

LUÍLA ARÊDES MARTINS VIEIRA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RECUSA À
TRANSFUSÃO SANGUÍNEA POR CONVICÇÕES RELIGIOSAS**

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

LUÍLA ARÊDES MARTINS VIEIRA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RECUSA À
TRANSFUSÃO SANGUÍNEA POR CONVICÇÕES RELIGIOSAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Civil, Direito
Constitucional e a Bioética.

Orientador: Prof. Msc. Rafael Soares Firmino.

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

À minha amada mãe, a luz que guia meus passos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por possibilitar e iluminar minha caminhada, minhas escolhas e por sempre me cercar de pessoas maravilhosas.

À minha família, pela paciência, dedicação, apoio e amor incondicional.

À minha amiga Natália, minha companheira nesta caminhada, pela cumplicidade.

À querida professora Juliana, pela amizade, conselhos, caronas e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Aos meus amigos de sala e de trabalho, os quais, cada um a sua medida, contribuíram para o que sei hoje.

À todos os professores, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses cinco anos. Em especial à Alessandra Baião e ao Juliano Sepe Lima Costa pela dedicação e incentivos em relação ao tema e ao Rafael Soares Firmino, pelas orientações e correções.

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, por meio de entendimentos doutrinários, a eficácia dos direitos fundamentais quando há um conflito entre os mesmos, o que acontece no caso concreto de recusa à transfusão sanguínea pelas Testemunhas de Jeová. Segundo os praticantes da religião, os preceitos da Bíblia ordenam a abstenção de sangue, deste modo, a transfusão é considerada um ato de desobediência e desrespeito a Deus. Com a recusa, o indivíduo se faz valer da dignidade da pessoa humana como autonomia. No caso em tela, será abordado o confronto entre as normas constitucionais do direito à liberdade religiosa e o direito à vida, bem como a colisão entre dois princípios da bioética, o princípio da beneficência amparada pelo paternalismo médico e o princípio da autonomia do paciente. Neste sentido, o tema se faz instigante e a dimensão da solução estará no estudo da limitação e da eficácia dos direitos fundamentais.

Palavras chave: Direito à vida; Direito à liberdade religiosa; Eficácia dos direitos fundamentais; Testemunhas de Jeová; Autonomia privada.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 NOÇÕES GERAIS	12
1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	17
1.3.1 Direito à vida	18
1.3.2 Direito à liberdade religiosa	20
CAPÍTULO II – BIOÉTICA, BIODIREITO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	24
2.1 BIOÉTICA E BIODIREITO: CONSIDERAÇÕES GERAIS	24
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	24
2.2.1 Princípio da beneficência e o paternalismo médico	25
2.2.2 Princípio da autonomia privada	26
2.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	28
2.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	29
2.3.1 Colisão dos Direitos Fundamentais	30
2.3.2 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais	31
2.3.3 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais	32
2.3.3.1 Eficácia horizontal indireta ou mediata	32
2.3.3.2 Eficácia horizontal direta ou imediata	33
2.3.4 Utilização da ponderação	35
CAPÍTULO III – TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
3.1 BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DA DOCTRINA “TESTEMUNHAS DE JEOVÁ”	37
3.2 DA RECUSA À TRANSFUSÃO	38

3.3 DA LEGITIMIDADE DA RECUSA À TRANSFUSÃO	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “Eficácia dos direitos fundamentais e a recusa à transfusão sanguínea por convicções religiosas”, tem por objetivo analisar a eficácia do direito fundamental à vida e o direito à liberdade religiosa, usando como “pano de fundo” a possibilidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Sendo assim, levanta-se como problema que se diante das proteções constitucionais, poderia haver um caráter prevalente em algum dos direitos fundamentais que faria com que um deles sobrepusesse ao outro, e em caso de recusa do paciente à transfusão sanguínea em nome da religião, como proceder: mantém-se a autonomia privada ou sucumbe-se ao direito à vida?

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico dogmática, haja vista a análise das discussões doutrinárias e a investigação da legislação aplicada ao tema. No que tange aos setores de conhecimento, conclui-se que a pesquisa em tela possui uma visão interdisciplinar, uma vez que abarca informações envolvendo ramos científicos distintos, como o Direito Civil, o Direito Constitucional e a Bioética.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos.

No primeiro deles, intitulado “Dos Direitos Fundamentais” pretende-se destacar as noções gerais dos direitos fundamentais, sua nomenclatura, características, dimensões e o aprofundamento dos estudos nos direitos individuais, mas especificamente no direito à vida e à liberdade religiosa.

Já no segundo capítulo, denominado “Bioética, Biodireito e a Hermenêutica Constitucional”, apontam-se elementos fundamentais à compreensão da bioética e do biodireito, apontando os principais princípios inseridos no contexto do tema abordado no presente trabalho. Também se destaca a hermenêutica constitucional, abordando a colisão dos direitos fundamentais e por fim a eficácia dos direitos fundamentais e a utilização da ponderação para solução desta.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Testemunhas de Jeová e a Colisão dos Direitos Fundamentais”, encerra a discussão fazendo uma pequena introdução acerca da religião Testemunhas de Jeová, o motivo pelo qual os praticantes desta resistem à transfusão sanguínea, bem como a legitimidade da recusa. Desse modo, abarca quais os resultados obtidos, o que possibilitou, portanto, a confirmação da hipótese da pesquisa em epígrafe.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da eficácia dos direitos fundamentais e a recusa à transfusão sanguínea pelas Testemunhas de Jeová, faz-se necessário a apresentação de alguns conceitos fundamentais à compreensão deste trabalho.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “direito à vida”, “direito à liberdade religiosa”, “autonomia privada”, “eficácia dos direitos fundamentais” e “Testemunhas de Jeová” os quais passa-se a explanar a partir de então.

No que diz respeito ao direito à vida, a doutrina entende que em seu artigo 5º, caput, a CRFB/88, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, tanto o Estado de Direito quanto os particulares devem se privar da realização de procedimentos que possam atentar contra o direito à vida.¹

Quanto ao direito à liberdade religiosa, Jorge Miranda esclarece:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda por um lado, em o estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família, ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E conseguinte, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres²

Outrossim, a autonomia privada, é conceituada por Rose de Melo Venceslau Meireles, como:

o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. A autonomia privada, assim concebida, seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre na moldura formada pelo ordenamento jurídico.³

Ademais, a eficácia dos direitos fundamentais, se mostra em duas concepções, a vertical onde entende-se que:

¹ BARROSO, 2012, p. 360.

² MIRANDA, 1993, p.88.

³ MEIRELES, p. 68.

(...) diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. (...)⁴

E a horizontal, que nos traz a ideia de oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, não somente nas relações do Estado com indivíduo, como ocorre na eficácia vertical, mas também entre particulares. E ela se subdivide em duas teorias, a eficácia horizontal indireta ou mediata e a horizontal direta ou imediata.⁵

Por fim, as Testemunhas de Jeová, uma religião fundada em Pittsburgh na Pensilvânia, Estados Unidos. A qual seus adeptos creem que sua religião é a restauração do verdadeiro Cristianismo, baseia todas suas práticas e doutrinas no conteúdo da Bíblia, em uma edição própria intitulada *A Tradução das Sagradas Escrituras do Novo Mundo*, seguindo os mesmos parâmetros traçados no passado, como a preservação da relação pessoal com Deus, respeitando o corpo por meio de um estilo de vida saudável.⁶

⁴ SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?* Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2015.

⁵ SARMENTO, 2006.

⁶ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová*. Disponível em : <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-sao-seita/>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

CAPÍTULO I – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 NOÇÕES GERAIS

A delimitação do conceito dos direitos fundamentais possui uma grande problemática. A primeira questão que se levanta a abordar o tema é sua terminologia.⁷

A doutrina constitucional tem utilizado inúmeras expressões para identificar, nomear os direitos essenciais à pessoa humana, tais como direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais.⁸

A grande problemática se dá com a distinção das duas últimas nomenclaturas acima citadas. De acordo com Ingo Wolfgang Sartet:

(...) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional (internacional).⁹

Utiliza-se, portanto, o termo direitos humanos para designar tais direitos antes de concretizados pela Constituição e o termo direitos fundamentais para identificar o seu reconhecimento dentro de um ordenamento jurídico específico.

Ademais, quanto à titularidade dos direitos fundamentais, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco que: “todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais”.¹⁰ No mesmo sentido, Sarlet entende que “o ser humano pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”.¹¹

O supracitado autor, salienta que os direitos fundamentais e seus valores de dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens, tiveram o cristianismo como marco inicial, mais precisamente o século XVI. Ainda segundo

⁷ SARTLET, 2009, p. 27.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem, p. 29

¹⁰ BRANCO, 2013, p.171.

¹¹ SARLET, p. 38.

Sarlet, a filosofia de Santo Tomás de Aquino, serviu como fundamento para a construção dos direitos de igualdade à época, ao sustentar a ideia que o homem criado a imagem e semelhança de Deus, possui alto valor intrínseco e uma liberdade inerente a sua natureza e, por isso, dispõe de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política.¹²

A partir do século XVII, a doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualistas, efetiva os direitos fundamentais, trazendo a ideia de que o Estado serve aos cidadãos, garantindo-lhes os direitos básicos, tidos como inerentes ao homem e exigíveis judicialmente.¹³

As características dos direitos fundamentais, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, são a inerência, a historicidade, a universalidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a relatividade e a indivisibilidade e interdependência.¹⁴

A inerência se dá pelo simples fato de se existir, são próprios de cada pessoa; a historicidade, por serem criados em um contexto histórico; a universalidade acontece por serem dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; a irrenunciabilidade pelo fato de poderem deixar de ser exercidos, mas não renunciados; a inalienabilidade, pois são intransferíveis, inegociáveis, não têm conteúdo econômico-patrimonial, se a ordem Constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.¹⁵

Quanto a imprescritibilidade, por não prescreverem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo, os direitos fundamentais são permanentes; a relatividade pelo motivo de não haver direito absoluto; a indivisibilidade se dá pelo respeito em conjunto de todos os direitos fundamentais, pelo caráter conjunto deles e a interdependência pelo fato dos direitos fundamentais só alcançarem sua eficácia plena, quando realizados simultaneamente com alguns ou todos os direitos humanos.¹⁶

É necessário ainda, esclarecer quanto à distinção dos direitos e garantias fundamentais. Rui Barbosa, ao escrever que “os direitos são disposições meramente

¹² Idem.

¹³ BRANCO, p.136.

¹⁴ CARVALHO, p. 701/702

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

declaratórias, imprimindo existência legal aos bens e valores por elas reconhecidos, enquanto as garantias são disposições assecuratórias que tem por finalidade proteger direitos”, registrou em nosso Direito esta distinção.¹⁷

Paulo Bonavides destaca, que os direitos e garantias fundamentais não devem se confundir. Segundo o autor:

(...) se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado social (...)¹⁸

Sobre o assunto, nos ensina Jorge Miranda:

(...) os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso as respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos...os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹⁹

Entretanto, não há unanimidade na distinção destes, alguns autores, inclusive acham que ambos se confundem, tais como José Afonso da Silva que nos diz que “não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias”, e como Sampaio Dória ao considerar que “os direitos são garantias, e as garantias são direitos ainda eu procure distingui-los”²⁰. Mas a grande maioria entende por esta distinção.

No entanto, como nos assegura Paulo Gustavo Gonet Branco, essa distinção entre as categorias, “não apresenta maior importância prática, uma vez que nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”.²¹

¹⁷BONAVIDES, 2010, p. 11.

¹⁸Ibidem, p. 526.

¹⁹MIRANDA, pp. 88/89

²⁰SILVA e DÓRIA *apud* CARVALHO, p. 717.

²¹BRANCO, 2013, p. 169.

1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente trabalho, será usado o termo dimensão ao invés de geração em razão das críticas apresentadas ao uso da expressão. Sobre o tema, Sarlet nos esclarece:

(...) o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões'²²

A doutrina classifica os direitos fundamentais em quatro dimensões, existindo quem defenda a existência de uma quinta dimensão²³, as quais serão abordadas a seguir.

O direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc., são exemplos de direitos de primeira dimensão, pois são direitos que se referem às liberdades negativas clássicas, e enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram no final do século XVIII da doutrina iluminista e jusnaturalista, frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado.

Sobre o tema, Paulo Bonavides ministra:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

(...)

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado²⁴

Desta forma, tais direitos são oponíveis, sobretudo, ao Estado, pois são direitos de resistência e destacam a clara separação entre o Estado e a sociedade.

²² SARLET, 2009, p.45.

²³ BONAVIDES, 2010, pp. 564/565.

²⁴ Idem.

Portanto, exigem do ente estatal, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo.²⁵

A segunda dimensão teve seu início com os movimentos reivindicatórios da sociedade, devido à insatisfação social perante o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, bem como a insegurança quanto à garantia de liberdade e igualdade somada a influência das doutrinas socialistas. Mas, somente no século XX, nas Constituições do segundo pós-guerra é que eles são efetivados, sendo inclusive objeto de pactos internacionais.²⁶

Ao fazer referência ao tema Bonavides os classifica como:

(...) direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Deste modo, esta dimensão, traz os direitos relacionados com as liberdades positivas, assegurando o princípio da igualdade material entre os seres humanos.

Os direitos de terceira dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos às formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Estes direitos, possuem origem nas reivindicações fundamentais do ser humano, gerados pelo impacto tecnológico, pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra, dentre outros motivos. Podemos citar como direitos de terceira geração, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento ao meio ambiente e qualidade de vida.²⁷

A respeito do tema, Bonavides afirma que tais direitos são:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua

²⁵ SARLET, 2009, pp.46/47.

²⁶ Ibidem, pp. 47/48

²⁷ Ibidem, pp. 48/49

afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade²⁸

Sustentada por Bonavides, a quarta dimensão, nos traz:

(...) o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência²⁹

Segundo o autor, esta dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, constituindo a fase de instituição do Estado Social.

Para Bonavides, haveria ainda, a existência de uma quinta geração, trasladando o direito à paz da terceira para a quinta geração, assegurando a este direito um lugar de destaque.³⁰

Deste modo, os direitos fundamentais ganharam mais expressão e importância ao longo do tempo, sendo contemplados nas Constituições, evidenciando sua evolução quanto ao seu conteúdo, representado pelas dimensões acima descritas.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) assegura a todos os brasileiros o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, o desenvolvimento e a justiça, a fim de que se tenha uma sociedade fraterna e justa. Vale ressaltar, que os direitos fundamentais são valores máximos do ordenamento jurídico, subordinando a sociedade como um todo³¹.

²⁸BONAVIDES, 2010, p. 569.

²⁹ Ibidem, p. 571.

³⁰ Ibidem, pp.582/584.

³¹BRANCO, 2013, p. 135.

Em seu Título II, a CRFB/88 trouxe os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: os direitos individuais e coletivos, que são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade; os direitos sociais, onde o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos; os direitos de nacionalidade, que significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado; os direitos políticos, que permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania; e por fim, os direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos, garantindo a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito.³²

No presente trabalho, será aprofundado os estudos quanto aos direitos individuais, mais precisamente sobre, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

1.3.1 Direito à vida

A humanidade, em regra, compartilha o sentimento de que a vida é um bem de valor inestimável. No Direito brasileiro, ela é tutelada pela CRFB/88 em seu artigo 5º, caput, que assegura a inviolabilidade do direito à vida:

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 (...)³³

Ocorre, porém, que mesmo sendo reconhecido como o mais importante dos direitos fundamentais, admite-se também que, como qualquer outro direito, ele não é absoluto, assim, tem-se que ele não é soberano, nem prevalecerá sobre os demais direitos³⁴. Sobre o tema, sustenta Barroso:

³² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

³³ Idem.

³⁴ BARROSO, 2012, p. 361.

(...) o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização.³⁵

Assim sendo, verifica-se necessário tecer comentários a respeito da conceituação da palavra 'inviolabilidade' supracitada.

Conforme extrai-se do artigo Constitucional acima referido, tanto o Estado de Direito quanto os particulares devem se privar da realização de procedimentos que possam atentar contra o direito à vida³⁶. Parece, portanto, razoável dizer que o termo 'inviolabilidade' não deva ser interpretado no sentido de proibição de o indivíduo dispor da própria vida, mas sim como a impossibilidade de terceiro violar o bem da vida de outrem.

Sobre o assunto, comenta Barroso:

Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade nas sociedades ocidentais é a preservação da vida, tanto como um direito individual quanto como valor objetivo. Diante disso, criminalizar atos que atentem contra a vida humana faz parte do receituário básico de qualquer sociedade civilizada. No caso brasileiro, pune-se não apenas o homicídio e o auxílio ou instigação ao suicídio, mas também o transplante de órgãos que resulte em morte certa do doador, mesmo que seja a única forma de salvar outra vida, como a de um ente querido. Por outro lado, o próprio texto constitucional brasileiro contempla a possibilidade de restrição ao direito à vida, ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a). E, na legislação infraconstitucional, o Código Penal exclui expressamente a ilicitude da conduta que ocasione morte de outrem quando o ato é praticado em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal.³⁷

Disserta Alexandre de Moraes sobre o tema:

Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo o art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genética e, repetimos, excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade.³⁸

³⁵ BARROSO, 2012, p. 363.

³⁶ *Ibidem*, p. 360.

³⁷ *Ibidem*, pp. 360/361.

³⁸ MORAES, 2006, p. 170.

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho³⁹, o homem desde a sua concepção até o dia de sua morte tem direito à existência biológica e moral, amparada pela dignidade da pessoa humana.

Pelo exposto, não parece razoável interpretar o direito à vida como um “dever de vida” ou uma obrigação de manter-se vivo, pois determinadas condições, como por exemplo, a de imposição de determinado tratamento médico para a manutenção da vida pode suprimir a dignidade inerente ao ser humano.

1.3.2 Direito à liberdade religiosa

Com o intuito de garantir a liberdade religiosa, a CRFB/88, buscou separar os assuntos do Estado com a cultura religiosa. Este processo, teve início com a Constituição de 1891, que em seu art. 72 §3º instituiu o Estado laico, ao assegurar que todos os indivíduos e confissões religiosas poderiam exercer pública e livremente seu culto. Para melhor ilustrar essa evolução, até então o Estado intitulava a religião católica como a oficial, tolerando as demais, desde que fossem exercidas na privacidade do lar dos indivíduos adeptos. Essa separação tornou o Brasil um país laico, autorizando o exercício público do culto religioso para as demais religiões.⁴⁰ A atual Constituição traz a laicidade do Estado em seu artigo 19, que expressa:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.⁴¹

Isto posto, não se deve confundir a ideia de laicidade com laicismo.⁴²

Laicidade significa neutralidade religiosa por parte do Estado. Laicismo, uma atitude de intolerância e hostilidade estatal em relações às religiões.

³⁹ CARVALHO, p. 650.

⁴⁰ Ibidem, p. 811.

⁴¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁴² BARROSO, 2012, p. 368.

Portanto, a laicidade é marca da República Federativa do Brasil, e não o laicismo, mantendo-se o Estado brasileiro em posição de neutralidade axiológica, mostrando-se indiferente ao conteúdo das ideias religiosas.⁴³

Desta forma, o Estado brasileiro adota a laicidade, mas não prega o laicismo.

Para Jorge Miranda:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda por um lado, em o estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família, ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E conseguinte, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.⁴⁴

A liberdade de externar ou não a fé acima citada, foi reconhecida por todas as Constituições posteriores à de 1891⁴⁵. Desta maneira, o direito à liberdade religiosa veio privilegiada no texto constitucional. O artigo 5º da CRFB/88 a traz em três incisos, sendo eles:

(...)VI - 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;
 VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
 VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)⁴⁶

De acordo com Kildare Gonçalves de Carvalho, a liberdade de crença é uma liberdade de foro íntimo voltada à religião, ao livre exercício de escolha religiosa. Já a liberdade de consciência também é uma liberdade de foro íntimo, envolve além do direito de ter ou não uma religião, as convicções filosóficas e políticas⁴⁷. De acordo com o autor:

⁴³ STF, Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do STF. Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 54 - anencefalia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

⁴⁴ MIRANDA, 1993, p.88.

⁴⁵ CARVALHO, p. 811.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁴⁷ CARVALHO, 2010, p.799.

A liberdade de consciência é o direito do indivíduo de se guiar por suas próprias ideias e convicções, desde que não contrárias à ordem jurídica. Envolve o direito de se ter um juízo moral sobre as mais variadas questões e de agir segundo essas convicções e de não sofrer qualquer restrição em virtude delas.⁴⁸

A liberdade de culto, segundo o autor, “é a liberdade de exteriorizar a fé religiosa, mediante atos e cerimônias, como procissões, adorações, cantos sagrados, missas sacrificios, dentre outros”.

Nesse seguimento, destaca Paulo Gustavo Gonet Branco:

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que deverão não somente ser conservados e protegidos como também ser promovidos e estimulados.

(...)

A Constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos.⁴⁹

Na esfera internacional, este direito é garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e elaborada com fundamento na liberdade, na justiça e na paz no mundo:

Artigo II – “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Artigo XVIII – “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.”⁵⁰

Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabeleceu que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos seus direitos,

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ BRANCO, 2013, p. 319.

⁵⁰ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 03 de outubro de 2015.

resguardando desta maneira o direito à liberdade religiosa. O artigo 18 do Pacto nos diz:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.⁵¹

O artigo 19, também versa sobre o tema da seguinte maneira:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. 4. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública”.

Artigo 27 – “1. No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua⁵²

Ante o exposto, a liberdade de religião, não abrange apenas o direito de crer em uma doutrina, mas também o de exercer os preceitos da fé professada em todos os aspectos da vida.

⁵¹ BRASIL. *Decreto nº 593*. Publicado em 6 de Julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 03 de outubro de 2015.

⁵² Idem.

CAPÍTULO II – BIOÉTICA, BIODIREITO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 BIOÉTICA E BIODIREITO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A bioética teve seu início em 1971, com a publicação da obra *Bioethics: a Bridge to the Future* (Bioética: uma ponte para o futuro), pelo cancerologista norte-americano Van Rensselaer. Originalmente, a bioética se caracterizava como uma questão ou um compromisso global frente ao equilíbrio e preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.⁵³

Em 1979, a partir da publicação do livro *The Principles of Bioethics* (Os Princípios de Bioética), escrito por Beauchamp e Childress, sob uma linha principiológica, com o desenvolvimento da bioética a partir de quatro princípios básicos, dois deles de caráter deontológico (não maleficência e justiça) e os outros dois de caráter teleológico (beneficência e autonomia). Apesar de não serem absolutos sob o prisma filosófico, estes princípios foram rapidamente assimilados, passando a constituir a ferramenta mais utilizada pelos bioeticistas na mediação e/ou resolução dos conflitos morais pertinentes à temática bioética.⁵⁴

Segundo Kildare, a bioética investiga a conduta humana nas ciências da vida, buscando condições de conservação e melhoria da própria condição humana, que se manifestam no estado da saúde de cada pessoa.

A bioética, entretanto, não se confunde com o biodireito. Pois entende-se por biodireito, ainda segundo o doutrinador, “a disciplina jurídica integrada por várias matérias, que trata da teoria, da legislação, e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biotecnologia e da medicina”.⁵⁵

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Com o início da bioética, na década de 70, surgiram os princípios éticos nos quais ela se baseia, aprofundaremos, entretanto, apenas no estudo dos princípios

⁵³ COSTA e GARRAFA, 1998, p.15.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ CARVALHO, 2015, p.774.

de caráter teológico, da beneficência e da autonomia, que se destacam na análise do caso que abordaremos no decurso do presente trabalho.

2.2.1 Princípio da beneficência e o paternalismo médico

O princípio da beneficência, expresso no artigo 2º do Código de Ética Médica Brasileiro⁵⁶, tem em seu significado fazer o bem, prevenir e retirar danos, preservando-se a integridade e o direito à vida dos que a elas são submetidas. Fundada neste princípio, até meados do século XX, a ética exigia dos médicos uma postura paternalista, onde havia uma interferência do profissional de saúde sobre a vontade de pessoa autônoma, segundo seu saber e razão, exclusivamente, ao bem-estar, alegria, necessidades, interesses ou valores da pessoa que está sendo tratada.⁵⁷ Entretanto, com o fim da Segunda Guerra Mundial, inicia-se uma superação a este paternalismo, conforme nos ensina Barroso:

O marco inicial desse movimento foi o Código de Nuremberg, de 1947, destinado a regular pesquisas com seres humanos. Fundado no princípio da autodeterminação da pessoa, o Código estabeleceu o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas.⁵⁸

A partir deste momento, o paternalismo e a beneficência tiveram sua limitação na vontade do paciente, que deixa de ser um objeto de prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais, havendo o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.⁵⁹

Neste sentido, o paciente tem o direito de consentir ou recusar qualquer proposta de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico que afetem ou venham a afetar sua integridade físico-psíquica ou social. Sendo resguardado esse direito

⁵⁶ “II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. *Código de Ética Médica*, disponível: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁵⁷ COSTA e GARRAFA, 1998, pp.63/68.

⁵⁸ BARROSO, 2012, p. 345.

⁵⁹ Idem.

constitucionalmente, pelo fato de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁶⁰

Neste sentido, é importante destacar que esta nova perspectiva na relação médico-paciente, não obriga o profissional a realizar determinado procedimento ou acompanhar um paciente que se recuse a receber tratamento, preservando o direito do médico de se resguardar pelos seus padrões éticos.⁶¹

O consentimento deve ser dado de forma livre e conscientemente, sem ser obtido mediante práticas de coação física, psíquica ou moral ou por meio de simulação ou práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulação impeditivas da livre manifestação da vontade pessoal.

Destaca-se assim, que este consentimento é o reconhecimento da autonomia do indivíduo, e esta se manifesta na possibilidade de querer ou não alguma coisa, de realizar livremente suas escolhas existências, fazendo-se valer da dignidade da pessoa humana.

2.2.2 Princípio da autonomia privada

Ainda segundo o Código de Ética Médica Brasileiro, a autonomia significa “autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é ‘bom’, ou o que é seu ‘bem-estar’.”⁶² A pessoa autônoma é aquela “que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas”⁶³. Para que possa ocorrer uma ação autônoma é necessário à existência de opções de ação ou que seja possível que o agente as crie, exercitando assim a liberdade de decidir, pois se há apenas um único caminho ou uma única forma de algo ser realizado, não existe o exercício da autonomia. Além da liberdade de opção, o ato

⁶⁰ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

⁶¹ BARROSO, 2012, p.346.

⁶² COSTA e GARRAFA, 1998, p.57.

⁶³ Idem.

autônomo também pressupõe haver liberdade de ação, requer que a pessoa seja capaz de agir conforme as escolhas feitas e as decisões tomadas.⁶⁴

De acordo com Daniel Sarmiento, a proteção à autonomia privada, decorrente da CRFB/88 é mais intensa quando se trata de questões existenciais da vida humana⁶⁵. Para o autor:

Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e de expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade.

(...) não cabe ao Estado avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido de que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria a autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros.⁶⁶

Neste seguimento, Rose de Melo Venceslau Meireles considera autonomia privada a expressão privada da liberdade jurídica.⁶⁷ E assim a conceitua:

(...) entende-se por autonomia privada 'o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos'. A autonomia privada, assim concebida, seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre na moldura formada pelo ordenamento jurídico.⁶⁸

A citada autora destaca ainda que, por ser uma manifestação da liberdade, é a autonomia privada a forma de realização da dignidade humana nas situações existenciais.⁶⁹

Destarte, é a autonomia privada que assegura ao particular a possibilidade de regulamentar interesses, sendo uma manifestação da liberdade jurídica nas relações privadas. Existindo pelo fato de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico e não porque deriva da vontade.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ SARMENTO, 2006, p.177.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ MEIRELES, 2009, p.69.

⁶⁸ Ibidem, p. 68.

⁶⁹ Ibidem, p. 74.

2.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como destacado no tópico anterior, o respeito à autonomia da privada conjuga-se como expressão da dignidade da pessoa humana⁷⁰, um dos fundamentos da nossa Constituição.⁷¹

Neste sentido, Rose de Melo Venceslau Meireles entende que:

Não há dignidade sem liberdade, sobretudo, quando esta se manifesta pelas escolhas existenciais da pessoa humana. Desse modo, restaria prejudicada a dignidade humana se não fosse permitido à pessoa se autodeterminar acerca dos aspectos atinentes à personalidade.⁷²

O direito à vida digna decorre da necessidade de respeito à integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo, relacionando-se, também, à proteção da igualdade e da liberdade do ser humano. E como é um valor inerente de cada pessoa fica difícil estabelecer um padrão, pois cada indivíduo difere em valores e conceitos pessoais. Não é possível que um terceiro, determine o que seria digno para o indivíduo. Somente ele pode estabelecer o que seria uma vida digna para si.⁷³

Para Kildare Gonçalves de Carvalho a dignidade da pessoa humana significa:

(...) diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como um fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, consequentemente, o seu livre arbítrio.⁷⁴

Entende Daniel Sarmiento que a dignidade da pessoa humana entrelaça e unifica o sistema pátrio dos direitos fundamentais, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, exprimindo a primazia da pessoa humana sobre o Estado.⁷⁵

Segundo o autor:

⁷⁰ BARROSO, 2012, p. 350.

⁷¹ CRFB/88 - art. 1º : “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”.

⁷² MEIRELES, 2009, p. 304.

⁷³ BARROSO, 2012, pp. 348/349 .

⁷⁴ CARVALHO, 2010, p. 693.

⁷⁵ SARMENTO, 2006, p.

(...) a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como valor-fonte fundamental do Direito.

De acordo com Barroso:

A dignidade da pessoa humana é o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais. Ela tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação, de liberdade de realizar suas escolhas existenciais e de assumir a responsabilidade por elas. A dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele. Trata-se da dignidade como heteronomia. Na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, impõe-se um especial ônus argumentativo⁷⁶.

Considerando a dignidade da pessoa humana o valor máximo do ordenamento jurídico, e partindo do pressuposto de que tem como finalidade a promoção e o desenvolvimento da pessoa humana, conclui-se que, em todos os casos, os valores constitucionais estão sendo respeitados.

2.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Sobre a hermenêutica constitucional, Luís Roberto Barroso a conceitua como “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”. E a distingue de interpretação que é a “atividade prática de relevar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”, bem como de aplicação, que é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, a efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato. Se referindo aos três conceitos como a realização do direito, pois eles apuram o conteúdo da norma, e fazem a subsunção dos fatos e produzem a regra final.⁷⁷ Por conseguinte, veremos a interpretação dos direitos acima abordados.

⁷⁶ BARROSO, 2012, p. 350.

⁷⁷ BARROSO, 2008, p. 103.

2.3.1 Colisão dos Direitos Fundamentais

A Constituição alberga vários interesses, e eventual desarmonia entre eles merece solução. De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, para compreensão do problema é necessário classificar as normas jurídicas em princípios e regras. Sobre as regras o autor dispõe que estas:

(...) correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.⁷⁸

Neste seguimento, sustenta Barroso:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (all or nothing). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direito e automático, produzindo seus efeitos.⁷⁹

Já sobre os princípios, Gonet sustenta:

Os princípios são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõe que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.⁸⁰

Quando há o conflito entre regras, o direito se armou de meios para corrigir tais eventos desarmônicos, é o que nos ensina Barroso, ao dizer que:

O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios

⁷⁸ BRANCO, 2013, p.183.

⁷⁹ BARROSO, 2008, p.328.

⁸⁰ BRANCO, 2013, p.183.

quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.⁸¹

Entretanto, os três critérios citados pelo autor não são aptos, como regra geral para as colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais, decorrentes de princípios.⁸² A forma de solução destas colisões será abordada nos tópicos seguintes.

2.3.2 Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais

Como tratado no capítulo anterior, os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, destinam-se a proteger o indivíduo, mesmo quando contra eventuais ações do Estado, logo, este deve ter total respeito para com eles de forma a garantir tais direitos à pessoa humana. Decorrente disso verifica-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais, onde o Estado, entidade pública hierarquicamente superior, responsabiliza-se por afirmar a condição de sujeito titular de direito aos membros de sua sociedade.⁸³ Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite:

Entende-se por eficácia vertical dos direitos fundamentais a limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco).⁸⁴

Sobre a teoria, conforme conceitua Maria Carla dos Santos:

A "Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais" diz respeito à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida

⁸¹ BARROSO, 2009, p.32.

⁸² Idem.

⁸³ SARMENTO, 2006, pp.185/187.

⁸⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: 30 de outubro de 2015.

privada. Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. (...)⁸⁵

Com o decorrer do tempo, ficou evidenciado, que o Estado não é o único agente capaz de ameaçar tais direitos fundamentais. A partir daí, a Constituição volta ao topo da hierarquia das fontes do direito consagrando-se como norma suprema e fundamental e retratando a ascensão do Estado Social de Direito. Dessa forma, observa-se que a eficácia dos direitos fundamentais ocorre, inclusive, no plano horizontal, ou seja, entre os particulares, reconhecendo a ampla oponibilidade dos direitos nas relações privadas.⁸⁶

2.3.3 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Conforme já apontado no tópico anterior, em meados do século XX, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, defendida no Brasil por Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁷ e Daniel Sarmento⁸⁸. O conceito de eficácia horizontal traz a ideia de oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, não somente nas relações do Estado com indivíduo, como ocorre na eficácia vertical, mas também entre particulares. E ela se subdivide em duas teorias, a eficácia horizontal indireta ou mediata e a horizontal direta ou imediata.

2.3.3.1 Eficácia horizontal indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais foi desenvolvida inicialmente em 1956, na doutrina alemã por Günter Düring e se tornou a concepção dominante do direito germânico, onde até hoje é predominante na doutrina do país e na sua Corte Constitucional, por se tratar de uma construção intermediária entre a negação dos direitos fundamentais vinculados aos particulares e a incidência direta destes direitos no Direito Privado.⁸⁹

⁸⁵ SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?* Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2015.

⁸⁶ SARMENTO, 2006, pp.185/187.

⁸⁷ SARLET, 2009.

⁸⁸ SARMENTO, 2006.

⁸⁹ SARMENTO, 2006, p. 197/198.

Sarmiento nos esclarece a respeito desta teoria:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais, não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados pela a partir da Constituição. (...) a proteção da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado.⁹⁰

Assim sendo, a eficácia mediata dos direitos fundamentais, liga-se a concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial na dignidade da pessoa humana.⁹¹

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.⁹²

2.3.3.2 Eficácia horizontal direta ou imediata

A teoria da eficácia direta ou imediata também foi desenvolvida a partir da década de 50 na doutrina alemã por Hans Carl Nipperdey. A partir das colocações de Sarmiento, tem-se que Nipperdey argumenta que alguns direitos fundamentais, têm a possibilidade de ser invocados diretamente nas relações privadas, independente de mediação do legislador, não vinculando apenas o Estado. O alemão esclarece sua alegação pela constatação que na contemporaneidade os anseios referentes aos direitos fundamentais não são provenientes apenas do Estado, mas da sociedade em geral.⁹³

Em regra a eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais são imediatas, ou seja, independem de norma infraconstitucional para que as pessoas

⁹⁰ SARMENTO, 2006, p. 198.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem.

⁹³ NIPPERDEY *apud* SARMENTO, 2009, pp. 204/205.

exercem os direitos e/ou garantias dispostos na Constituição Federal do Brasil ou que os magistrado as apliquem.⁹⁴

Entretanto, o constituinte não explicitou de que forma se dá essa aplicabilidade e quais os diversos efeitos que lhe são inerentes.⁹⁵

Sarlet esclarece o tema da seguinte forma:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.⁹⁶

Justifica-se que seu objetivo é a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com ou sem a necessidade de intervenção legislativa para a sua efetivação. É o reconhecimento da autonomia privada e o pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos.

O citado autor ainda aprofunda o tema quanto aos direito de defesa da seguinte forma:

o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua autossuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.⁹⁷

Assim sendo, conclui-se que não há norma constitucional sem qualquer eficácia, ainda mais quando se tratar de direito fundamental, mesmo quando se tratar de dispositivo classificado como de eficácia limitada, é imprescindível, nesses casos, que os órgãos públicos usem sua liberdade dentro limites negativos fixados constitucionalmente, posto que se trata de uma autolimitação jurídica, inspirada em juízos de valor, juntamente com a categoria fundante.

⁹⁴ art. 5º, § 1º da CRFB/88 – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁹⁵ SARLET, 2009, p. 274.

⁹⁶ Ibidem, p. 272.

⁹⁷ Ibidem, p. 275.

2.3.4 Utilização da ponderação

A vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares, não significa que tais direitos possam ser aplicadas nas relações privadas da mesma forma que correm nas relações entre os cidadãos e o Estado. Assim sendo, nos ensina Daniel Sarmento: “O fato de que os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado”.⁹⁸

Entretanto, o ser humano traz consigo uma carga emocional que influencia em suas escolhas. Sobre o assunto, nos ensina Sarmento:

Temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas num Estado de direito não podem possuir.⁹⁹

O professor Barroso, assim define o referido método:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.¹⁰⁰

Isto posto, no caso de colisão de direitos fundamentais, o julgador deve atentar para que os direitos em tela sejam minimamente prejudicados, o ideal, é que haja concessões recíprocas visando a harmonização entre os direitos colidentes, considerando que não há hierarquia entre tais direitos. Entretanto, não sendo possível esta harmonização, resulta-se com a prevalência de um direito sobre o outro.¹⁰¹

O juízo de ponderação está ligado ao princípio da proporcionalidade, onde a limitação de um direito é viável para a solução do problema quando não existe outro meio menos danoso, desta maneira, como já comentado acima, o ônus imposto os a

⁹⁸ Ibidem, p. 259.

⁹⁹ Ibidem, 2009, 259/260.

¹⁰⁰ BARROSO, 2008, p. 330.

¹⁰¹ Ibidem, p. 334.

limitação não pode ultrapassar o benefício que se pretende obter com a solução. O exercício da ponderação é sensível à ideia de que no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos.¹⁰²

Sobre o tema disserta Paulo Gonet Branco:

(...) esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta a igualdade, o grau de interferência sobre o direito pretendido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão.¹⁰³

Segundo o citado autor, a prevalência de um direito sobre o outro deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto, não existindo um critério de solução válido para todos os casos. Sobre esta solução afirma que o juízo de ponderação pode ser feito pelo juiz ao resolver uma lide e pelo legislador ao determinar que em certas situações um direito prevalecerá sobre o outro.

Isto posto, a ponderação em um Estado democrático deve ser realizada primeiramente pelo legislador, e na falta da norma ou com sua inadequação em face dos valores constitucionais em colisão, a competência é transferida a um juiz, ou seja, cada caso deverá levar em consideração suas especificidades.

¹⁰² BRANCO, 2013, p.184.

¹⁰³ Ibidem, pp. 184/185.

CAPÍTULO III – TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DA DOCTRINA “TESTEMUNHAS DE JEOVÁ”

A doutrina professada pelos que seguem a religião Testemunhas de Jeová foi fundada no século XIX em Pittsburgh na Pensilvânia, Estados Unidos a partir de um pequeno grupo de estudantes da Bíblia. Em seus estudos buscavam uma análise sistemática da Palavra, comparando as doutrinas ensinadas pelas igrejas da época com o que realmente a Bíblia ensinava. Por meio de suas reflexões e conclusões, começaram a publicar em livros, jornais e na revista, que hoje é chamada de “A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová”. O primeiro editor da Revista e um dos estudantes da Bíblia foi Charles Taze Russell, que, no entanto, não é considerado o fundador da religião. Tais estudantes tinham como objetivo propagar os ensinamentos de Jesus Cristo e seguir o modelo dos cristãos do primeiro século. Nesse contexto, consideraram Jesus o real fundador do cristianismo e, também, o da organização.¹⁰⁴

Os membros das Testemunhas de Jeová atualmente seguem os mesmos parâmetros traçados no passado, como a preservação da relação pessoal com Deus, respeitando o corpo por meio de um estilo de vida saudável. Como objetivos gerais, beneficiam não só os membros, mas a todos por meio das pregações, ajudas comunitárias e assistência às pessoas que querem abandonar os vícios das drogas e álcool, além de ler e escrever.¹⁰⁵

Seus adeptos creem que sua religião é a restauração do verdadeiro cristianismo. As testemunhas afirmam basear todas suas práticas e doutrinas no conteúdo da Bíblia, adotando uma edição própria intitulada *A Tradução das Sagradas Escrituras do Novo Mundo*.¹⁰⁶

¹⁰⁴ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

¹⁰⁵ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-sao-seita/>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

¹⁰⁶ CASTRO, Eduardo Gomes. A torre sob vigia. Tese defendida em na Universidade de São Paulo em 2007. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-02012008-102727/publico/TESE_EDUARDO_GOES_CASTRO.pdf.

3.2 DA RECUSA À TRANSFUSÃO

Segundo os praticantes da religião, tanto o velho quanto o novo testamento ordenam a abstenção de sangue, mas precisamente nos livros de Gênesis capítulo 9, versículo 4; Levítico capítulo 17, versículo 10; Deuteronômio capítulo 12, versículo 23 e Atos capítulo 15, versículos 28 e 29.¹⁰⁷ O sangue representa para eles a vida, portanto, a transfusão é considerada um ato de desobediência e desrespeito a Deus,¹⁰⁸ não sendo aceitas nem mesmo em casos emergenciais, quando há risco de morte.¹⁰⁹

De acordo com Inácia Sátiro Xavier de França:

Essa recusa sustenta-se nos textos bíblicos Gênesis e Levítico que recomendam abstenção de carne por considerar que ela possui uma alma e que assimilar sangue no corpo, pela boca ou pelas veias, viola a lei de Deus. As TJ alegam que a alma do ser humano está no sangue e, assim, ela não pode ser passada para outra pessoa, pois do contrário, o adepto desobedece ao mandamento de amar a Deus com toda a alma.¹¹⁰

Desta maneira, as Testemunhas de Jeová, somente aceitam ser submetidas a tratamentos alternativos, compatíveis com suas convicções religiosas. Esta postura dos praticantes da religião, em recusar as transfusões de sangue tem alavancado o progresso científico de descoberta e aprimoramento de tratamentos alternativos. Para atender abrangentemente os membros da crença, a religião organizou uma rede internacional, presente em mais de 230 países, denominada de Comissão de Ligações com Hospitais (COLIH). A finalidade dessa rede é “auxiliar na transferência de pacientes para hospitais ou para equipes médicas que utilizem

¹⁰⁷ Gênesis 9:4 - Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida; Levítico 17:10 - Se algum homem da casa de Israel ou algum estrangeiro que mora entre vocês comer o sangue de qualquer criatura, eu certamente me voltarei contra aquele que comer o sangue, e o eliminarei dentre seu povo.; Deuteronômio 12:23 - Apenas esteja firmemente decidido a não comer o sangue, porque o sangue é a vida; não coma a vida junto com a carne; Atos 15:28, 29 - Pois pareceu bem ao espírito santo e a nós não impor a vocês nenhum fardo além destas coisas necessárias: que persistam em se abster de coisas sacrificadas a ídolos, de sangue, do que foi estrangulado e de imoralidade sexual. Se vocês se guardarem cuidadosamente dessas coisas, tudo irá bem com vocês. Saudações!” Levítico 17:14 - Pois a vida de todo tipo de criatura é seu sangue, porque a vida está no sangue. Por isso eu disse aos israelitas: “Não comam o sangue de nenhuma criatura, porque a vida de todas as criaturas é seu sangue. Quem o comer será eliminado”.

¹⁰⁸ TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Ensinamentos Bíblicos, disponível em [http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search_id\]=f0535462-43aa-4ad6-851c-ad0508b05ea5&insight\[search_result_index\]=5](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=f0535462-43aa-4ad6-851c-ad0508b05ea5&insight[search_result_index]=5).

¹⁰⁹ BARROSO, 2012, p. 369.

¹¹⁰ FRANÇA, 2008.

alternativas terapêuticas que abdicuem à hemotransfusão”.¹¹¹ Também fazem trabalho de esclarecimento junto aos profissionais de saúde quanto a esses tratamentos alternativos, bem como em relação aos riscos das transfusões de sangue, tais procedimentos apresentam-se menos arriscados e mais eficientes ao homem e, assim, “desmitifica-se” a ideia de que o sangue seja o “verdadeiro milagre da vida”.¹¹²

3.3 DA LEGITIMIDADE DA RECUSA À TRANSFUSÃO

O Ministério da Saúde, em 30 de março de 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários à Saúde, pela Portaria GM/MS nº 675/2006, que disciplina o consentimento ou a recusa de procedimentos:

Quarto princípio: “O respeito à cidadania no Sistema de Saúde deve ainda observar os seguintes direitos: (...) V - consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública; VI - o consentimento ou a recusa dados anteriormente poderão ser revogados a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou legais”.¹¹³

A Carta também versa sobre o dever do paciente de assumir a responsabilidade pela decisão tomada:

Quinto princípio: “Todo cidadão deve se comprometer a: (...) V - assumir responsabilidades pela recusa a procedimentos ou tratamentos recomendados e pela inobservância das orientações fornecidas pela equipe de saúde”.¹¹⁴

Ademais, o disposto no artigo 15 do Código Civil, o qual prescreve que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento

¹¹¹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová. Uma gravíssima violação de direitos humanos. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258_transfusoes.pdf. Acesso em 28 de outubro de 2015.

¹¹² Idem.

¹¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Carta dos Direitos dos Usuários à Saúde*. Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/LEGIS/PortGMMS_675_30marco_2006_carta_dos_direitos.pdf. Acesso em: 5 de novembro de 2015.

¹¹⁴ Idem

médico ou à intervenção cirúrgica",¹¹⁵ também legitima a recusa a tratamentos médicos, como transfusões de sangue. Sobre o tema, nos ensina Barroso:

Nas últimas décadas, a ética médica evoluiu do paradigma paternalista, em que o médico decidia por seus próprios critérios e impunha terapias e procedimentos, para um modelo fundado na autonomia do paciente. A regra, no mundo contemporâneo, passou a ser a anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que afete sua integridade.¹¹⁶

Com efeito, se o médico acreditar na necessidade urgente de uma transfusão de sangue, é porque o paciente estará correndo risco de vida, o que impõe que nenhuma terapia seja realizada sem o seu prévio consentimento.

Em se tratando dos direitos fundamentais em fomento, quais, sejam o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, Kildare Gonçalves Carvalho expõe:

Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações, resultando, daí, restrições aos direitos fundamentais em função dos direitos aceitos pela sociedade.¹¹⁷

Neste sentido, Barroso disserta:

A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito. Impõe-se, nesse ambiente, uma análise caso a caso, na qual se possam analisar os 23 diferentes elementos em jogo, com destaque para a repercussão das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade.¹¹⁸

O autor ainda acrescenta que a crença religiosa é uma escolha existencial que deve ser protegida, o indivíduo não pode se privar dela sem sacrificar sua dignidade. A transfusão compulsória, em nome do direito à vida ou à saúde violaria a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da CRFB/88.¹¹⁹

Sobre a legitimidade, o citado autor conclui:

¹¹⁵ BRASIL. Código Civil de 2002. Lei no 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 28 de outubro de 2015.

¹¹⁶ BARROSO, 2012, p. 381.

¹¹⁷ CARVALHO, p. 726.

¹¹⁸ BARROSO, 2012, p. 363.

¹¹⁹ Ibidem, p. 369.

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.¹²⁰

Assim, considera-se legítima a recusa a determinado tratamento. Impor uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente da religião Testemunha de Jeová equivaleria a violentá-lo, não só no seu corpo, mas também nas suas convicções religiosas, no seu modo de ver e compreender o mundo.

¹²⁰ BARROSO, 2012, p. 381.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recusa a tratamento médico, baseada em convicção religiosa, tem proteção constitucional, a teor da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, bem como encontra acolhimento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da legalidade, onde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.

Os praticantes da doutrina das Testemunhas de Jeová, conforme destacado no presente trabalho, estão apenas querendo viver de acordo com suas crenças. A religião é um modo de expressão espiritual, cultural e ideológica de um grupo de pessoas, e por isso deve ser respeitada, especialmente nas hipóteses em que o exercício de seus dogmas e prescrições não causam lesões aos direitos de terceiros.

Sendo assim, não parece razoável interpretar o direito à vida como um “dever de vida” ou uma obrigação de manter-se vivo a qualquer preço. Isso porque, o prolongamento da vida, sob determinadas condições, pode suprimir a dignidade inerente ao ser humano.

As Testemunhas de Jeová, ao rejeitarem um determinado tratamento médico, mesmo nos casos de iminente risco de vida, fazem valer a eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, utilizando-se da ponderação para resolução do conflito entre os direitos fundamentais de primeira geração abordados no presente trabalho, fazendo-se prevalecer o direito a liberdade religiosa e o direito à vida digna.

Entretanto, tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, para solucionar questão da colisão entre princípios constitucionais, devem ser levadas em consideração as particularidades que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado, devendo ser comprovada o consentimento verdadeiro e produto de uma escolha livre e informada, fazendo valer da autonomia privada como dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira* (coligidos e ordenados por Homero Pires). São Paulo: Livraria Acadêmica, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová*. Dignidade da pessoa humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Direitos do Paciente. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: - Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Temas de Direito Constitucional, Tomo II. 2ª edição. Editora Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição revista e atualiza. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 28 de outubro de 2015.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de setembro de 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 21ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2015.

_____. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional e Positivo. 16ª edição revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

CASTRO, Eduardo Gomes. *A torre sob vigia*. Tese defendida em na Universidade de São Paulo em 2007. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-2012008-102727/publico/TESE_EDUARDO_GOES_CASTRO.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 30 de setembro de 2015.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira e GARRAFA, Gabriel Oselka, Volnei, coordenadores. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de. *Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética*. Artigo publicado em: 05 de junho de 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 30 de outubro de 2015.

LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová*. Uma gravíssima violação de direitos humanos. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-2/203a258_transfusoes.pdf. Acesso em 28 de outubro de 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: Acesso em: 30 de outubro de 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Carta dos Direitos dos Usuários à Saúde*. Portaria MS nº 675 de 30 de março de 2006. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/CIB/LEGIS/PortGMMS_675_30marco_2006_carta_dos_direitos.pdf. Acesso em: 5 de novembro de 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 6ª edição, 2006.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 03 de outubro de 2015.

SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 30 de maio de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 11ª edição revista atualizada, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2ª edição, 2006.

STF, Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito do STF. Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 54 - anencefalia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Ensinamentos Bíblicos, disponível em [http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search_id\]=f0535462-43aa-4ad6-851c-ad0508b05ea5&insight\[search_result_index\]=5](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=f0535462-43aa-4ad6-851c-ad0508b05ea5&insight[search_result_index]=5). Acesso em 5 de outubro de 2015.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová.
Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-sao-seita/>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Perguntas frequentes às Testemunhas de Jeová.
Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>. Acesso em 5 de outubro de 2015.