chaves. **Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica.** Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.15, n. 2, 2007, p. 201-203.

¹⁶⁷ DE MATOS, Gilson Ely Chaves. **Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica.** Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.15, n. 2, 2007, p. 197.

¹⁶⁸ DE MATOS, Gilson Ely Chaves. **Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica.** Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.15, n. 2, 2007, p. 197.

Ainda tratando sobre a autonomia, Vieira refere que esta é inerente ao ser humano, e, que o mesmo pode agir em conformidade com seus valores, porém sem transgredir direitos de terceiros.¹⁶⁹

E a autora complementa seu pensamento, dizendo que: “mesmo na iminência de perigo de morte, tem o paciente o direito de tomar decisões, devendo o médico lhe informar as conseqüências do não consentimento. Inclusive, a recusa pode se referir a exame, diagnóstico e terapia.”¹⁷⁰

Rodrigues entende que, antes de realizar qualquer tratamento médico, o profissional deverá obter, “o consentimento espontâneo do cliente”, bem como, em sendo o “doente menor, ou insano, esse consentimento terá de vir de seus pais ou responsáveis.”¹⁷¹

Ao tratar sobre os deveres de conduta do médico, França, na mesma esteira de Rodrigues refere, que o médico tem o dever de informar e esclarecer ao paciente, como “requisito prévio para o consentimento e a legitimidade do ato médico terapêutico ou propedêutico a ser utilizado”.¹⁷²

Soriano, analisando a ótica do consentimento esclarecido, entende que, uma vez que um paciente pode recusar-se a tratamento de quimioterapia ou de radioterapia, como forma de combater uma neoplasia maligna, possui a autonomia da escolha do tratamento. Dessa forma, “é evidente a inexistência de lei que obrigue alguém a fazer esse ou aquele tratamento, incluindo, também, a transfusão de sangue”.¹⁷³

Entende, ainda, que as Testemunhas de Jeová não recusam tratamento médico, porém, argumentam que poderiam utilizar tratamentos alternativos, pois:

¹⁶⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue**. Umuarama-PR. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. V. 6, N. 2, p. 227.

¹⁷⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue**. Umuarama-PR. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. V. 6, N. 2, p. 227

¹⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 254.

¹⁷² FRANÇA, Genival Veloso de, **Pareceres IV : esclarecimentos sobre questões de Medicina Legal e de Direito Médico**. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 2006, p. 105, 106

¹⁷³ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 122

De fato, em resposta à pressão de grupos religiosos, os cientistas têm desenvolvido meios, para se evitarem as transfusões sangüíneas, inclusive com melhores resultados, principalmente no que se refere às cirurgias eletivas ou programadas, mediante a utilização de transfusões autólogas.¹⁷⁴

E, citando Menitove, esclarece que: “a transfusão autóloga consiste na coleta e re-infusão do próprio sangue do paciente para reduzir a exposição de sangue alogênico”.¹⁷⁵

Informa ainda, nas palavras de Menitove, que:

Entretanto, quando a perda de sangue atinge, aproximadamente, de 25 a 30% do volume sangüíneo, o paciente encontra-se em iminente risco de vida, em virtude do risco de choque hipovolêmico. Assim sendo, a transfusão de sangue total se faz necessária para que se reestabeleça o volume intravascular, e para que se restaure a capacidade de transporte do oxigênio.¹⁷⁶

Soriano conclui que, sendo possível o tratamento alternativo, e, obviamente, desnecessária a realização da transfusão sangüínea, a liberdade religiosa do paciente deverá, sempre, ser respeitada. Não havendo possibilidade desses tratamentos alternativos, e, havendo risco de morte ao paciente, entende, como imperiosa a transfusão, pois “a terapia transfusional só é utilizada, quando há risco de vida e a infusão de fluídos e demais terapias alternativas são insuficientes.”¹⁷⁷

¹⁷⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 118

¹⁷⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 118

¹⁷⁶ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 119

¹⁷⁷ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 119

E então Soriano nos remete para o aspecto médico/jurídico da seguinte forma: “Eis que surge, nesse ponto, não apenas um problema médico, mas jurídico, sem dúvida alguma, de difícil solução.”¹⁷⁸

Diante dessa afirmação, de que a negativa na realização do procedimento transfusional poderá acarretar um problema tanto médico como jurídico, passemos a analisar o aspecto da responsabilidade civil médica.

3.3 – ENFOQUE DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O Direito Médico tem profunda importância, pois, de forma inevitável envolve o paciente, o médico, bem como as instituições públicas ou privadas de saúde, conselhos de classe, operadores do Direito e sociedade em geral. Isso tudo sem contar ainda que, lida com os três maiores bens do homem, que são a vida, a integridade física e moral e a saúde. Os profissionais das áreas médica e do direito possuem diversas carências no conhecimento entrelaçado das respectivas áreas. O médico carece de conhecimentos elementares em Direito, mas dele precisa para se proteger e minimizar os riscos de vir a ser condenado, e, ainda, poder ter a perda de parte de seu patrimônio ou ainda, sofrer a privação da sua liberdade. Já o advogado ou os membros do Ministério Público, e, talvez os próprios magistrados possuem dificuldade em emitir pareceres e decisões somente através da sua ótica leiga em medicina.¹⁷⁹

Barros Júnior, com o objetivo claro de não abordar considerações religiosas ou filosóficas, assevera que a nossa Carta Magna, assegura a liberdade de consciência e de crença, mas seu objetivo primeiro é considerar, em matéria

¹⁷⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 119

¹⁷⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44

de transfusão sangüínea, a realidade médica e jurídica, a ponto de permitir a análise dos aspectos do exercício médico e suas conseqüências legais.¹⁸⁰

E, Barros Júnior, ainda assevera que:

Nesta seara, o dilema médico é crucial: impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas e, ao proceder à transfusão, contra a vontade expressa do paciente, além de desrespeitar a autonomia deste, ainda sujeitar-se-ia à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo do assistido sem o indispensável consentimento.¹⁸¹

Barros Júnior, então faz a sua conclusão informando que:

O Conselho Federal de Medicina, em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, preceitua que o médico, obedecendo a seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1. até o momento imediatamente anterior ao surgimento do risco iminente de morte, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; e 2. após o surgir o risco iminente de morte, praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento de quem quer que seja.¹⁸²

Para que haja a caracterização da responsabilidade civil, é necessário que, de forma concomitante, ocorra a conduta do profissional médico de forma a efetivamente causar o prejuízo material, moral ou estético do ofendido, e, ainda, que haja nexos de causalidade entre conduta-dano bem como também haverá de ter a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia).

¹⁸⁰ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Editora Atlas, 2011 – pág. 150-151.

¹⁸¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pág. 151.

¹⁸² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pág. 151.

Juridicamente, a conduta pode ser definida como todo e qualquer ato humano, necessariamente praticado de forma voluntária e absolutamente livre e consciente, desprovida de qualquer tipo de vício ou coação, que se se deixa transparecer no seio social através de uma ação (comissão) ou omissão.

A conduta comissiva é aquela em que o médico a provoca ao atuar, ou seja, ao proceder algum ato de natureza médica, tais como os atos propedêuticos ou terapêuticos efetivamente realizados.

Já conduta omissiva, por sua vez, é bastante interessante, pois é o ato de não fazer aquilo que deveria ter sido feito, ou seja, o médico que deveria ter realizado procedimento para evitar ou minimizar algum perigo à saúde do paciente, ainda que nunca o tenha visto.

Um exemplo claro de conduta omissiva médica é a omissão de socorro, que, além de gerar responsabilidade ética, pode ter severas consequências em todas as demais modalidades, inclusive criminal.

Genival Veloso de França, ao tratar sobre os direitos do paciente, observa que:

... os pacientes começam a levantar questões que conflitam com alguns dos postulados impostos pela Medicina, passando a contestar certos aspectos da assistência médico-hospitalar, na tentativa de participar mais ativamente das decisões tomadas em seu favor. Muitos deles chegam a afirmar que a não revelação do que deveriam saber constitui-se num golpe aos seus direitos fundamentais.¹⁸³

Esse fato não é novidade no meio médico, porém, somente agora está a surgir um melhor entendimento entre médico e paciente.

¹⁸³ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 14

Revela, ainda, o autor que a Associação de Hospitais Americanos (AHA) divulgou um pequeno manual intitulado de “Carta de Direitos dos Pacientes”, onde o referido documento estabelece, entre outros fatos que o paciente deve ter:

... informação detalhada sobre o problema do doente; direito de recusar tratamento dentro do limite da lei; detalhes completos para facilitar certas tomadas de posição; discricção absoluta sobre seu tratamento; sigilo ou omissão dos registros médicos de sua doença, quando isso possa comprometer seus interesses mais diretos; não aceitação da continuidade terapêutica nos casos considerados incuráveis e de penoso sofrimento, e, informações completas à família, nos casos mais dramáticos, em termos que possa entender, etc.¹⁸⁴

O interessante nesse aspecto, é a possibilidade de haver uma total transparência na relação médico-paciente, o que poderá representar um respeito à dignidade do paciente.

O que ocorre hoje é que os médicos começam a fazer relatos mais verdadeiros sobre os aspectos dos tratamentos que realizam, de forma a não atingirem a dignidade dos pacientes, e, também essa verdade serve, muitas vezes, de alento e esperança, pois ela é feita de forma sincera e com bondade.

A saúde e as liberdades individuais representam, num estado democrático de direito, os bens mais fundamentais. A luta em favor da saúde e do bem-estar é uma obrigação moral que se deve impor ao Poder Público.

Ao abordar o enfoque da Responsabilidade Civil Médica, iremos apresentar alguns conceitos e noções sobre a Responsabilidade, sobre a Responsabilidade Civil, e, finalizando a conceituação e noções de Responsabilidade Civil Médica.

De Plácido e Silva em sua obra Vocabulário Jurídico, nos conceitua a Responsabilidade da seguinte maneira:

¹⁸⁴ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 14-15.

RESPONSABILIDADE. Forma-se o vocábulo de *responsável*, de *responder*, do latim *respondere*, tomado na significação de *responsabilizar-se*, *vir garantido*, *assegurar*, *assumir o pagamento do que se obrigou* ou *do ato que praticou*. Em sentido geral, pois, *responsabilidade* exprime a *obrigação de responder por alguma coisa*. Quer significar, assim, a *obrigação de satisfazer* ou *executar o ato jurídico*, que se tenha convencionado, ou a *obrigação de satisfazer a prestação* ou *de cumprir o fato* atribuídos ou imputados à pessoa por determinação legal. A responsabilidade, portanto, em ampla significação, revela o *dever jurídico*, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para *satisfazer a prestação convencionada* ou para *suportar as sanções legais*, que lhe são impostas.¹⁸⁵

E, também De Plácido e Silva nos apresenta a conceituação de Responsabilidade Civil, assim:

RESPONSABILIDADE CIVIL. É a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à *responsabilidade criminal* ou *penal*. Designa a *obrigação de reparar o dano* ou *de ressarcir o dano*, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da *ofensa* ou da *violação do direito*, que redundam em dano ou prejuízo a outrem. Pode ter como causa a própria *ação* ou *ato ilícito*, como, também, o *fato ilícito de outrem*, por quem, em virtude de regra legal, *se responde* ou *se é responsável*.¹⁸⁶

Gonçalves, em obra mais moderna, sobre a responsabilidade civil, assim se manifesta:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.¹⁸⁷

¹⁸⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. IV. p. 125

¹⁸⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. IV. p. 125

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19

Ao se falar em reparação de danos, é importante, também, termos uma definição. Cavalieri Filho diz que “não temos uma definição legal de dano, sendo esta, a razão da grande proliferação de conceitos e modalidades de danos.”¹⁸⁸

Apesar da proliferação referida, o autor apresenta a sua ótica sobre o dano, nos seguintes dizeres:

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁸⁹

Tanto De Plácido e Silva como Diniz, referem que a Responsabilidade Civil é a necessidade da reparação de dano, quer seja moral ou patrimonial, causado a outrem, pela própria pessoa ou por alguém que ela responde.

O direito à reparação, portanto, pressupõe que tenha havido dano causado por uma pessoa a outrem ou por alguém ou alguma coisa por quem essa pessoa responda. Há, portanto, alguns pressupostos que deverão ser observados para que se configure o dano.

Nesse sentido, Queiroz, nos apresenta a seguinte enunciação de pressupostos para a configuração e reparação do dano:

Não seria possível atribuir-se a reparação de um dano a alguém se entre a violação do dever jurídico – a conduta – e o dano não existisse uma relação de causalidade. O que significa dizer que, para que haja a responsabilização pela prática de um ato ilícito, é

¹⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

necessária a configuração de relação de causa e efeito entre a violação do dever jurídico e o dano.¹⁹⁰

Cavaliere Filho, sobre nexos causal e dano, leciona que:

... provados o dano e o nexo causal, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal – caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.¹⁹¹

No mesmo sentido, porém com algumas diferenças, Rodrigues apresenta os pressupostos da responsabilidade civil, que nada mais são que os elencados no art. 186 do Código Civil: “A) ação ou omissão do agente; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima.”¹⁹²

Rodrigues, na seqüência dissecou os pressupostos apresentados, da seguinte forma:

A) Ação ou omissão do agente – A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.

B) Culpa do agente – O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo. A lei declara que, se alguém causou prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão *voluntária, negligência* ou *imprudência*, fica obrigado a reparar. De modo que, nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracteriza, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposos.

¹⁹⁰ QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, P. 131.

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

¹⁹² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. IV. p. 14

C) Relação de causalidade – para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.

D) Dano experimentado pela vítima – Finalmente, como foi visto, a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano, pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém.¹⁹³

Monteiro Filho ao referir que o direito objetivo autoriza a defesa da personalidade, se manifesta dizendo que “todos os direitos da personalidade são, por assim dizer, projeções do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” e que o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal prevê norma genérica de proteção à esses direitos.¹⁹⁴

Monteiro Filho, ao referir os direitos da personalidade, observa classificação feita por Rubens Limongi França, e que a sua defesa (da personalidade) se dá, em primeiro lugar, através do direito à integridade física (direito sobre o próprio corpo – **transfusão de sangue**); em segundo lugar, através do direito à integridade intelectual (**liberdade de pensamento**), e, por fim, através do direito à integridade moral (**liberdade** civil, política e **religiosa**).¹⁹⁵

Gonçalves, ao lecionar sobre a proteção aos direitos da personalidade, refere que o respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, e, assevera que o próprio art. 12 do Código Civil, determina a possibilidade de exigir a cessação de ameaça ou lesão a direito da personalidade, sob pena de possibilitar a reclamação de perdas e danos, assim como outras sanções previstas em lei. Tais sanções podem ser de natureza preventiva cautelar,

¹⁹³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. IV. p. 14-18

¹⁹⁴ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros [et al]. **Comentários ao novo código civil: das pessoas** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 136.

¹⁹⁵ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros [et al]. **Comentários ao novo código civil: das pessoas** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 137 e 138.

ajuizando-se em seguida a ação principal, destinada a evitar a concretização da ameaça de lesão.¹⁹⁶

A doutrina de modo geral, considera a atividade do médico como uma obrigação de *meio*, e, em poucos casos como uma obrigação de *resultado*. Dessa forma, entendem os doutrinadores que a responsabilidade civil médica é, portanto, uma responsabilidade contratual.

Sobre essa diferenciação, Rodrigues assim se manifesta, primeiramente sobre a atividade como obrigação de meio, como sendo aquela em que o médico compromete-se em tratar o paciente com zelo, diligência e carinho adequados, não estando, portanto, obrigado a curar o doente.

E, sobre a atividade como obrigações de resultado, entende que:

Já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião é uma obrigação de *resultado* e não de *meio*. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir um resultado, mas que obtenha resultado em si.¹⁹⁷

Gonçalves, ao manifestar-se sobre a responsabilidade civil médica, refere que não se pode negar que há a formação de um autêntico contrato entre paciente e médico, quando da prestação do serviço. Ressalta ele, que a obrigação assumida pelos médicos, e, em regra, de meio e não de resultado. Em face dessa peculiaridade, somente poderão ser responsabilizados civilmente

¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. IV. p. 252.

quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, imperícia ou negligência.¹⁹⁸

Abordando especificamente a questão da responsabilidade civil do médico, Silvio Rodrigues apresenta julgado do Tribunal de São Paulo nos seguintes termos:

Em se tratando de médico, age ele com culpa e está obrigado a ressarcir o dano se, sem o consentimento espontâneo do cliente, submete-o a tratamento do qual lhe advêm seqüelas danosas. Se o doente é menor ou insano, esse consentimento terá que vir de seus pais ou responsáveis. E age, ainda, com culpa grave, quando submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso.¹⁹⁹

Sobre a necessidade de consentimento, Gonçalves refere o art. 15 do Código Civil, que declara que ninguém poderá ser constrangido e submetido, se houver risco de vida, a qualquer tratamento médico. Entende ele que o referido artigo é importante direito da personalidade. A regra em análise obriga aos médicos, em casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente. Este tem a prerrogativa de recusar receber qualquer tratamento perigoso. A finalidade da regra é a proteção da inviolabilidade do corpo humano.²⁰⁰

Aliás, em se tratando de pacientes menores, uma questão que gera grande conflito, é saber se há direito de os pais recusarem a transfusão em seus filhos.

Nesse sentido, Vieira, nos transmite que os pais, “representantes legais dos filhos menores”, querem ter sua crença respeitada também nos casos em que estes se submetem a tratamento, pesando os benefícios e os riscos do

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265, 266.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. IV, p. 254

²⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 201.

tratamento recomendado pelos médicos. Assevera, ainda, que, “sob o prisma legal, aquele que ainda não atingiu a maioridade para os casos envolvendo sua saúde, ainda estão sob o pátrio poder, cabendo a decisão sobre a transfusão de sangue aos pais”.²⁰¹

E, Vieira, conclui seu posicionamento sobre a questão dos pacientes menores, dizendo:

No tocante ao paciente menor, filho de Testemunha de Jeová, a nosso ver, diante do caso concreto, deve o médico analisar a possibilidade de efetuar outro tratamento alternativo no paciente diverso da transfusão sangüínea. Em não havendo outra possibilidade ao seu alcance, deverá comunicar o fato da recusa dos pais ao Juiz ou ao Ministério Público, solicitando urgência na solução do caso. Se o menor for ainda criança não conscientizada, em não havendo tempo hábil para a consulta ao Judiciário, deverá o médico transfundir, caso seja esta a única solução apresentada para salvar sua vida.²⁰²

O médico, portanto, não tendo forçado o paciente a qualquer procedimento, ou seja, houve a aplicação por decisão conjunta, médico/paciente, e, sendo a sua obrigação de meio, não deverá sofrer qualquer tipo de ação processual. Nessa esteira, nos ensina Matielo:

Provando que foi diligente, que observou todas as regras técnicas da profissão e as recomendações ditadas pela experiência comum, estará o médico afastado da possibilidade de sofrer reprimendas civis ou penais, porque dele nada mais se exige, sendo de meios a obrigação, que atue em conformidade com a moléstia do paciente e promova a adequação do tratamento ao quadro clínico vislumbrado.²⁰³

²⁰¹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue.** Umuarama-PR. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. V. 6, N. 2, p. 229-230.

²⁰² VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue.** Umuarama-PR. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. V. 6, N. 2, p. 232.

²⁰³ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 54

Quando o médico age sem respeitar a autonomia do paciente, ou seja, ele não observa o pressuposto do consentimento esclarecido, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção, ao passo que, em se observando a autodeterminação do enfermo, haverá uma repartição do risco.

Para que a relação médico-paciente seja ética e juridicamente legítima, é necessário que exista, como fundamento, a autonomia do paciente.

O art. 5º, inciso XIV, que trata do dever de informação, assegura aos pacientes o direito de que saibam o que se passa com eles, e, aí, também se objetiva o direito de consentimento.

Kfoury Neto ao abordar o dano médico, subdividiu-o em dois: o dano estético e o dano moral. Sobre o dano moral que para o presente trabalho é que interessa, manifestou-se da seguinte forma:

Nos dias que correm, nenhuma dúvida há quanto à plena possibilidade de se compensar o dano moral, ou seja, o dano decorrente da 'privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos' (...) 'dano que afeta a parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade, etc); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.). Também esses danos podem originar-se de ato culposos do médico, acarretando o dever de compensação.²⁰⁴

Sobre as anotações apresentadas, entendemos que a transfusão de sangue, a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa, segundo R. Limongi França, citado por Diniz, são partes integrantes do direito da personalidade e devem ser defendidos. Aliás, Diniz, ensina que, conforme preceitua o art. 12 do Código Civil, é possível propor ação para a cessação de ameaça ou lesão a direito da personalidade, podendo, ainda requerer-se perdas e danos.

²⁰⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 87

Na questão da responsabilidade civil do médico, Rodrigues e Diniz, dividem a obrigação contratual médico/paciente em obrigação de meio, aquela em que o médico deve praticar o seu ofício e sua arte amparado em seu conhecimento, buscando todos os meios de atingir seu objetivo, ou seja, curar o paciente, porém sem responsabilização se esse não for alcançado, e, obrigação de resultado, que é a que o médico se obriga pelo resultado em si, ou seja, o de alcançar a finalidade objetiva, como por exemplo, a correção estética.

Tanto Rodrigues, como Diniz, e, também Matielo, entendem que o médico deverá abster-se de forçar o paciente a aceitar qualquer tratamento médico, devendo aplicar suas técnicas somente se houver a prévia concordância, que pode ser expressa ou tácita, do paciente. Esse procedimento, pode isentá-lo de qualquer procedimento judicial, isso se sua obrigação for de meio.

3.4 – AS ESPECIFICIDADES DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

O objetivo aqui é considerar a realidade médica e jurídica em relação à transfusão sangüínea, bem como considerar os aspectos filosóficos e religiosos do pacientes Testemunhas de Jeová.

Iremos, na medida do possível, analisar os aspectos do exercício médico e suas conseqüências legais nessa situação.

Nesta seara, o dilema médico é crucial: impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas e, ao proceder à transfusão, contra a vontade expressa do paciente, além de desrespeitar a autonomia deste, ainda sujeitar-se-ia à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo do assistido sem o indispensável consentimento.²⁰⁵

²⁰⁵ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica.** São Paulo: Atals, 2011, p. 151.

A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao próprio indivíduo, e a lei penal prevê essa situação no art. 132, onde se verifica que a preocupação do legislador foi no sentido de preservar a vida e a saúde da pessoa humana, pois a mera exposição de tais bens jurídicos ao perigo já é considerado crime.

A norma estabelece como criminosa a conduta positiva do autor de expor a vida ou a saúde de alguém a perigo, ou seja, quando há uma ação propriamente dita (crime comissivo). Pode, porém, ser possível que a conduta criminosa seja praticada quando o autor deveria evitar um resultado lesivo e não o faz (crime omissivo).

Observa-se que ocupa posição privilegiada o direito à vida, pois, sua existência é pressuposto para a fruição de todos os demais direitos, inclusive aqueles elencados no rol contido nos direitos da personalidade.

Barros Júnior, ainda assevera que:

Deve-se enfatizar, ainda, o aspecto da indisponibilidade do direito à vida, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito a ela e não um direito sobre ela. O homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão específica na sociedade.²⁰⁶

Genival Veloso de França, em contraposição ao posicionamento acima, informa que:

Por outro lado, há outra corrente que admite ser a liberdade o primeiro princípio na hierarquia dos direitos fundamentais. Chegam mesmo a dizer que entre o direito à vida e o direito à liberdade, a escolha é do titular desses direitos. Sendo assim, teria o paciente o direito de aceitar ou não um tratamento por imperativo religioso, mesmo que ele fosse o único meio de salvar-lhe a vida, pois isto

²⁰⁶ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atals, 2011, p. 152.

estaria constitucionalmente consagrado (incisos VI e X do artigo 5o), em respeito à liberdade de consciência e de crença.²⁰⁷

Observa-se das anotações acima que cabe à pessoa humana o direito de defender sua personalidade, e, entre estas, está, a questão da transfusão de sangue, que no caso das Testemunhas de Jeová é a negativa de lhe ser imposto tal procedimento, pois o mesmo ofende a sua integridade física, e, havendo a imposição desse ato, a sua integridade moral é que estará sendo ofendida, pois, dessa forma haverá a agressão às suas convicções religiosas.

Soriano, assim apresenta a situação específica das Testemunhas de Jeová em relação à transfusão de sangue:

Como se sabe, as Testemunhas de Jeová se opõem à terapia transfusional, por motivos de convicção religiosa. Mesmo em situações de emergência, os fiéis dessa orientação religiosa mantêm as suas convicções, colocando os médicos num dilema terrível. Alguns adeptos chegam ao óbito, por se recusarem a receber essa terapia médica.²⁰⁸

Kfouri Neto reforça esse posicionamento da seguinte forma: “Afirmam os seguidores dessa Igreja Evangélica: ‘É um princípio cristão não consumir sangue – e não há diferença entre consumi-lo por via oral ou intravenosa.’”²⁰⁹

Costa e Fonseca nos informa a base para a negativa em consentir a realização da transfusão, da seguinte forma:

Citam-se quatro passagens bíblicas que justificam, do ponto de vista religioso, a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: Tudo o que se move e possui vida vos servirá de alimento, tudo isso eu vos dou, como vos dei a verdura das plantas.

²⁰⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 214

²⁰⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 117

²⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 158

Mas não comerei a carne com sua alma, isto é, o sangue (Gênesis 9:3-4). Todo homem da casa de Israel ou todo estrangeiro residente entre vós que comer sangue, qualquer que seja a espécie de sangue, voltar-me-ei contra esse que comeu sangue e o exterminarei do meio do seu povo (Levítico 17:10). (...) a vida de toda carne é o sangue, e eu disse aos israelitas: “não comereis o sangue de carne alguma, pois a vida de toda carne é o sangue, e todo aquele que comer será exterminado” (Levítico 17:14). (...) que se abstenham do que está contaminado (...) e do sangue (Atos dos Apóstolos. 15:20).²¹⁰

A autora conclui dizendo que: “não cabe julgar se essa é ou não a boa interpretação do texto bíblico. O fato é que ele é interpretado de tal modo por Testemunhas de Jeová, que recusam transfusões de sangue”.²¹¹

Porém os adeptos dessa religião, apesar da recusa de terapia transfusional, não recusam tratamento médico em geral. Souza e Moraes, sobre esse aspecto, entendem tratar-se de um posicionamento em vista de consciência religiosa, pois as Testemunhas de Jeová, apesar da recusa da transfusão de sangue, não recusam tratamento médico. Entendem, também que a autonomia do paciente deve ser estendida aos seus valores religiosos, e, mesmo os profissionais de saúde, “a despeito dos melhores e mais sinceros interesses”, não podem desconsiderar ou minimizar essa autonomia. Complementam no sentido de que se os profissionais de saúde agirem nos limites da ética médica, e, tratarem esses pacientes respeitando-lhes suas crenças religiosas, acabarão por verificar que “os valores religiosos podem ser uma força positiva para o conforto e recuperação do paciente se ele estiver seguro de que seus valores serão respeitados.”²¹²

Em artigo publicado na Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, o médico pediatra e anestesista, Jadir de Mattos e as advogadas Kátia Rejane Stürmer e Joselaine da Costa, referem que os Testemunhas de Jeová,

²¹⁰ COSTA E FONSECA, Ana Carolina. **Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.19 n. 2, 2011, p. 492-493.

²¹¹ COSTA E FONSECA, Ana Carolina. **Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.19 n. 2, 2011, p. 493.

²¹² SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.6 n. 1, 1998.

“não aceitam a transfusão sangüínea baseados em trechos do Antigo Testamento, interpretando a transfusão como similar ao ato de comer sangue.”²¹³

Bonoto e Monteiro referem que a situação de religiosos partícipes das Testemunhas de Jeová, em relação à transfusão de sangue, é, ainda, pouco debatida. Asseveram, ainda, apesar da existência de outros meios mais modernos de assegurar a vida, a “medicina” tem se utilizado das vias judiciais para garantir a realização da transfusão sangüínea negada pelo paciente, sob a alegação da manutenção da vida como bem maior do homem. E, complementam, informando que:

O que ocorre nesses casos é uma colisão entre o direito à vida e o direito à dignidade, causando crise ao aplicador jurídico, posto direitos fundamentais da pessoa humana. [...] A nosso ver, a questão não pode ser reduzida, ..., ao direito à liberdade de crença em confronto com o direito à vida, mas envolve questões outras, ..., como o princípio da dignidade humana e o confronto deste com o direito à vida e, a partir daí, o direito à dignidade com a liberdade de crença e a colidência de todos esses. [...] A verdade de cada situação concreta deve ser buscada pelo intérprete, que deve encontrar o sentido ou objetivo do que está julgando, conceito que nunca se conforma, mas sempre se reestrutura, conforme a situação que se apresente. [...] Há que se ressaltar que a dignidade da pessoa é algo pessoal e intrínseco, não devendo o intérprete analisar qualquer situação envolvendo pessoas a partir de valores próprios, avaliando a historicidade de cada caso que lhe apresentar, tendo como ponto central os envolvidos, o meio social onde se formaram, para aí sim, decidir. [...] O intérprete deve possuir noção que atuar em favor da dignidade humana requer respeito às diferenças. [...] Não se pode obter um conceito de dignidade da pessoa humana sem analisar questões de pessoalidade, regionalidade e temporalidade.²¹⁴

Soriano aponta, nessa situação de transfusão forçada ou sem o consentimento devido, a ocorrência de um conflito, assim exposto:

²¹³ DE MATTOS, Jadir. STÜRMER, Kátia Rejane. DA COSTA, Joselaine. **Responsabilidade Penal do Médico nos casos de Transfusão de Sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da Seita Testemunhas de Jeová.** São Paulo: Revista de Direito Sanitário, Universidade de São Paulo. V. 6 n. 1/2/3, 2005, p. 134.

²¹⁴ BONOTO, Alexandre. MONTEIRO, Alex Martins. **Dignidade do ser humano, liberdade religiosa e respeito à personalidade.** Rio de Janeiro: Revista Legis Augustus, v. 4, n. 1, 2013, p. 52-68.

Ocorre, nessas situações, um conflito entre dois valores ou direitos tutelados pela CF/88, *verbi gratia*, a liberdade religiosa e o direito à vida. [...] Quando a terapia transfusional é imprescindível, há, sem dúvida alguma, uma colisão de dois direitos, ou seja, o direito à vida com o direito à liberdade religiosa.²¹⁵

Esse conflito gerado, ou seja, a colisão dos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa serão abordados, através de enfoque doutrinário no próximo capítulo.

4 – COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Neste capítulo final será abordada a colisão dos princípios do direito à vida e do direito à liberdade religiosa. Será apresentado o enfoque doutrinário sobre o assunto, bem como se apresentará a questão vista pelos tribunais, e, ao final, se apresentará as possíveis soluções para o conflito.

A colisão de direitos fundamentais dá-se a partir de seu exercício, havendo confronto entre si ou entre outros bens jurídicos protegidos pela Carta Ápice.²¹⁶

Para a abordagem do tema, deve-se ter em mente que o acesso amplo ao Poder Judiciário se dá através do Direito de Ação, e, sobre esse aspecto, Tartuce, assim se manifesta:

²¹⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 118-120.

²¹⁶ DE MATTOS, Jadir. STÜRMER, Kátia Rejane. DA COSTA, Joselaine. **Responsabilidade Penal do Médico nos casos de Transfusão de Sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da Seita Testemunhas de Jeová**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, Universidade de São Paulo. V. 6 n. 1/2/3, 2005, p. 146.

Pelo princípio formal da igualdade de jurisdição, todos se submetem igualmente ao poder jurisdicional do Estado e todos têm igual acesso a ele.²¹⁷

E ela complementa seu pensamento sobre o acesso ao Poder Judiciário dizendo que:

A perspectiva do acesso à ordem jurídica justa decorre da preocupação com a representação legal destinando-se a efetivar os direitos de indivíduos e grupos que por longo tempo foram “privados dos benefícios de uma justiça igualitária.”²¹⁸

O direito ordinário impõe que se dê atenção às raízes da norma constitucional interpretada, pois é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, e, estabelece seus princípios básicos, que fixa os direitos fundamentais. Por esse motivo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente terão validade se forem compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a aplicação e a interpretação delas deverá se dar de forma que os resultados não sejam somente compatíveis com os princípios da Constituição, mas que realmente representem a concretização dos valores constitucionais. As normas da legislação infraconstitucional exercem, em muitos casos, a função de concretização e de harmonização dos direitos fundamentais. Não raro, há a impossibilidade de assegurar-se convivência plena e simultânea entre o direito, por exemplo à vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, ou ainda, a proibição de censura e o direito à qualidade da educação e assim por diante. Esses são apenas exemplos das várias possibilidades de fenômenos de

²¹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 82.

²¹⁸ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

tensão que poderão existir entre os direitos fundamentais, e, que podem causar as chamadas colisões ou conflitos de direitos.²¹⁹

Para que se chegue às possíveis soluções para os conflitos, necessário é que o julgador faça a interpretação e aplicação justa e correta do texto constitucional, e ou, legal.

Interpretar, é pois, extrair de um texto, o seu significado. Assevera Celso Ribeiro Bastos, que:

A interpretação faz o caminho inverso daquele feito pelo legislador. Do abstrato procura chegar a preceituações mais concretas, o que só é factível procurando extrair o exato significado da norma.²²⁰

Para que haja a finalização do ato de interpretação, é necessário que haja a efetiva aplicação do texto interpretado. O direito, constitucional ou não, é produzido para surtir efeitos práticos, e, isso só irá ocorrer com a sua eficiente aplicação.

Vamos, pois analisar os enfoques doutrinários relativos às colisões entre princípios ou direitos fundamentais.

4.1 – ENFOQUE DOUTRINÁRIO

A colisão entre princípios, ensina Alexy, ocorre tendo em vista que os princípios em regra geral possuem pesos diferentes, e, que, portanto, a solução para essa colisão deverá dar-se na dimensão do peso. O conflito deve ser

²¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995. In: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/PDF> – 15494-15394-1-PB.pdf acesso em 10.05.2015

²²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 347.

resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios.²²¹

Prescreve o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida, à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (grifo nosso).

O inciso VI do mesmo art. 5º diz 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 colisão de princípios ou direitos fundamentais, ocorre quando dois ou mais princípios podem ser utilizados para solução de determinado caso concreto, vez que ambos estão estatuídos na Constituição, e, acabam por apresentar soluções antagônicas, obrigando o julgador a escolher entre a preponderância de um frente ao detrimento de outro.

Sobre o exercício desses princípios fundamentais e a colisão, Farias, entende, que: “No exercício dos direitos fundamentais, poderá suceder que um direito se choque com outro igualmente fundamental, situação que se denomina tecnicamente de *colisão de direitos fundamentais*.”²²²

Ao lecionar sobre a limitação dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, assevera que “O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.”²²³

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93, 94, 95.

²²² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 17

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 33.

Ao aprofundar sobre conflito de direitos individuais, Mendes refere que “Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares.”²²⁴

Mendes vai além, e, identifica duas formas possíveis de colisão, que são em sentido estrito ou em sentido amplo. Para nosso estudo interessam as colisões em sentido estrito, que são as colisões que envolvem direitos fundamentais.

Mendes refere ainda, que há quatro tipos de colisão em sentido estrito, dentre as quais, a que nos interessa é, a por ele referida como sendo “colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito”. Ele então explicita essa colisão como sendo:

Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa.²²⁵

A negativa da realização da transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, apresenta uma aparente colisão dos preceitos fundamentais do direito à vida e de outra parte a liberdade religiosa. Mendes, então, sobre a questão da colisão faz a seguinte observação, e, na seqüência questiona:

Questão embaraçosa refere-se ao direito ou bem que há de prevalecer no caso de colisão autêntica. [...] Ou seria legítima a recusa de um pai em autorizar que se faça transfusão de sangue em um filho com base em convicção religiosa?²²⁶

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 84.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 86.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 87.

A esse questionamento, se tentará dar uma resposta, amparada nessa pesquisa doutrinária, ao final do presente capítulo, especificamente no item designado de “possíveis soluções”.

Para Farias, muitas vezes o conteúdo dos direitos fundamentais, por ser aberto e variável, acaba sendo revelado apenas em casos concretos ou nas relações diretas desses direitos fundamentais, ou, na relação destes com outros valores constitucionais. E, para ele, isso resulta, então: “que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente.”²²⁷

E, Farias amplia sua visão da colisão dos direitos fundamentais, com a seguinte observação:

Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) ‘quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular’.²²⁸

Espíndola entende que a colisão entre princípios, é, “uma antinomia imprópria”, sendo que essa colisão “não conduz à exclusão da ordem jurídica de nenhum dos princípios conflitantes”, ou seja, há somente o afastamento do princípio colidente, em função da análise em concreto, devendo essa análise ser realizada pelo “peso” e pela “importância” dos referidos princípios.²²⁹

Barroso, entendendo que os princípios possuem, normalmente, “uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante”, eles indicam a direção a ser adotada. Já a colisão de princípios, para ele, “não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético.” E complementa dizendo que deve haver o reconhecimento aos princípios de uma dimensão de

²²⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 93

²²⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 93

²²⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 69-70.

peso ou importância, sendo que “à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas.”²³⁰

Este tipo de colisão, entre dois direitos fundamentais tutelados na Constituição Federal, é a que nos interessa para o presente trabalho, ou seja, a colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

O direito à vida e o direito à liberdade religiosa serão revistos, agora, especificamente para a análise da colidência entre eles.

Gilmar Mendes, entende que o direito à vida é pressuposto para o exercício dos demais direitos. Sobre essa ótica, ele assim se refere: “tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos”.²³¹

O direito à vida é assim visto por Loureiro:

O primeiro de todos os direitos naturais do homem é o direito à vida, ao qual se vinculam o direito de nascer e, ao longo de toda a existência, o de viver com dignidade. A vida constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos, por isso, a Constituição brasileira erigiu a vida como fonte primária dos direitos fundamentais e, no seu contexto, insere-se o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.²³²

Para Moraes, o direito à vida, é protegido pela nossa Constituição de forma geral, porém não de forma absoluta. Sobre esse aspecto, ele assim observou:

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais Direitos

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 355

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 87.

²³² LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

Fundamentais, de maneira não absoluta, pois como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, “reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º, XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX.”²³³

Já a liberdade religiosa, na ótica de Weingartner Neto, é assim descrita: “Em síntese, a liberdade religiosa consagra-se como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa.”²³⁴

Tendo em mente as conceituações acima, verifica-se que um indivíduo, adepto da religião, Testemunhas de Jeová, amparado na liberdade religiosa pode negar-se a receber a transfusão sangüínea, porém, essa negativa irá contrariar o direito à vida, principalmente quanto ao dever do médico em prestar-lhe socorro, e, também quanto ao Estado que tem o dever de olvidar esforços para manter-lhe a vida.

Quando isso ocorre, há a colidência dos dois princípios citados, e, Soriano assim exprime a sua posição:

A questão é muito controversa. No entanto, imperioso se torna observar a determinação da CF/88 de que *‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’*; art. 5º, inciso II. Por outro lado, existe o dever legal do médico de prestar socorro.²³⁵

Dos enunciados acima, depreende-se que o direito à vida, e isso é avaliação da maioria dos doutrinadores, é o maior de todos os direitos fundamentais, pois sem ele não há que se falar em outros direitos fundamentais.

²³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

²³⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

²³⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 119

Já o direito à liberdade religiosa é um direito natural, advindo do direito de consciência, ou seja, pode e deve ser respeitado.

Mas de que forma pode ser solucionada a colisão havida entre eles quando da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

Willeman, analisando o caso concreto da colisão do direito à vida frente ao direito de liberdade religiosa, faz registro importante explicando que não existe norma constitucional expressa que regule a obrigatoriedade da transfusão de sangue no Brasil.²³⁶

E ele conclui que, apesar de não haver norma legal que permita objeção à transfusão de sangue com fundamento em crença religiosa, ao analisar a Resolução CFM nº 1021/80, assevera que somente haverá dois caminhos a serem trilhados para a solução do problema:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.²³⁷

Vejamos qual a visão do assunto perante os Tribunais.

4.2 – A QUESTÃO VISTA PELOS TRIBUNAIS

²³⁶ WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana – o caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ. V. 13 n. 50, 2010, p. 159, 160.

²³⁷ WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana – o caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ. V. 13 n. 50, 2010, p. 163, 164.

A questão da colisão de direitos fundamentais, especificamente, o direito à vida frente ao direito de liberdade religiosa, através de pesquisa há alguns acórdãos dos Tribunais de Justiça, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, demonstraram em sua grande maioria, que o direito à vida deve sobrepor-se ao direito à liberdade religiosa, pois aquele é o bem maior e, sem o qual não há que se falar em outros direitos.

Na obra, Responsabilidade Civil do Médico, Kfoury Neto, apresenta acórdão da lavra do Juiz Marrey Neto, do TACrimSP que assim decidiu sobre a colisão:

A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, egoisticamente, e a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais, na expressão literal de seu texto, 'a perigo direto e iminente' (...) Uma vez comprovado efetivo perigo de vida para vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue.²³⁸

No Estado de São Paulo, no ano de 2003, o Desembargador Boris Kauffmann, integrante da Sexta Câmara do Tribunal, em seu voto em um acórdão em uma apelação que era movida por M. A. P., testemunha de Jeová, contra a Santa Casa de Misericórdia de Limeira, e, havia em 1999 obtido em primeiro grau a expedição de uma medida liminar para que pudesse realizar a transfusão de sangue, se manifestou no sentido de negar provimento ao recurso e declarar que a decisão de primeira instância estava correta e não merecia o menor reparo.

Utilizou-se, em sua decisão, de outro julgado do próprio TJSP, em que o acórdão admitiu "a desnecessidade de obtenção de autorização para a transfusão de sangue em 'Testemunhas de Jeová', pois havendo iminente perigo de vida, a terapêutica recusada deverá ser realizada independente da vontade do paciente".

No final de seu voto o Desembargador Kauffman refere a Resolução nº 1021 de 26 de setembro de 1980 do Conselho Federal de Medicina, que

²³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 159

determina, que: “Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta ... 2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.”

Também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em outro acórdão, julgado no ano de 2003, o Desembargador Maia da Cunha, se manifestou sobre o assunto, alegando que as proibições constantes da legislação civil e da própria ética médica objetivam primeiramente resguardar o respeito à vontade do paciente, quando não houver iminente risco de vida, e, concluiu, que, inevitavelmente, a vida como bem supremo, prepondera sobre a liberdade religiosa ou sobre qualquer outro direito individual dos cidadãos.

O Desembargador Flávio Pinheiro, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, em outro acórdão, julgado no ano de 2002, sobre o tema da Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová, se manifestou no sentido de que, apesar de haver segurança constitucional às convicções religiosas, entende que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo ou religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida. Referiu, ainda, que seu entendimento é de que o direito à vida é o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, e, portanto, os demais direitos individuais dependem de sua existência.

Observa-se, portanto, dessa decisão, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, posiciona-se no sentido de atender ao preceito de liberdade religiosa quando não houver iminente perigo de vida, e, quando esse perigo está presente a decisão é em favor do direito à vida, independente de ser o paciente maior ou menor de idade.

No Estado de Minas Gerais, encontra-se um acórdão lavrado em agosto de 2007, em que o relator Desembargador Alberto Vilas Boas, manifestou-se no sentido de dar provimento ao agravo impetrado por A. L. C. S. contra o Ministério Público, que através de ação civil pública buscava provimento jurisdicional ao

Hospital de Clínicas de Uberaba para que procedesse a transfusão sanguínea em paciente, Testemunha de Jeová, em tratamento quimioterápico.

Em parte de sua manifestação, o Desembargador Vilas Boas, refere que a vida humana é um bem jurídico que não pode ser desprezado e é tratado como direito fundamental, mesmo porque precede o exercício de qualquer outro direito, haja vista a tutela recebida no âmbito penal.

Dentro do contexto da situação, o Desembargador relata que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida.

Por fim o Desembargador refere que o recorrente encontra-se em alta hospitalar, ou seja, não corre risco iminente de vida, bem como não há preceito normativo algum que o obrigue a retornar ao tratamento quimioterápico se houver a perspectiva de ocorrer a transfusão sanguínea.

E em sua manifestação decisória o Desembargador manifestou-se dizendo tratar-se de pessoa que possui condições de discernir os efeitos de sua conduta, e, portanto, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento clínico, como exposto na petição recursal.

Depreende-se deste julgado, que o adepto da religião, Testemunhas de Jeová, não estava em risco iminente de vida, motivo pelo qual o relator, bem como os demais julgadores, optaram pelo direito à liberdade religiosa.

No Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontrados dois acórdãos que tratam do assunto da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

O primeiro deles, exarado em 2007, pela Quinta Câmara Cível, onde, participaram do julgamento, os Desembargadores Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Paulo Sérgio Scarparo e Umberto Guaspari Sudbrack, sendo este último o relator. Trata o acórdão de apelação impetrada pelo Hospital Cristo Redentor S/A contra

decisão de primeiro grau que indeferiu liminar no sentido de efetuar-se transfusão à paciente D. E. M., tendo, o juiz a quo, se manifestado no seguinte sentido: “Se há necessidade médica do procedimento pretendido, transfusão de sangue, pena de risco de morte à requerida, deve o profissional responsável deliberar sobre a efetiva necessidade de adotar ou não o procedimento, não cabendo ao judiciário substituir tal função.”

A Quinta Câmara, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

O revisor da decisão, Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, sobre os motivos da manutenção da decisão do juízo de primeira instância, manifestou-se dizendo que fica claro, que a paciente, neste caso, “é pessoa lúcida, maior de idade, tendo sido amplamente informada sobre suas condições e dos tratamentos indicados, recusando – de forma expressa e escrita – as transfusões de sangue total e de seus componentes primários, bem como tinha o apoio total de seus familiares.

E o relator, Umberto Guaspari Sudbrack, na íntegra de seu voto, apresenta parecer exarado pelo Conselheiro Marco Segre do CREMERSP, sobre a Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová, do qual pinçamos as partes que o próprio relator grifou em seu voto, que assim se exprimem.

“Não existe, para mim, a obrigação de viver – logo, não será omissão de socorro e sim respeito à individualidade do paciente, deixar de transfundir sangue quando ele não queira, procurando-se todos os recursos técnicos e científicos para proteger sua saúde, sem contrariar a sua vontade expressa: entretanto, com relação a crianças, há jurisprudência no sentido de realizar a transfusão, mesmo contrariamente à vontade familiar: magistradas têm emitido mandados em situações de iminente risco de vida para a criança, propiciando até intervenção policial para que a transfusão se realize. Destaque-se, finalizando, que a condição de autonomia do médico lhe permite recusar a participação num tratamento do qual ele discorda profundamente – salvo na ausência de qualquer outro profissional, e, logicamente, em casos de iminente risco de vida.”

E, ainda, amparando-se em trabalho intitulado “A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas”, de autoria de Maria Isabel Dias Miorim Moraes e Zelita da Silva Souza, retirado da Revista Bioética, do Conselho Federal de Medicina de Brasília, o relator assim se manifestou: “De resto, além da norma jurídica aplicável ao caso – o Código de Ética Médica – e da doutrina médica, também os bioeticistas apontam a conduta a ser adotada no caso sob exame: o respeito à autonomia, à liberdade, e, conseqüentemente, à dignidade do paciente.”

O outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi realizado pela Sexta Câmara Cível, sendo relator o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. No acórdão, lavrado no ano de 1995, o Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, diz que “não cabe ao Poder Judiciário, autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores.”

O Desembargador referiu, ainda, que, no caso 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 ou de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos.”

Por fim, o Desembargador asseverou que no caso concreto não se verificava a urgência de efetuar-se o procedimento transfusional, e observou que “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.”

Observa-se, deste julgado, que o entendimento da Sexta Câmara Cível, é de que o Direito à Vida antecede o Direito à Liberdade inclusive a religiosa. E, ainda, que aos médicos e hospitais, importa demonstrarem que se utilizam da ciência e da técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo em casos de divergências quanto ao melhor tratamento. Por fim, fica claro que o entendimento

desta Sexta Câmara Cível, é no sentido de que não cabe ao Judiciário diminuir os riscos da profissão médica ou hospitalar, assim como, se houver a necessidade de salvar a vida de um paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, ou seja, em caso de urgência e perigo iminente de vida, a transfusão sanguínea deverá ser concretizada.

Em um outro julgado, no ano de 2006, em Recurso de Agravo de Instrumento, em que a Testemunha de Jeová solicitava autorização liminar para que pudesse efetuar tratamento fora do seu domicílio, onde haveria a possibilidade de realizar cirurgia cardíaca sem a necessidade de transfusão sanguínea, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, posicionou-se no sentido de conceder a liminar, asseverando que: “O Estado não pode recusar o tratamento fora do domicílio quando este se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio, preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.”

Ao analisar os julgados colacionados, verifica-se que, ainda, a maioria deles é no sentido de proteger o direito à vida, por entender ser o bem mais precioso, e, sem o qual não se pode almejar a proteção de outros direitos fundamentais. Porém, é de se ressaltar que os julgados mais recentes, as manifestações dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores, é no sentido de que, deve se optar pela proteção ao direito de liberdade religiosa, incrustado no direito de consciência e autonomia, principalmente quando houver a possibilidade de técnica alternativa, ou, não houver risco iminente de vida.

Também é de frisar-se, que em todos os julgados, há manifestação expressa dos Senhores Desembargadores, no sentido de que, quando se tratar de menores, a decisão será sempre em defesa do direito à vida.

Diante dessas análises, passa-se a demonstrar as formas de solução do conflito.

4.3 – A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À VIDA

Para Bobbio, “Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante.”²³⁹

E ele complementa seu pensamento informando que:

Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente.²⁴⁰

Como se sabe, as Testemunhas de Jeová se opõem à terapia transfusional, por motivos de convicção religiosa, sendo que, alguns adeptos chegam ao óbito, por se recusarem a essa terapia.²⁴¹

Observa-se, dessa maneira, a existência da colidência entre os dois direitos fundamentais: o da liberdade religiosa através da oposição à transfusão sanguínea, e, o direito à vida quando, em face dessa negativa, chegam ou podem chegar ao óbito.

Como procede o Estado para garantir o equilíbrio quando ocorre colidência de interesses ou de princípios constitucionais, se não pela atuação do Poder Judiciário. E, o Poder Judiciário, onde atuam pessoas (Juízes) com possibilidades de cometerem enganos, toma decisão sempre em favor da lei? Segundo o entendimento de Curi:

²³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1996. p. 42.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1996. p. 42.

²⁴¹ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 116

A decisão é o momento culminante da concretude do direito, vale dizer, da norma vista em dialeticidade. O problema [...] está no fato de que existem divergências interpretativas [...] o que leva à conclusão da possibilidade de decisões contra a lei.²⁴²

E Curi complementa seu pensamento sobre a concretude do direito, a decisão, afirmando que:

Não há, portanto, objetividade no ato de interpretação. Em verdade, todas essas questões exurgem da existência de inevitáveis antinomias, que acabam por revelar uma face de contradição teórica, a constituir falsos dilemas que obstaculizam a compreensão da ciência do direito.²⁴³

Robert Alexy, em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, onde trata das fundamentações das decisões jurídicas, ao falar da aplicação dos princípios para a tomada de decisões, declara que:

Os princípios permitem exceções e podem entrar em conflito ou contradição; eles não tem a pretensão de exclusividade; seu significado real só se desenvolve através de um processo tanto de complementação quanto de limitação recíprocas e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta.²⁴⁴

Aliás, uma das decisões mais recentes em termos de colisão de direitos fundamentais, ocorreu em abril de 2012 no Supremo Tribunal Federal, onde houve o julgamento (decisão) sobre a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, patrocinada pelo então advogado e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal,

²⁴² CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba:JuruáEditora, 2011. p. 16.

²⁴³ CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba:JuruáEditora, 2011. p. 16-17.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo:Landy Editora, 2005. p. 36.

Dr. Luís Roberto Barroso, solicitou parecer do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

O Tribunal, após manifestação do Dr. Luís Roberto Barroso, pela requerente, e, do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, decidiu, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Observemos agora quais são as principais formas possíveis de solucionar essa colisão de direitos fundamentais.

4.4 – AS SOLUÇÕES PARA A COLISÃO DESSES PRINCÍPIOS

O professor, e, hoje Ministro do STF, Teori Albino Zavascki, ao referir os possíveis fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, dos quais se originam as chamadas colisões de direitos, assevera que a “concordância prática” entre os direitos fundamentais, onde eventualmente possa haver tensão, somente poderá ser obtida através das regras de solução estabelecidas ou por via da legislação ordinária ou pela via judicial direta. A primeira forma se dará quando for possível prever as tensões ou conflitos, e, a segunda forma, através da via judicial, se tornará necessária quando não houver regra legislada para solucionar o conflito ou a mesma se mostrar inadequada.²⁴⁵

Refere, ainda, que a solução do conflito deverá se dar mediante a ponderação dos bens e valores concretamente colidentes, de forma a que possa haver a identificação de prevalência entre eles. O que importa, é salientar que qualquer que seja a via utilizada, a solução do conflito entre direitos fundamentais

²⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.64 .

se operará necessária e invariavelmente através da limitação de um em benefício de outro.²⁴⁶

Ao iniciar a abordagem das possíveis soluções para o conflito entre os direitos fundamentais do Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa, apresenta-se manifestação de Alexandre de Moraes, que além de os considerar de elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, entende que os mesmos possuem diversas características, quais sejam: “imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.”²⁴⁷

Dessas características, vamos analisar, de forma rápida, a inalienabilidade, que está transcrita no caput do art. 5º da Constituição Federal, que significa que os direitos humanos não podem ser transferidos; a irrenunciabilidade que significa que os mesmos não podem ser renunciados, tanto que o Direito Penal, prevê sanções para o aborto (arts. 124 a 127, CP), exceção ao aborto necessário, para salvar a gestante, (art. 128, CP), para a instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP); e, a inviolabilidade que significa que eles não podem sofrer qualquer tipo de desrespeito seja por parte de qualquer pessoa ou pelo Estado.

Soriano, ao analisar a possibilidade de harmonia entre esses direitos conflitantes, entendeu que: “A escolha de um implica, obrigatoriamente, na renúncia do outro. Não há como harmonizar ou conciliar os dois direitos conflitantes, sem o sacrifício integral de um dos direitos.”²⁴⁸

Para algumas pessoas, principalmente para os Testemunhas de Jeová, o mais importante, ou o bem mais elevado, é o direito à liberdade religiosa, pois preferem até morrer que renunciar a sua fé.

²⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.64, 65.

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

²⁴⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 116

Para outros, o direito à vida é o mais elevado, pois o entendem como primordial, ou seja, o que dá amparo aos demais. Paulo Gustavo Gonet Branco assim se manifesta sobre o direito à vida:

O direito à vida pode ser visto como o mais primordial e importante direito do ser humano, garantido pela Constituição Federal, vindo em seguida, na ordem, na importância e na preocupação do Constituinte, o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A proteção à vida humana encontra guarida no caput do art. 5. da CF.²⁴⁹

Subentende-se, portanto, que a decisão do conflito de princípios fundamentais dar-se-á na órbita do Poder Judiciário, mas como ela deverá ser analisada ou interpretada?

Moraes entende que o conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos deve-se ao fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos, dentre os quais o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, que podem eventualmente entrarem em rota de colisão. A forma de solucionar possíveis conflitos, dá-se pela compatibilização das normas constitucionais, e, para isso, a doutrina aponta várias regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.²⁵⁰

E Moraes conclui seu ensinamento sobre a forma de solução dos conflitos, asseverando que:

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas. [...] Ressalte-se, contudo, que a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o

²⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MEIRA, Liziane Angelotti. CORREIA NETO, Celso de Barros. **Tributação e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

²⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção.²⁵¹

Para Espíndola, os princípios em colisão “não se excluem de maneira antinômica”, ou seja, nenhum deles irá perder a sua existência jurídica, vigência ou validade. Eles simplesmente serão afastados no caso concreto. Entende, ele, portanto, que “o conflito entre princípios se resolve na dimensão do peso e não da validade.”²⁵²

Já Farias, assim se manifesta sobre a forma de decisão para o conflito:

A colisão será submetida ao *procesus* de *ponderação* ou *proporcionalidade strictu sensu* dos *princípios concorrentes*, em que se investigará a *importância* ou *peso específico* dos mesmos com o escopo de descobrir qual deles terá a preferência nas circunstâncias do caso concreto.²⁵³

E, Barroso, nos traz a definição do significado de proporcionalidade em sentido estrito: “é, a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.”²⁵⁴

Góes, refere que quando argumenta-se com a proporcionalidade, busca-se a igualdade de relações, e, que a proporcionalidade visa à harmonização e tenciona a decisão.²⁵⁵

E, ao analisar a operacionalização do princípio da proporcionalidade em casos de colisão, Góes, assim se manifesta:

²⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

²⁵² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 248.

²⁵³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p.41-42

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 229.

²⁵⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

Equacionar colisão entre princípios é tarefa da proporcionalidade, a qual requer a lei da ponderação para se efetivar. Por isso, a ponderação é limitada pela proporcionalidade, mas registra-se que esta precisa daquela, como uma das peças essenciais da sua engrenagem.²⁵⁶

Por fim, Góes informa que “a ponderação, preliminarmente, não é princípio como a proporcionalidade, mas critério de interpretação constitucional, método que objetiva integrar a proporcionalidade no seu exercício.”²⁵⁷

França, ao analisar a colisão existente entre o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, entende que há duas formas de solucionar o dilema. A primeira é respeitando a vontade do paciente, utilizando-se para isso todos os meios alternativos à terapêutica hemoterápica, e, a segunda, obrigando o paciente a efetuar a indesejada transfusão, se esse for o único recurso para lhe salvar a vida.²⁵⁸

França conclui sua análise, dizendo que:

Entendo que, neste particular, os médicos enfrentem um grande desafio quando têm de salvar uma vida e respeitar um sentimento religioso. Não esquecer, por outro lado, que aqueles adeptos não desejam a morte e nem têm qualquer desabono à medicina, mas apenas resistem tomar sangue por razões dogmáticas. Infelizmente nem sempre é possível conciliar. O médico deve agir porque está amparado no exercício regular de sua profissão e no cumprimento do dever legal.²⁵⁹

²⁵⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100.

²⁵⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100.

²⁵⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 127.

²⁵⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 127.

Verifica-se, portanto, que ambas as soluções possíveis, seriam amparadas de modo a haver a renunciabilidade de um dos dois direitos, porém, no dizer de Moraes, ambos os direitos são inalienáveis, invioláveis e irrenunciáveis.²⁶⁰

²⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

CONCLUSÕES

Sob título de: “O princípio da dignidade da pessoa humana: o direito à vida e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença religiosa, colisão de direitos fundamentais.”, se buscou a análise doutrinária dos princípios constitucionais de forma ampla, e, de forma mais específica, os princípios fundamentais da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, bem como de forma específica o princípio da liberdade religiosa.

Buscou-se abordar o enfoque doutrinário sobre a colisão dos princípios fundamentais, e, de forma específica a colisão entre os princípios do direito à vida e da liberdade religiosa. Aspectos doutrinários sobre essa colisão. Essa colisão especificamente, e, como a questão é vista pelos tribunais, através de algumas decisões contraditórias pelos Tribunais de Justiça de alguns Estados.

As formas para solução do conflito. Os princípios fundamentais da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa, são claramente aspectos constitucionais que são de interesse tanto do sistema Jurisdicional como da Democracia em si. A análise do conflito, existente entre eles, em casos concretos, revelam o interesse de relevância acadêmica, científica e social.

O ser humano, no Brasil, busca a efetivação dos seus direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais os que especificamente nos propusemos a analisar, quais sejam o direito à igualdade, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, todos atraídos pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Entendeu-se que a *dignidade da pessoa humana* é o elemento que serve de base e une regras, princípios e valores que informam a atividade jurisdicional.

O “locus” do problema encontra-se na colisão dos direitos fundamentais do direito à vida e o da liberdade religiosa.

A colisão dos direitos fundamentais é um fenômeno que ocorre, quando dois ou mais princípios poderão ser utilizados para a solução de determinado caso concreto. Quando houver a possibilidade de soluções jurídicas antagônicas no caso *in concreto*, obrigará o julgador a escolher entre a prevalência de um em detrimento de outro.

As dúvidas que se apresentaram foram as formas de solução do conflito na esfera do Poder Judiciário.

Para que se chegue às possíveis soluções para os conflitos, necessário é que o julgador faça a interpretação e aplicação justa e correta do texto constitucional, e ou, legal.

A questão dessa colisão, especificamente, em pesquisa realizada em alguns Tribunais de Justiça Estaduais, nos demonstraram, em sua grande maioria, que o direito à vida deve sobrepor-se ao direito à liberdade religiosa, porém nem sempre a decisão é nesse sentido.

Colacionamos pequenos trechos de decisões que nos indicam e demonstram as possíveis soluções para esse conflito.

1 – Se há necessidade médica do procedimento pretendido, transfusão de sangue, pena de risco de morte à requerida, deve o profissional responsável deliberar sobre a efetiva necessidade de adotar ou não o procedimento, não cabendo ao judiciário substituir tal função.

2 – Tratando-se de pessoa que tem condições de discernir os efeitos de sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento clínico, como exposto na petição recursal.

No presente trabalho de dissertação se buscou demonstrar a colisão do princípio fundamental do direito à vida com o princípio fundamental do direito à liberdade religiosa. Essa situação, de forma objetiva, se dá em relação à negativa dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová, em submeterem-se à transfusão sangüínea.

A negativa dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová se dá, por motivos de convicção religiosa, os quais, amparam essa sua conduta em passagens da Escritura Sagrada, cujos textos desaconselham o consumo de sangue.

Tal negativa, a primeira vista, pode causar reflexo de possível responsabilidade civil ao médico, pois o mesmo não estaria cumprindo com o seu mister, ou seja, o de salvar vidas.

Dessa forma, em análise breve, dessa exposição feita sobre o tema relativo à Colisão de Direitos Fundamentais do Direito à Vida e do Direito à Liberdade Religiosa, vamos fazer o nossa conclusão.

Buscou-se, de modo geral, abordar-se a colisão existente dos Direitos Fundamentais elencados, quando há de forma objetiva a negativa das Testemunhas de Jeová em submeterem-se à terapia transfusional de sangue.

Ao início, conceituou-se princípios, e, abordou-se os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da vida. Observou-se, que para a maioria dos doutrinadores, há uma posição hierárquica dos princípios no ordenamento jurídico, assim como confirmou-se que os mesmos possuem caráter normogénético, ou seja, são eles, os princípios, criadores de normas.

Na sequência, verificou-se que, para a maioria dos doutrinadores, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um valor supremo e uma centralidade que atrai os demais princípios fundamentais do homem.

Com relação ao princípio fundamental da vida, entendem, os doutrinadores, trata-se, do mais fundamental, de todos os direitos, sendo este, não mais de exclusividade do próprio indivíduo, mas de interesse da coletividade, bem como, constitui-se em pré-requisito para os demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, o doutrinador Português, José Joaquim Gomes Canotilho, em seus comentários à Constituição do Brasil, assim se manifesta sobre a Dignidade da Pessoa Humana:

... a doutrina constitucional parte do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana assenta-se em fundamentos ético-filosóficos, sendo ínsita à condição humana, representando um 'princípio supremo no trono da hierarquia das normas'. [...] Importa considerar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional, razão pela qual, para muitos, se justifica a caracterização da dignidade como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica.²⁶¹

Já, no segundo capítulo, abordou-se a liberdade religiosa como um direito fundamental, decorrente da liberdade de consciência e como liberdade de expressão. Delineou-se a sua proteção e a neutralidade do estado como sua garantia. Abordou-se, ainda, os princípios dessa neutralidade, quais sejam, o princípio do laicismo, da não confessionalidade, da cooperação, da solidariedade e da tolerância.

Com relação a esse princípio fundamental da liberdade religiosa, os doutrinadores entendem ser ela parte da liberdade de consciência, e, para que haja efetiva liberdade religiosa deverá haver a prática da tolerância.

Ressaltam, porém, que a liberdade religiosa não é um direito absoluto, pois esse deve encontrar seus limites nos demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Sobre a neutralidade antes referida, como garantia da liberdade religiosa, Jónatas Machado, assim se manifesta:

... a neutralidade do Estado favorece as condições do pluralismo religioso e ideológico. Ela remete para a criação de uma comunidade aberta dos intérpretes da Constituição e de comunidades abertas dos intérpretes dos textos fundacionais das diferentes tradições religiosas e não religiosas, em que diferentes visões do mundo, e as suas ramificações políticas, jurídicas,

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes ... [et al]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124-125.

científicas e culturais, possam ser criticamente examinadas e confrontadas umas com as outras, de forma dialógica e conversacional, na esfera de discurso público. É a criação destas comunidades abertas que fundamenta a não identificação do Estado com esta ou aquela confissão religiosa ou organização ideológica.²⁶²

No terceiro capítulo, abordou-se o fenômeno da transfusão de sangue, buscando-se os enfoques nas áreas médica e jurídica, assim como o enfoque na área da religião e os aspectos da responsabilidade civil médica, e, por fim as especificidades das Testemunhas de Jeová.

Na área da medicina, abordou-se de forma mais legal os procedimentos transfusionais, tais como os benefícios e riscos inerentes à terapia transfusional.

Com relação ao enfoque na área da religião, há o entendimento de que nenhum tratamento deverá ser aplicado ao paciente, sem que haja a devida conscientização deste da importância e benefícios, devendo, de qualquer maneira haver, por parte do paciente, o consentimento esclarecido para a aplicação do tratamento proposto.

Para que um paciente possa decidir sobre se aceita ou não realizar um tratamento médico, ou, uma transfusão sangüínea, é necessário que o mesmo tenha condições de decidir, e, para isso “ele precisa ser corretamente informado das intenções e recomendações de seu médico e ter uma visão clara de como tais recomendações afetam seus próprios valores.”²⁶³

Barros Júnior informa que a relação existente entre médico e paciente deve ser pessoal, íntima e, envolver somente duas pessoas. Deve também ser construída na confiança mútua. Refere, ainda, que quando o médico não respeitar a autonomia do paciente poderá arcar, de forma isolada, com o ônus de sua

²⁶² MACHADO, Jónatas. E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 140.

²⁶³ SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.6 n. 1, p. 90

intervenção, ao passo que, se observar a autonomia do paciente, haverá uma repartição de qualquer risco.²⁶⁴

E, Barros Júnior, complementa seu pensamento sobre o consentimento esclarecido, observando que:

A preservação da vida e da saúde, na propedêutica e no tratamento de enfermidades, com tecnologia cada vez mais sofisticada, vem, paulatinamente, condicionando a disposição do corpo à necessária obtenção do prévio consentimento do interessado, ou de quem o represente, ressalvado, como exceção, apenas o iminente risco de morte. Entretanto, é oportuno dizer que o consentimento, que deve ser esclarecido.²⁶⁵

Em relação ao aspecto da responsabilidade civil médica, o Direito Médico tem profunda importância, pois, de forma inevitável envolve o paciente, o médico, bem como as instituições públicas ou privadas de saúde, conselhos de classe, operadores do Direito e sociedade em geral. Isso tudo sem contar ainda que, lida com os três maiores bens do homem, que são a vida, a integridade física e moral e a saúde. Os profissionais das áreas médica e do direito possuem diversas carências no conhecimento entrelaçado das respectivas áreas. O médico carece de conhecimentos elementares em Direito, mas dele precisa para se proteger e minimizar os riscos de vir a ser condenado, e, ainda, poder ter a perda de parte de seu patrimônio ou ainda, sofrer a privação da sua liberdade. Já o advogado ou os membros do Ministério Público, e, talvez os próprios magistrados possuem dificuldade em emitir pareceres e decisões somente através da sua ótica leiga em medicina.²⁶⁶

Para que haja a caracterização da responsabilidade civil, é necessário que, de forma concomitante, ocorra a conduta do profissional médico de forma a efetivamente causar o prejuízo material, moral ou estético do ofendido, e, ainda,

²⁶⁴ BARROS JÚNIOR, Edmílson de Almeida. **Direito Médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 108.

²⁶⁵ BARROS JÚNIOR, Edmílson de Almeida. **Direito Médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34.

²⁶⁶ BARROS JÚNIOR, Edmílson de Almeida. **Direito Médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44

que haja nexos de causalidade entre conduta-dano bem como também haverá de ter a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia).

Já com relação às especificidades das Testemunhas de Jeová, o objetivo aqui foi considerar a realidade médica e jurídica em relação à transfusão sanguínea, bem como considerar os aspectos filosóficos e religiosos dos pacientes Testemunhas de Jeová.

Na medida do possível, buscou-se analisar os aspectos do exercício médico e suas conseqüências legais nessa situação.

O dilema médico é crucial: impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas e, ao proceder à transfusão, contra a vontade expressa do paciente, além de desrespeitar a autonomia deste, ainda sujeita-se à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo do assistido sem o indispensável consentimento.²⁶⁷

A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao próprio indivíduo, e a lei penal prevê essa situação no art. 132, onde se verifica que a preocupação do legislador foi no sentido de preservar a vida e a saúde da pessoa humana, pois a mera exposição de tais bens jurídicos ao perigo já é considerado crime.

Soriano aponta, nessa situação de transfusão forçada ou sem o consentimento devido, a ocorrência de um conflito, assim exposto:

Ocorre, nessas situações, um conflito entre dois valores ou direitos tutelados pela CF/88, *verbi gratia*, a liberdade religiosa e o direito à vida. [...] Quando a terapia transfusional é imprescindível, há, sem dúvida alguma, uma colisão de dois direitos, ou seja, o direito à vida com o direito à liberdade religiosa.²⁶⁸

²⁶⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atals, 2011, p. 151.

²⁶⁸ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 118-120.

Esse conflito gerado, ou seja, a colisão dos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa foram abordados, através de enfoque doutrinário no capítulo final.

Neste capítulo final foi abordada a colisão dos princípios do direito à vida e do direito à liberdade religiosa. Sendo apresentado o enfoque doutrinário sobre o assunto, bem como se apresentou a questão vista pelos tribunais, e, ao final, se apresentou as possíveis soluções para o conflito.

A colisão de princípios ou direitos fundamentais, ocorre quando dois ou mais princípios podem ser utilizados para solução de determinado caso concreto, vez que ambos estão estatuídos na Constituição, e, acabam por apresentar soluções antagônicas, obrigando o julgador a escolher entre a preponderância de um frente ao detrimento de outro.

A questão da colisão de direitos fundamentais, especificamente, o direito à vida frente ao direito de liberdade religiosa, na visão dos Tribunais, se deu através de pesquisa há alguns acórdãos dos Tribunais de Justiça, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, os quais demonstraram, em sua grande maioria, que o direito à vida deve sobrepor-se ao direito à liberdade religiosa, pois aquele é o bem maior e, sem o qual não há que se falar em outros direitos.

No aspecto da colisão dos referidos direitos fundamentais, do direito à vida e da liberdade religiosa, Bobbio, nos ensina que quando dois direitos igualmente fundamentais se enfrentam, não se pode proteger incondicionalmente um deles, sem tornar o outro inoperante.²⁶⁹

Como se sabe, as Testemunhas de Jeová se opõem à terapia transfusional, por motivos de convicção religiosa, sendo que, alguns adeptos chegam ao óbito, por se recusarem a essa terapia.²⁷⁰

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 1996. p. 42.

²⁷⁰ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 116

Observou-se, dessa maneira, a existência da colidência entre os dois direitos fundamentais: o da liberdade religiosa através da oposição à transfusão sangüínea, e, o direito à vida quando, em face dessa negativa, chegam ou podem chegar ao óbito.

Como procede o Estado para garantir o equilíbrio quando ocorre colidência de interesses ou de princípios constitucionais, se não pela atuação do Poder Judiciário. E, o Poder Judiciário, onde atuam pessoas (Juizes) com possibilidades de cometerem enganos, toma decisão sempre em favor da lei?

Segundo o entendimento de Curi:

A decisão é o momento culminante da concretude do direito, vale dizer, da norma vista em dialeticidade. O problema [...] está no fato de que existem divergências interpretativas [...] o que leva à conclusão da possibilidade de decisões contra a lei.²⁷¹

E Curi complementa seu pensamento sobre a concretude do direito, a decisão, afirmando que:

Não há, portanto, objetividade no ato de interpretação. Em verdade, todas essas questões exurgem da existência de inevitáveis antinomias, que acabam por revelar uma face de contradição teórica, a constituir falsos dilemas que obstaculizam a compreensão da ciência do direito.²⁷²

Robert Alexy, em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, onde trata das fundamentações das decisões jurídicas, ao falar da aplicação dos princípios para a tomada de decisões, declara que:

Os princípios permitem exceções e podem entrar em conflito ou contradição; eles não tem a pretensão de exclusividade; seu

²⁷¹ CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba:JuruáEditora, 2011. p. 16.

²⁷² CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba:JuruáEditora, 2011. p. 16-17.

significado real só se desenvolve através de um processo tanto de complementação quanto de limitação recíprocas e eles precisam de princípios subordinados e valorações particulares com conteúdo material independente para sua realização concreta.²⁷³

Percebe-se, dessa forma, que há posições favoráveis, tanto na doutrina como na jurisprudência, para a defesa do direito à liberdade religiosa, bem como para a defesa do direito à vida. Entende-se, dessa maneira, que a solução desse conflito, quando não assumido pelo próprio médico que atende ao paciente, Testemunha de Jeová, continuará a ser efetivado por meio do Poder Judiciário. E, nesse patamar, conforme decisões colacionadas, a decisão poderá tanto ser pelo direito à vida como pelo direito à liberdade religiosa.

Como forma de evitar a colisão desses dois princípios fundamentais, como citado no segundo capítulo, há possibilidade de, em não havendo perigo de morte para o paciente, administrar-lhe alguma das diversas opções de tratamentos alternativos hoje existentes.

Soriano informa que, em virtude de pressões exercidas por grupos religiosos, os cientistas têm realizado diversos estudos, e, utilizado novas técnicas para evitar as transfusões sangüíneas, havendo, inclusive “melhores resultados, principalmente no que se refere às cirurgias eletivas ou programadas, mediante a utilização de transfusões autólogas”.²⁷⁴

Esses tratamentos alternativos são compostos de algumas medicações e de técnicas cirúrgicas, sem sangue.

Barros Júnior, sobre tratamentos alternativos às transfusões de sangue em Testemunhas de Jeová, assim se manifesta:

Os Testemunhas de Jeová dão alto valor à vida e procuram bons tratamentos médicos, buscam cuidados médicos de qualidade que

²⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 36.

²⁷⁴ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 118

empreguem tratamentos alternativos sem sangue, como, por exemplo: medicina hiperbárica, hipotensão controlada, redução drástica da temperatura corporal e eritropoetina pré e perioperatória. Por outro lado, estão decididos a não violar a norma divina que, segundo eles, tem sido coerente: “Aqueles que respeitam a vida como dádiva do criador não tentam sustentar a vida tomando sangue”.²⁷⁵

Em artigo publicado na Revista da UNIVAR, Áurea Damaceno Alves, Coordenadora do Curso de Farmácia daquela Instituição de Ensino, e outros, apresentam os métodos alternativos à transfusão de sangue. O artigo é baseado em estudo bibliográfico, que possibilita a percepção sobre as alternativas existentes à transfusão sangüínea.²⁷⁶

No cerne do referido artigo, os autores referem os grandes avanços na área da medicina, e, informam que na atualidade existem vários tratamentos alternativos às transfusões, e, citam o sangue artificial, os expansores do volume do sangue e as terapias de oxigênio. Por fim indicam alguns outros tratamentos e técnicas alternativas, da seguinte forma:

Entre eles estão os dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sangüínea (eletrocautérico, cirurgia à laser e o coagulador com raio de argônio); técnicas cirúrgicas e anestésicas para limitar a perda sangüínea (a hemodiluição que é um procedimento onde o sangue é retirado no início da cirurgia e armazenado, sendo substituído por soluções cristalóides ou colóides com expansores de volume do plasma. Estando diluído, se houver um sangramento, a perda de sangue será menor. E ao final da cirurgia o sangue é repostado); a eritropoietina humana recombinante, a qual é uma forma biosintética de um hormônio humano natural que estimula a medula óssea a produzir hemácias e os expansores de volume (Solução Ringer Lactato, Solução Salina Hipertônica, Colóide Dextran).²⁷⁷

²⁷⁵ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 155.

²⁷⁶ ALVES, Áurea Damaceno e outros. **Métodos alternativos à transfusão de sangue: vantagens e desvantagens**. Barra do Garças-MT. Revista Eletrônica da Univar, 2013, v. 1, n. 9, p. 131.

²⁷⁷ ALVES, Áurea Damaceno e outros. **Métodos alternativos à transfusão de sangue: vantagens e desvantagens**. Barra do Garças-MT. Revista Eletrônica da Univar, 2013, v. 1, n. 9, p. 132, 133.

Para encerrar a referência aos tratamentos alternativos às transfusões sangüíneas, trago a manifestação do Professor André Del Negri, da Universidade de Uberaba, que em artigo divulgado na Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sobre o assunto disse que, em face de haver efetivas condições terapêuticas alternativas à transfusão de sangue alogênico:

Pode-se concluir que a objeção da Testemunha de Jeová encontra esteio na constitucionalidade brasileira, porque ao optar livremente pela não transfusão de sangue, não quer dizer que se está rejeitando todos os tratamentos médicos e nem solicitando o direito de morrer. O paciente "Testemunha de Jeová" ao escolher um determinado tratamento médico, está defendendo seus valores, sua crença religiosa, sua liberdade de consciência, sua dignidade humana e privacidade como cidadão e intérprete da Constituição Federal. [...] Não cabe aos hospitais, nem ao Judiciário, avaliar se uma determinada crença religiosa está correta ou não. Também não cabe aos Juízes dizer se um método cirúrgico é mais acertado do que outro ou não. Nesse aspecto, todo cidadão é livre para pensar racionalmente a sua crença, trocá-la pelo esclarecimento científico ou, ainda, trocar uma discussão religiosa por uma jurídica, porque, na alta modernidade (sociedade multiética) o direito de um paciente escolher um determinado tratamento médico independe de religião. A bem dizer, seria o mesmo direito que pacientes possuem de realizar ou não uma quimioterapia, um transplante de órgãos ou uma determinada cirurgia.²⁷⁸

Verifica-se, dessa forma, a existência de práticas médicas que possibilitam, ressalta-se, quando não há risco de morte ao paciente, a não utilização de transfusão de sangue alogênico, ou seja, a transfusão de doador/receptor. Caberá ao Judiciário, decidir, somente, quando o médico eximir-se de assumir a autorização da transfusão sangüínea, se não houver efetiva possibilidade de tratamentos alternativos, e, nos casos em que haja efetivo risco de morte ao paciente, bem como no caso dos pacientes incapazes.

Por fim, expresso minha posição, de que a decisão sobre realizar-se uma transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová, é do próprio paciente, quando este for maior e tiver plena consciência das conseqüências de sua decisão, e, em

²⁷⁸ DEL NEGRI, André. **Compreensão Constitucional sobre o tratamento médico sem transfusão de sangue.** Porto Alegre-RS. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, 2011, ano 5, n. 15, p. 154-156.

se tratando de menor de idade, com risco iminente de vida, deve, sempre ser realizada de plano pelo médico, desde que não haja efetivamente possibilidade de executar tratamentos alternativos.

Immanuel Kant, citado por Bobbio, fez referência de que a liberdade seria o único direito inato do ser humano, e, a definiu como sendo a autonomia que o indivíduo possui de legislar para si mesmo.

Por fim, registro que a liberdade religiosa, além de essencial para o Estado Democrático de Direito, também é um dos principais direitos humanos fundamentais, e, sua proteção e promoção é dever de todo e qualquer Estado que se autodenomine democrático e de direito.

As peculiaridades do fenômeno religioso não podem ser suprimidas ou modificadas pelo Estado, sob pena de este comprometer sua neutralidade em matéria religiosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Áurea Damaceno e outros. **Métodos alternativos à transfusão de sangue: vantagens e desvantagens**. Barra do Garças-MT. Revista Eletrônica da Univar, 2013, v. 1, n. 9.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003.
- BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge, AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BONOTO, Alexandre. MONTEIRO, Alex Martins. **Dignidade do ser humano, liberdade religiosa e respeito à personalidade**. Rio de Janeiro: Revista Legis Augustus, v. 4, n. 1, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MEIRA, Liziane Angelotti. CORREIA NETO, Celso de Barros. **Tributação e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUCCI, Daniela. SALA, José Blanes. DE CAMPOS, José Ribeiro. **Direitos Humanos: proteção e promoção**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA E FONSECA, Ana Carolina. **Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.19 n. 2, 2011.

CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DE MATOS, Gilson Ely Chaves. **Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.15n. 2, 2007.

DE MATTOS, Jadir. STÜRMER, Kátia Rejane. DA COSTA, Joselaine. **Responsabilidade Penal do Médico nos casos de Transfusão de Sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da Seita Testemunhas de Jeová**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, Universidade de São Paulo. V. 6 n. 1/2/3, 2005.

DEL NEGRI, André. **Compreensão Constitucional sobre o tratamento médico sem transfusão de sangue**. Porto Alegre-RS. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Principios Constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Pareceres IV: esclarecimentos sobre questões de Medicina Legal e de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

- GARCIA, Emerson. **A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, 2010.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HARMENING, Denise M. **Técnicas Modernas em Banco de Sangue e Transfusão**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Revinter Ltda., 2006.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- IEMINI, Matheus Magnus Santos. **LAICIDADE COMO GARANTIA DE DIVERSIDADE: O FAVORITISMO RELIGIOSO ESTATAL**. Ouro Preto-MG. Revista Libertas, V.1 n. 2, 2014.
- KELSEN, Hans. **Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Jónatas. E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwig. **BIOÉTICA E RESPONSABILIDADE**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo Saraiva 2011.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade :estudos de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros [et al]. **Comentários ao novo código civil: das pessoas.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.
- Observatório de Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, jan/jun. 2014. ISSN 1982-4564.
- PEREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** Madrid: Editorial Tecnos, 2013.
- QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2010.
- RAWLS, John. **Justiça e democracia.**São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo; Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- RIBEIRO, Milton. **Liberdade religiosa: Uma proposta para debate.** São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROTHENBRUG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia.**Itajaí: Revista NEJ, v. 13, n. 2, 2008.
- SANTIAGO-ALMEIDA, Manoel Lourivaldo. **Minidicionário Livre da Língua Portuguesa.** São Paulo: Hedra, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.** Salvador: Revista Diálogo Jurídico, v. 1. n. 1, 2001.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. IV.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa.** São Paulo: Saraiva, 2013.

- SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim de. **A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas**. Brasília: Revista Bioética, Conselho Federal de Medicina. V.6 n. 1.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.
- TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue**. Umuarama-PR. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. V. 6, N. 2.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Recusa a tratamento da saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana – o caso da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ. V. 13 n. 50, 2010.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais**. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995. In: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/.PDF> – 15494-15394-1-PB.pdf acesso em 10.05.2015.