

INTRODUÇÃO

A presente monografia justifica-se pela importância de se propor o debate acerca da legitimidade da recusa à transfusão de sangue pelos adeptos da religião de Testemunha de Jeová, que muitas vezes vêem sua liberdade religiosa restringida em face de determinações impostas por terceiros, que se julgam aptos e capazes de determinar qual direito fundamental prevalece. Como consequência disto, muitas vezes, quando o paciente encontra-se em iminente perigo de morte e realiza-se a transfusão, a vida é salva, mas sua dignidade é violada, o que acaba causando grandes transtornos, uma vez que a própria pessoa se auto-repudia, podendo até mesmo ser excluída dos grupos sociais a qual pertence.

Na transfusão de sangue sem o consentimento do paciente, dois direitos fundamentais estão em conflito, quais sejam, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, ambos previstos constitucionalmente.

Nesse sentido, como ficará demonstrado, a recusa da transfusão de sangue em pacientes adeptos da religião de Testemunha de Jeová deve ser respeitada, uma vez que o direito à vida só se concretizará na sua plenitude se for assegurada à pessoa uma vivência digna.

Entretanto, o direito à vida apenas poderá ser sobrepujado quando houver manifestação consciente do paciente, na qual invoque de forma incontestada a sua vontade de não realizar a transfusão. Essa solução, todavia, só pode ocorrer se não estiver em iminente perigo de morte.

O objetivo desta monografia é o de viabilizar juridicamente a recusa da transfusão sanguínea quando o paciente expressamente não consentir e quando não estiver em risco de morte.

Devido à complexidade do tema, deve-se utilizar dos princípios gerais da hermenêutica para solucionar o caso concreto, haja vista a ocorrência de conflito entre direitos fundamentais.

Por isso, se explanará sobre os conflitos entre os direitos fundamentais, destacando os princípios hermenêuticos como critério solucionador, em especial o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

A presente monografia está estruturada em quatro capítulos, sendo precedida de considerações conceituais, onde apresentará alguns conceitos doutrinários.

No primeiro capítulo explorará, sobre religião de testemunha de Jeová, abordando aspectos como seu nome distintivo, atividades básicas e algumas passagens bíblicas na qual os adeptos da religião fundamentam o direito de recusa.

No segundo capítulo exporá a alguns direitos previstos constitucionalmente e que fundamentam o tema. É nesse capítulo, também, que se comentará sobre a legislação infraconstitucional.

No terceiro capítulo destinará a apresentação das diferentes opiniões que o tema enseja. O presente capítulo também se destina a abordar duas polêmicas situações, onde envolve menores de idade e sobre a validade do documento particular no qual o paciente manifesta previamente sua vontade de não realizar a transfusão. Também abordará nesse capítulo sobre os tratamentos alternativos existentes.

O quarto e último capítulo apresentará as gerações de direitos fundamentais, os conflitos entre tais direitos e suas modalidades, princípios hermenêuticos como critério solucionador, destacando neste o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios e, por fim, demonstrará a legitimidade da recusa à transfusão sanguínea quando o paciente manifesta conscientemente essa vontade e não está em perigo de morte.

Os métodos utilizados para alcançar o objetivo da presente monografia é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Além disso, a análise de dispositivos legais também constitui meio para atingir tal fim.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como problema, indagar se seria juridicamente possível a recusa dos adeptos da religião de “Testemunha de Jeová” em se submeter à transfusão sanguínea. Caberia, assim, realizar a transfusão de sangue para salvar a vida do paciente, sem que este consinta? Uma vida sem dignidade é uma vida? A liberdade religiosa justifica a não realização da transfusão?

Assim, dúvidas inexistem quanto à importância do tema e sua complexidade. No entanto, ao utilizarmos recursos que nosso ordenamento jurídico nos oferece, podemos solucionar a questão de forma que mais consubstancie os ideais de justiça.

Nesse sentido, utiliza-se o pensamento de Ana Carolina Reis Paes Leme como marco teórico.

A solução é, então, buscar estes critérios para resolver a aparente colisão de direitos fundamentais, diante de um caso concreto, nos princípios informadores da Hermenêutica Constitucional, já que não há um critério dogmático *a priori*, e balizar a ponderação de tais valores na supremacia da dignidade humana, fundamento do nosso Estado de Direito democrático e social e princípio informador de qualquer interpretação de direitos fundamentais.¹

Desse modo, com base nessa linha de raciocínio, podemos solucionar tal problemática e obter ganhos intelectuais, jurídicos e sociais.

Os ganhos intelectuais podem ser vislumbrado na medida em que proporcionará grande esclarecimento acerca do tema e contribuirá para que os operadores do direito tenham a absoluta certeza se seria possível a defesa dos interesses dos cidadãos aos casos que lhes apresente.

Ao mundo do Direito, os ganhos jurídicos são facilmente notáveis, pois diante das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, é fundamental buscar a pacificação de um entendimento que seja mais razoável e equitativo e que melhor assegure a concretização e proteção dos direitos dos cidadãos.

À sociedade, o estudo do tema também irá trazer um ganho muito grande. Isso porque as divergências geram insegurança jurídica e, adotar um entendimento mais unânime, possibilitará aos cidadãos (mormente aos integrantes da religião Testemunha de Jeová) ter a exata compreensão em saber até onde se estende o direito à liberdade religiosa.

¹ LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Vislumbrando a importância de discutir sobre o tema ora proposto, mister se faz a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de facilitar a compreensão do leitor sobre essa matéria e construir um raciocínio lógico, para responder a problemática proposta, qual seja, sobre a legitimidade da recusa à transfusão sanguínea pelos adeptos da religião de Testemunha de Jeová. Nesse propósito, há que se conceituar os seguintes termos: direitos fundamentais, colisão de direitos e princípios.

Para José Afonso da Silva, os direitos fundamentais designam, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições asseguradas pelo ordenamento jurídico, a fim de se garantir uma vida digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* encontra-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a ser humano não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.²

Os direitos fundamentais são, portanto, aqueles direitos imprescindíveis que devem ser garantidos ao ser humano para que possa viver de forma digna.

Muitos utilizam a expressão “direitos humanos” para se referir aos “direitos fundamentais”. No entanto, embora nos primórdios da história se confundissem, já que a gênese de ambos se encontra no iluminismo, nos dias atuais é fundamental que se estabeleça a distinção entre tais direitos. Nesse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet assim distingue :

(...) o termo *direitos fundamentais* se aplica para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* guardaria relação com documentos de direito internacional, por referir-se ‘aquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, por tanto, aspiram à validade universal, para todos povos e todos os tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.³

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 182, 1999.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Apud SLAVOV, Barbara. *Os limites do uso do desenvolvimento tecnológico frente aos direitos de privacidade*, p.26. Tese (Mestrado em Direito), Centro Universitário FIEO. São Paulo: Osasco, 2009. Disponível em: http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2009/diss_barbara_2009.pdf. Acesso em 13 Abril 2011.

Assim, podemos afirmar que os direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis à existência humana e que estão consubstanciados em regras jurídico-positivas, tendo âmbito de validade somente dentro das fronteiras territoriais de determinado Estado. Já os direitos naturais, são válidos para todos os povos e todos as nações, transcendendo as fronteiras territoriais do Estado.

Em determinadas situações, é possível, que ocorra conflito (ou colisão) entre dois ou mais direitos fundamentais. Diz-se que ocorre tal conflito quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular conflita com o exercício de direito fundamental por parte de outro titular.⁴

A respeito desses conflitos, Gilmar Ferreira Mendes assim explica:

Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade.⁵

Desse modo, em determinados casos concretos pode ocorrer que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impossibilite o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, configurando assim, conflito entre direitos fundamentais.

Nesses casos, a Hermenêutica Jurídica nos orienta a utilizar os princípios jurídicos para solucioná-los. Para Celso Antônio Bandeira de Mello princípios jurídicos constituem :

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer⁶

Corroborando deste entendimento, Roque Antônio Carraza explica:

⁴ CANOTILHO, José. Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 657, 1991.

⁵MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 375, 2009.

⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 545-546, 1996.

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam⁷.

Assim, podemos dizer que os princípios conferem unidade ao ordenamento jurídico, de forma que todas as regras jurídicas que o compõe sejam harmônicas e coerentes entre si. Além disso, exerce função mandamental, uma vez que vincula o entendimento e aplicação de regras jurídicas.

In casu a conflito pode ser vislumbrado entre o direito à liberdade religiosa e o direito à vida. Para a solução desse aparente conflito entre direitos fundamentais, deve-se utilizar os recursos hermenêuticos, notadamente o princípio da proporcionalidade.

⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. p. 33, 2001.

CAPÍTULO I – TESTEMUNHAS DE JEOVÁ:

1.1 Testemunhas de Jeová e suas Atividades básicas

O movimento religioso conhecido como “Testemunha de Jeová” é uma religião cristã, fundada por Charles Taze Russell na Pensilvânia, Estados Unidos, na qual seus adeptos seguem Jesus Cristo e adoram exclusivamente a Jeová.

Charles Taze Russell (1852-1916) até seus quinze anos pertenceu à igreja presbiteriana. Após essa idade, ele passou a discordar de alguns pontos doutrinários difundidos pela igreja a qual pertencia, como a afirmação da existência do inferno e do castigo eterno, resolvendo, então, deixar de ser membro.

Em 1879 Russell começou a publicar “A Sentinela do Sião” e o “Mensageiro da Presença de Cristo”, que eram revistas religiosas que pregavam uma nova doutrina religiosa⁸. Três anos depois formou uma sociedade bíblica sendo inicialmente chamada de “Sociedade de Trato da Sentinela do Sião”, mais tarde com o nome “Sociedade Torre de Vigia”, que era a denominação que Russell atribuía à sociedade que o seguia, da Pensilvânia.

Após a morte de Russel, seu sucessor Joseph Franklin Rutheford (1869 – 1942), de Missouri (E.U.A) começou a propagar a doutrina religiosa no exterior. Com isso os ideais religiosos rapidamente começaram espalhando para o resto do mundo.

Todavia, foi somente em 1931 que a Sociedade foi intitulada de Testemunha de Jeová, adquirindo o referido nome com base um trecho bíblico, mais especificamente no *Livro de Isaías*, no qual Jeová pede aos fiéis que sejam suas testemunhas e preconizem sua doutrina.⁹

Depois da morte de Rutheford sucederam à presidência da sociedade respectivamente: Nathan Knorr (1905 - 1977), Frederick William Fraz (1893 – 1992),

⁸ FARRINGTON, Karen. *História Ilustrada da Religião*. p. 167, 1999.

⁹ Em Isaías 43:10 temos: "Vós sois as minhas testemunhas", é a pronúncia de Jeová, "sim, meu servo a quem escolhi, para que saibais e tenhais fé em mim, e para que entendais que eu sou o Mesmo. Antes de mim não foi formado nenhum Deus e depois de mim continuou a não haver nenhum". Bíblia on-line. *Tradução do Novo Testamento e das Escrituras Sagradas*. Web Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Publicações. Disponível em: http://www.watchtower.org/t/biblia/isa/chapter_043.htm Acesso 22 fev. 2011.

Milton George Henschel (1920 – 2003), Milton George Henschel (1920-2003) e Don Alden Adams (nascido em 1925).

Hoje a sociedade possui mais de 4 milhões de membros em todo mundo. Além disso, as estatísticas indicam que a cada ano quase 200.000 mil novos membros aderem à religião.

As Testemunhas de Jeová destacam-se por serem grandes estudiosos da bíblia e acreditam que a bíblia é a palavra de Deus. Consideram seus 66 livros como inspirados e historicamente corretos. O que usualmente conhecemos por “Novo Testamento”, eles o chamam por Escrituras Gregas Cristãs e o “Velho Testamento”, de escrituras Hebraicas. Fundamentam sua doutrina tanto nas Escrituras Gregas como nas Hebraicas, e utilizam-nas literalmente, exceto quando as expressões ou contexto indicam de modo óbvio que são figurativas ou simbólicas.¹⁰

Em sua obra de evangelização, visitam de casa em casa e também pregam sua doutrina nas ruas. Além disso, com o objetivo de estudar a bíblia, assistem semanalmente a reuniões congressionais e grandes eventos anuais.

Alguns dos aspectos peculiares da religião se devem ao fato de que seus adeptos não celebram aniversário ou Natal, sob o argumento todas essas práticas têm origem em festividades pagãs, desagradando seu Deus Jeová. Além disso, recusam realizar a transfusão de sangue, por acreditar que o sangue é algo sagrado.¹¹ A única festa que comemoram é o Memorial, quando comemoram a morte de Cristo.¹²

No plano moral, as testemunhas acolhem alguns preceitos de outras denominações fundamentalistas como a proibição de fumo, de álcool e de jogos de azar. Admitem o divórcio em caso de adultério, alcoolismo e apostasia.¹³

As testemunhas de Jeová tem diversos “livros de estudos” semanais. Seus membros não são obrigados a participar, mas há um nível de expectativa que leva os adeptos a participarem.

Em relação ao batismo, as Testemunhas de Jeová afirmam que a pessoa, ao mergulhar na água, deixa para trás todos os seus erros e desejos pessoais e, a

¹⁰ GOLDIN, José Roberto; SALGUEIRO, Jennifer Braathen; RAYMUNDO, Márcia Mocellim; MATTE, Ursula; BÔER, Ana Paula de. *Bioética & Espiritualidade*. p.246, 2007.

¹¹ FARRINGTON, Karen. *História Ilustrada da Religião*. p. 167, 1999.

¹² REEBER, Michel. *Religião: termos, conceitos e idéias*. Tradução de Luiz Cavalcanti M. Guerra. p. 243, 2002..

¹³ HORTAL, Jusús. *E haverá um só rebanho: história, doutrina e prática católica do ecumenismo*. p. 77. 1996.

partir do momento em que se ergue da água, busca servir a Deus, cumprindo seus mandamentos como um novo indivíduo. Na realidade, para os Testemunhas de Jeová, o batismo é um pacto que a pessoa faz com Deus, assumindo o compromisso de Testemunhar a seu favor, ou seja, tornar-se uma Testemunha de Jeová.¹⁴

As Testemunhas de Jeová adotam uma ética puritana que promove a honestidade, a higiene, a temperança e a generosidade. Distinguem-se de outros puritanos por não se envolverem em questões políticas e sociais. A razão para isso é que estão esperando a grande transformação, quando tudo o que acontece neste mundo irá perecer. Em tempos de guerra, recusam-se a servir ao Exército, alegando objeção de consciência. Acreditam que os ensinamentos de sua igreja são a única coisa que pode trazer a salvação, por isso objetam todos seus esforços para propagá-los. Qualquer oposição que encontrem, simplesmente reforça sua convicção de que estão entre os escolhidos de Deus.¹⁵

Desse modo, observa-se que as Testemunhas de Jeová vêem a religião como um modo de vida, sendo que todos os outros interesses giram em torno da adoração que prestam a Jeová.

1.2. A Transfusão de Sangue e o fundamento religioso

Como afirmado, é característico das Testemunhas de Jeová a interpretação literal dos textos bíblicos, onde consideram o sangue como propriedade de Deus, por ser o princípio vital do corpo. Conseqüentemente, não admitem em nenhuma hipótese, a transfusão de sangue, o que tem acirrado conflito entre hospitais, clínicas e o Direito.

Por essas razões, as Testemunhas de Jeová sofrem opressões por parte da sociedade por não aceitarem as transfusões de sangue, embora aceitem tratamentos alternativos.

O fundamento religioso utilizados pelas Testemunhas de Jeová para não realizarem a transfusão é obtida em algumas passagens bíblicas, dentre elas podemos destacar em gênese:

¹⁴ KUCHENBECKER, Valter *O Homem e o sagrado: a religiosidade através dos tempos*. p. 158, 2004.

¹⁵ GAADER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. p. 229-230, 2008.

Gêneses (9:3) Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo

Gêneses (9:4) Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer

Gêneses (9:5) E, além disso, exigirei de volta vosso sangue das vossas almas. Da mão de cada criatura vivente o exigirei de volta; e da mão do homem, da mão de cada um que é seu irmão exigirei de volta a alma do homem.¹⁶

Em Levítico temos:

Levítico (3:17) É um estatuto por tempo indefinido para as vossas gerações, em todos os vossos lugares de morada: Não deveis comer nenhuma gordura nem sangue algum

Levítico (7:26). E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal

Levítico (7:27) Toda pessoa que comer algum sangue, será eliminada do seu povo.

Levítico (17:10) Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo.¹⁷

Nos Atos dos Apóstolos podemos destacar:

Actos 15:29: De persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicção. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós

Atos 21:25. Quanto aos crentes dentre as nações, já avisamos, dando a nossa decisão, de que se guardem do que é sacrificado a ídolos, bem como do sangue e do estrangulado, e da fornicção¹⁸

Assim, é com base nessas passagens bíblicas que as Testemunhas de Jeová firmam o posicionamento de não aceitarem receber sangue de outrem.

Atualmente existem as Comissões de Ligações com Hospitais (COLH's) que foram criadas com o objetivo de amparar as Testemunhas de Jeová na sua determinação de não aceitar infusões de sangue e firmar um espírito de cooperação entre pacientes e instituições médica. Essas Comissões fornecem aos médicos

¹⁶ Bíblia on-line. *Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas*. Web Site Oficial das Testemunhas de Jeová. Publicações . Disponível em: <http://www.watchtower.org/t/biblia/index.htm>. Acesso em 22 fev. 2011,

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

artigos sobre tratamentos alternativos e mantêm contato com inúmeros médicos no Brasil. No mundo todo, existem muitos médicos dispostos a tratar e operar Testemunhas de Jeová sem sangue. Esses serviços das 'Comissões de Ligação com Hospitais' são prestados por anciãos selecionados e treinados para tal.¹⁹

Esses anciãos alertam para o fato de que existem alternativas para transfusões de sangue e explicam os fundamentos das Testemunhas de Jeová. Nos casos de emergência, ajudam tomar providência para que ocorram contatos entre cirurgiões que já trataram, sem sangue, Testemunhas de Jeová em casos similares. Além de médicos e hospitais, estes anciãos também visitam juízes nos casos em que hospitais, na tentativa de administrar transfusões de sangue, procuram ordens judiciais.²⁰

¹⁹ SÁ, Fabiana Costa Lima de. *A Liberdade Religiosa e a Transfusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová*. Fortaleza, p. 2, 2000. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18833/"A Liberdade Religiosa e a Transfus%C3%A3o.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18833/) Acesso 28 mar. 2011.

²⁰ Ibidem.

CAPÍTULO II- EMBASAMENTOS LEGAIS

2.1. Direito à vida

Muitas discussões filosóficas, jurídicas, biológicas e religiosas se formam a respeito de se saber quando começa a vida. Como não há um entendimento pacífico, o presente trabalho prefere reportar o direito a vida apenas um direito fundamental, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.²¹

José Afonso da Silva nos ensina que conceituar a palavra vida não é uma tarefa fácil, uma vez que corre o risco de ingressar no campo da metafísica supra-real. No entanto, o citado doutrinador, nos traz alguns comentários sobre esse direito fundamental:

Vida, no texto constitucional (art.5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transformando-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.²²

Assim, pelo conceito acima exposto notamos que todo *ser vivo* percorre ao ciclo natural da vida, isto é nasce, cresce, vive, reproduz e morre. Tudo que interferir nesse correr espontâneo e natural da vida vai de encontro à vida.

No entanto, é importante destacar que o direito à vida assegurada no texto constitucional não se destina à vida em todas as suas formas (vegetais, animais, microorganismos, etc), mas somente à *vida humana*, uma vez que apenas os seres humanos são titulares de tal direito fundamental.

²¹ “Art. 5º. 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 (...)”

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 200, 1999.

Sendo um direito fundamental, o direito a vida previsto no texto constitucional assume dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.²³

O direito de “continuar vivo” relaciona-se ao direito ter o ciclo de vida natural sem interferência e interrupção, que não seja a própria morte. Já o direito de “ter vida digna quanto à subsistência”, está relacionado ao fato de que não basta assegurar a existência, pois é necessário que se garanta a cada um uma vida com dignidade.

Nesse contexto, o direito à vida assume uma dimensão negativa e outra positiva. Negativa porque tal direito se apresenta com cunho de defesa, no sentido de impedir que os poderes públicos e os particulares pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer humano. Por outro lado, também assume a conotação positiva, que se traduz numa pretensão jurídica de exigir do Estado medidas eficientes para garantir a satisfação de tal direito de forma plena.²⁴

Nesse sentido, não sendo possível ao Estado garantir à pessoa uma vida com dignidade, não se está garantindo a vida em toda a sua plenitude. Por isso, impor coercitivamente a transfusão sanguínea em uma pessoa que expressa e conscientemente não queira representa um atentado à vida com dignidade. No entanto, como se verá adiante, esse não é o entendimento quando se tratar de iminente perigo de morte e nos casos em que a pessoa não possa manifestar sua vontade.

No entanto, cabe destacar que por ser relativo o direito à vida, tal direito perde relevância toda vez que em confronto com outros direitos fundamentais, estes mais se aproximarem ao da dignidade da pessoa humana.

2.2. Direito à privacidade

Outra limitação à realização da transfusão sanguínea sem o consentimento do paciente, é o direito à privacidade previsto e assegurado pela Constituição Federal, no art. 5º, X.²⁵

²³ MORAIS DE, Alexandre. *Direito Constitucional*, p. 31, 2007.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de direito Constitucional*. p. 398, 2009.

²⁵ Art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Pode-se dizer que o direito a privacidade é àquela esfera íntima da pessoa, referentes a comportamentos e acontecimentos pessoais ou profissionais que o indivíduo não deseja se torne de conhecimentos de terceiros. Relaciona-se com o desejo de se ter uma vida pacífica e tranqüila podendo a pessoa orientar-se sem interferência de terceiros.

Paulo Gustavo Branco citando Tércio Sampaio Ferraz assim conceitua direito à privacidade:

É um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país, cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.²⁶

Assim, sendo um direito subjetivo fundamental, que diz respeito somente à própria pessoa, é facultado ao titular desse direito constranger terceiros para que respeite todas as decisões que tenham respaldo nesse referido direito.

Neste contexto, a recusa em realizar a transfusão de sangue encontra respaldo em tal dispositivo, uma vez que constranger o paciente a realizar transfusão quando expressamente e conscientemente não queira representa um atentado à esfera da privacidade.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Basto afirma:

Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos ‘motivos humanitários’ da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos.²⁷

Deste modo, notamos que impor ao paciente uma conduta que só a própria pessoa cabe decidir, importa um atentado violento a privacidade, uma vez que trata-

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 421. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de direito Constitucional*. p. 421, 2009

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*, p. 19, 2000.

se de uma decisão que diz respeito à esfera íntima da pessoa, onde terceiros devem respeitar sob pena de a própria pessoa ter sua tranqüilidade, vida privada e pacífica violados.

2.3 Direito à liberdade de consciência e crença

O direito liberdade religiosa está previsto no art. 5º, VI da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 5º 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;²⁸

Como se pode ver, o nosso legislador constituinte assegurou pelo citado dispositivo constitucional a liberdade religiosa, consubstanciando-se nas expressões “liberdade de consciência” e a “liberdade de crença” e “livre exercício de culto”.

Pelo mencionado artigo observamos que nosso legislador utilizou três expressões distintas, possuindo cada qual sentido diversos. Assim, podemos dizer que a liberdade de consciência não deve ser confundida com liberdade de crença, uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma, o que inclui os próprios ateus e os agnósticos.²⁹ Por outro lado, a liberdade de crença é a liberdade de crer naquilo que se acredita. Assim, a liberdade de consciência é prévia à liberdade de crença.

Por outro lado, temos ainda a liberdade de culto, que é a manifestação da liberdade de crença, consubstanciando-se num conjunto de práticas religiosas.

Assim, enquanto a liberdade de consciência e de crença é de foro íntimo, a liberdade de culto não. Com base nesses conceitos, José Cretella Jr. nos ensina que:

Como existe diferença entre pensamento em si e o *pensamento exteriorizado* por manifestações, no mundo circunvizinho, do mesmo modo ocorre diferença entre a *interiorização* e a *exteriorização*.

²⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. ANGER, Anne Joyce. *Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum*. p. 24, 2009.

²⁹ BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 49. 1989.

Consciência é a fé interiorizada. Religião ou culto é a fé exteriorizada. ³⁰

Assim, observamos que a liberdade religiosa engloba a liberdade de consciência, de crença e a de culto.

No entanto, é importante destacar a liberdade religiosa não fica restrita apenas na liberdade de crer em uma doutrina e praticar cultos religiosos, pois tal liberdade vai além, abrangendo todas as práticas que são realizadas com respaldo na referida liberdade

Nesse sentido, Claudio da Silva Leira explica que:

A liberdade de religião, conforme o dispositivo constitucional, não abrange apenas o direito de crer em uma doutrina, mas também o de exercer os preceitos da fé professada. Nessa última hipótese se insere o expressar a fé em todos os aspectos da vida, seja fazendo o proselitismo, demonstrando a fé em público, escrevendo e compondo músicas a respeito, bem como recusando tratamentos médicos específicos. ³¹

Assim, com base nesse conceito, podemos afirmar que legítima é a recusa dos pacientes adeptos da religião de testemunha de Jeová que de forma expressa e consciente rejeita a transfusão sanguínea. Isso porque a liberdade religiosa não se esgota apenas no plano da crença individual e na liberdade de culto, mas também se estende à realização de atos com fundamento na religiosidade.

2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

A recusa à realização da transfusão sanguínea também encontra amparo na dignidade da pessoa humana, que está previsto no art. 1º, III da Constituição da República e é considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Dizer que a dignidade da pessoa humana é fundamento da república, implica

³⁰ CRETELLA Jr, José. *Elementos do direito Constitucional*. 2000.

³¹ LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová. Uma gravíssima violação de direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2100, 1 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12561>. Acesso em: 22 fev. 2011.

dizer que constitui fonte normativa dos demais direitos, ou seja, todos os demais direitos devem encontrar respaldo no referido princípio³²

Noutro aspecto, é com base nesse princípio que se assegura o direito à integridade moral e ao mínimo ético para a existência digna.

A respeito de tal princípio, Alexandre Morais explica que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³³

A partir desse conceito, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o direito à vida, pode ser vislumbrado em duas dimensões: uma negativa e outra positiva.

A primeira pode ser verificada ante o fato de que o indivíduo, por ser dotado de personalidade, possui um espaço de liberdade diante das intervenções dos poderes públicos e de terceiros. Assim, tanto o Estado como terceiros devem se abster de condutas que possam violar àquele âmbito de proteção mínima que norma constitucional assegura a todo ser humano para que possa ter uma vida digna.

Numa segunda dimensão, a dignidade da pessoa humana assume uma dimensão positiva, onde se reconhece que o indivíduo possui a capacidade de se auto-determinar e fazer escolhas de forma a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade. Assim, a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.³⁴

³² A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que muitos tendem a considerá-lo de valor absoluto e outros de valor relativo. No entanto, o melhor entendimento encontra-se com Inocêncio Coelho Mártires, onde afirma que *a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos - ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 174, 2009.)

³³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p.128, 2003.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 168-169, 1991.

Com base nessas considerações, podemos dizer que realizar a transfusão sanguínea em pessoas que expressa e conscientemente não queira, vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois muitas vezes, a vida é salva, mas sua dignidade é violada, o que acaba causando grandes transtornos, uma vez que a própria pessoa se auto-repudia, podendo até mesmo ser excluída dos grupos sociais a qual pertence. Com isso, transtornos psicológicos acabam sendo inevitável, o que impossibilita a pessoa de ter uma vida digna.

Ademais, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana pressuposto ao exercício dos demais direitos, o direito a vida só se concretizará em sua plenitude se for assegurada a dignidade, pois aquele direito pressupõe este. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que a “Dignidade da pessoa humana, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”³⁵

Assim, havendo manifestação consciente de não realizar a transfusão, deve-se respeitar tal decisão, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.5 Legislação infraconstitucional

No âmbito da legislação infraconstitucional temos o Código Penal Brasileiro implicitamente acolhe o posicionamento de se realizar a transfusão sanguínea sem o consentimento do paciente quando houver iminente perigo de morte. É o que pode ser extraído do art. 146, §3º, I:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§1º (...)

§2º (...)

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida³⁶

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109, 1999.

³⁶ CÓDICO PENAL. ANGHER, Anne Joyce. *Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum*. p.341, 2009

Com base no citado artigo, observamos que o legislador infraconstitucional ao fazer uma ponderação de valores constitucionais em conflito considerou atípica a conduta do médico que realiza a transfusão em casos de iminente perigo de morte sem o consentimento do paciente.

Caso não realize a transfusão de sangue nos casos em que o paciente encontre-se em iminente perigo de morte, deve o médico ser responsabilizado em razão da prática de crime comissivo por omissão. Isso ocorre porque o Código de Ética Médico (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009) impõe ao médico o dever de cuidado e proteção do paciente que se encontra em iminente risco de morte obrigando-o a utilizar os dos meios disponíveis de tratamento ao seu alcance.³⁷

Tratando-se de um dever, o médico assume a obrigação de agir para evitar a ocorrência do resultado morte. Nesse sentido, temos o Código Penal Brasileiro:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;³⁸

Assim, tendo o médico a obrigação legal de prestar socorro ao paciente, pode ele ser responsabilizado penalmente em razão da omissão, uma vez que possui o dever legal de impedir a ocorrência do resultado.

Nesses casos, a responsabilidade médica vai além do crime de omissão, previsto no art. 135 do Código Penal, isto porque o médico assume a posição de garantidor para evitar o resultado.

Desse modo, caso advenha o resultado morte em razão da não realização da transfusão, deve o médico ser responsabilizado pela prática de homicídio doloso, na concepção de dolo eventual.

³⁷ É vedado ao médico:

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

(...)

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

³⁸ CÓDICO PENAL. ANGHER, Anne Joyce. *Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum*. p.331, 2009.

Não obstante tal entendimento, há autores que entendem que o médico deve ser responsabilizado por omissão de socorro. Nesse sentido, podemos destacar Carlos Ernani Constantino, afirmando que, no caso de médico omitir-se em aplicar a transfusão de sangue em pessoa que esteja em perigo de morte, prática de crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135, do Código Penal.³⁹ O mesmo entendimento é compartilhado por Romeu de Almeida Salles Jr. que afirma: a oposição ao tratamento pelo paciente não faz desaparecer a ilicitude do comportamento omissivo do médico que responderá pelo delito de omissão de socorro caso não venha a prestar assistência.⁴⁰

Por outro lado, existem aqueles que entendem que o médico não deve ser responsabilizado caso não realize a transfusão. Corroborando deste entendimento, podemos destacar Celso Ribeiro Bastos afirmando que o médico deve satisfazer a vontade do paciente independente da melhor solução do ponto de vista técnico do profissional envolvido.⁴¹

Por fim, é importante destacar dois importantes dispositivos do Código de Ética Médico que dispõem:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.⁴²

Desse modo, observamos que Código de Ética Médica privilegia a liberdade e autonomia do paciente de decidir acerca da realização, ou não, da intervenção cirúrgica. No entanto, nos casos de iminente perigo de morte, o diploma legal dispõe que, estando o paciente em estado de inconsciência, o direito a vida deve prevalecer.

³⁹ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro*. Revista Jurídica nº 246, abril, 1998, p.2

⁴⁰ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Código Penal Interpretado*. p. 388, 2000.

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Parecer Penal: direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista dos Tribunais. p. 506, 2001.

⁴² Resolução do CFM. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm Acesso em 13 de abril 2011.

CAPÍTULO III - AS CONTROVÉRSIAS, O PRÉVIO CONSENTIMENTO, OS MENORES E OS TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

3.1 Controvérsias

Na recusa da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, existem autores que entendem que o direito à vida deve se prevalecer em detrimento da liberdade religiosa e há àqueles que adotam posicionamento diverso.

O entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência é que a vida deve se sobrepor liberdade religiosa, em casos de iminente perigo de morte.

Posicionando-se a favor de realizar transfusão sanguínea somente nos casos de iminente perigo de morte, podemos destacar Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que assim afirmam:

Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos. Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do indivíduo, ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa.

E complementam os autores:

Acreditamos, realmente, que o parâmetro a ser tomado é sempre a existência ou não de iminente perigo de vida. No caso de paciente maiores e capazes, no momento da concessão do consentimento, entendemos que, ausente o perigo da vida, mas, só e somente só, a recomendação do tratamento, o médico não deve ministrá-lo, sob pena de estar constringendo ilegalmente o paciente. Assim, caso não observe essa determinação, o médico corre o risco de ser responsabilizado civilmente.⁴³

Corroborando desse entendimento, encontra-se Maria Helena Diniz, que assim argumenta:

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil.*, p. 214-217, 2008.

Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo.

(...)

Creemos que o médico não precisa de autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, mesmo não autorizada pelo paciente e familiares, diante de um iminente perigo de vida, por ser um dever legal de salvar vidas humanas, porque isso o levaria a uma espera, que poderia ocasionar a prática de crime de omissão de socorro.⁴⁴

Na jurisprudência, seguindo a mesma linha de raciocínio, podemos destacar a seguinte decisão:

EMENTA: cautelar. transfusão de sangue. testemunhas de Jeová. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do medico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao medico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art-146, par-3, inc-I, do código penal). caso concreto em que não se verificava tal urgência. o direito a vida antecede o direito a liberdade, aqui incluída a liberdade de religião é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor às 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..⁴⁵

Por outro lado, há doutrinadores que, filiando-se à corrente minoritária, entendem que o direito à liberdade religiosa deve prevalecer sobre o direito à vida. Entre tais doutrinadores, podemos destacar Luzia Chaves Vieira, que entende que o poder de disposição sobre o próprio corpo é um direito personalíssimo, cabendo

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. p.213, 2001.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 6ª Câmara Civil, Apelação cível nº 595000373, Rel: Sérgio Gischkow Pereira, j. 28/03/1995 Disponível em www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia , Acesso em 01/04/2011.

somente à pessoa determinar o que é certo ou errado para si, possuindo livre arbítrio, o qual é inerente à pessoa.⁴⁶

Também acolhendo a corrente minoritária, podemos destacar Manoel Gonçalves, que explica:

Num conflito, por exemplo, entre o direito à vida e o direito à liberdade o titular de ambos é que há de escolher o que há de prevalecer. E este registro não teoriza senão o que na história é freqüente: para manter a liberdade o indivíduo corre o risco inexorável de morrer. Não renegue isto quem não estiver disposto a, para ser coerente, lutar para que se retirem das ruas as estátuas de incontáveis heróis, dos altares da Igreja Católica numerosos santos. Nem se alegue que esse argumento levaria à admissão do suicídio. Não, porque não há o direito à morte, embora haja o de preferir, por paradoxal que seja para alguns, a morte à perda da liberdade.⁴⁷

No âmbito dos Tribunais, favoravelmente a essa segunda corrente, podemos destacar a recente decisão proferida pela 12ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se reconheceu o direito de uma mulher – que é testemunha de Jeová - deixar de receber transfusão de sangue, mesmo sendo a medida necessária para salvar sua vida. O relator da matéria, desembargador Cláudio Baldino Maciel, considerou que a transfusão sanguínea, não obstante possa preservar-lhe a vida, retira toda dignidade proveniente da crença religiosa. Segundo ele, não pode o Estado, intervir na relação íntima da pessoa consigo mesma, nas suas opções filosóficas, especialmente da crença religiosa, constitucionalmente protegida como direito fundamental do cidadão, mesmo que importe risco para a própria pessoa que a professa.⁴⁸

Por tudo isso, observamos que as opiniões divergem entre si. No entanto, como será explanado no próximo capítulo, a tese aqui defendida acolhe a acolhe o entendimento majoritário no sentido de que a liberdade religiosa deve ser respeitada nos casos em que a pessoa não esteja em iminente perigo de morte e conscientemente manifeste sua vontade de não realizar a transfusão.

⁴⁶ VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade Civil Médica e Seguro*, p. 22, 2002.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. p.21, 1994.

⁴⁸ Testemunha de Jeová tem direito de não Receber transfusão de sangue, JusBrasil, Notícias, 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2180026/testemunha-de-jeova-tem-direito-de-nao-receber-transfusao-de-sangue> Acesso em: 29 de mar. 2011.

Por outro lado, estando em estado terminal, deve-se realizar a transfusão ainda que os familiares não autorizem e ainda que o próprio paciente tenha se manifestado previamente em documento particular.

3.2 Prévio consentimento do paciente

Muitos adeptos da religião Testemunha de Jeová costumam manifestar previamente sua vontade de não realizar a transfusão de sangue em documento particular para que este possa ser apresentado ao médico caso ocorra algumas situações futuras.

No entanto, é importante indagar sobre a validade da vontade antecipada do paciente, por escrito, rejeitando tratamento médico, quando em estado de inconsciência. Isso porque muitas vezes o próprio paciente, com receio de ser “excluído” do grupo religioso o qual pertence, acaba assinando o documento previamente.

Temos, assim, situações em que a própria pessoa se sente “constrangida” a realizar determinado ato. Nessas situações, o médico não deve levar em consideração tais documentos, em razão da dificuldade de se avaliar, de imediato, se aquele documento foi assinado em decorrência de vontade livre e espontânea ou se assinatura decorreu porque o paciente tem receios de ser reprimido pelos demais membros da sociedade.

Compartilhando esse entendimento, Miguel Ángel Nunes Paz levantando dúvidas a respeito da validade desses documentos, afirma que sendo a objeção à transfusão correspondente a motivos religiosos de grupos muito fechados, é mais fácil suspeitar, com fundamento, que muitas vezes assinatura daquele documento não terá sido espontânea e livre de expressões externas.⁴⁹

É interessante ressaltar que pode ocorrer situações em que o paciente não tenha manifestado sua vontade em documento particular, mas os familiares não aceitam que se realize a transfusão no paciente, estando este em estado de

⁴⁹PAZ, Miguel Ángel Nunes apud Ana Carolina Reis Paes Leme. *Transfusão de sangue em Testemunha de Jeová*. Disponível em: LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. p. 2. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

inconsciência. Nesse caso, também deve ser realizada a transfusão, em razão das suspeitas em relação a esses familiares da vontade de apoderar-se da herança.

3.3 Transfusão de sangue em menores

Questão que também gera controvérsias concerne ao fato de se realizar a transfusão de sangue em menores de idade. Isso ocorre porque seus pais (representantes legais) muitas vezes não autorizam sob o argumento de que sua religião não permite.

Nesse aspecto, temos como preceito legal, o Estatuto da Criança e Adolescente disposto em seu artigo 17 que:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

(...)

III - crença e culto religioso;

(...)

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.⁵⁰

Assim, com base neste artigo, observamos que foi garantido à criança o direito de crença, ou seja, o direito de crer em uma doutrina. Além disso, numa interpretação extensiva ao citado artigo, podemos ainda afirmar o direito de manifestar essa liberdade de crença também foi agasalhado pelo citado artigo.

Outra previsão legal para a proteção à liberdade religiosa, encontra-se na "Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança", adotada pela Assembléia Geral no dia 20 de novembro de 1989, estabelecendo em seu artigo 12 que:

Art. 12 Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o *direito de expressar* suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se

⁵⁰ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em 13 de fev. de 2011.

*devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.*⁵¹

Com base neste artigo notamos que foi garantido à criança o direito de manifestar-se, formulando seus próprios juízos, sobre assuntos que lhe digam respeito. Para isso deve-se levar em consideração sua idade e maturidade.

Assim, com respaldo nos dispositivos legais acima citados, podemos afirmar que em casos de transfusão de sangue, deve-se respeitar a vontade do menor de decidir a respeito de sua realização. No entanto, isso só deve ocorrer se o menor for relativamente incapaz⁵² e se já tiver adquirido maturidade suficiente para assim se determinar.

Acolhendo esse posicionamento, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, assim explica:

*Deve-se... levar em conta, em caso concreto, se o jovem já está em condições de emitir vontade consciente, caso em que deverá ser ouvido. E a fortiori se for apenas relativamente incapaz. Essa vontade consciente deverá ser respeitada. Isso porque os conceitos de maioridade e de menoridade hoje se acham turvos, dado o absurdo de o direito pátrio reconhecer como maior para fins políticos o jovem de dezesseis anos, para fins penais o de dezoito, e somente aos vinte e um para outros fins.*⁵³

Assim, se no caso concreto verificar que o relativamente incapaz já tenha maturidade para fazer escolhas, deve ser dada a ele a capacidade de determinar-se. Isso, porém, se ele não estiver em estado de iminente perigo de morte, no qual a transfusão deve ser realizada.

⁵¹ Convenção sobre os Direitos da criança.

Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php Acesso em 13 de fev. de 2011.

⁵² O Código Civil dispõe que:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos;

II – Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. p.29, 1994.

Nos casos de menores absolutamente incapazes⁵⁴, não é dada a eles a capacidade de se auto-determinar, uma vez que se presume não terem o necessário discernimento para conscientemente emitir sua vontade. Nesses casos, a transfusão sanguínea dever ser realizada, ainda que os pais se recusem.

Nessas situações, cabe ao médico realizar a transfusão, defendendo a vida do paciente. Caso encontre resistência por parte dos pais, deve-se pedir autorização judicial para que se realize o procedimento.

Assim deve se proceder porque estando em conflito o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, este deve prevalecer. Nesse sentido, com muita propriedade, Leme comenta:

(...) após um juízo de ponderação, no caso da transfusão se mostrar imprescindível à manutenção da vida do menor, não seria razoável deixar de realizá-la e, com base em crença religiosa dos pais, dispor justamente daquela vida que precisa de maior proteção pelo ordenamento jurídico: o menor, criança ou adolescente. Não se vislumbra proporcionalidade alguma em afastar a vida de quem sequer possui maturidade para escolher determinada religião.⁵⁵

Desse modo, nos menores absolutamente incapazes, por não possuírem maturidades suficiente, o direito de decidir a respeito da transfusão deve ser dado ao médico, que sempre velará pelo direito a vida.

No entanto, cabe destacar que existem doutrinadores que não compartilham do mesmo entendimento acima exposto. Entre eles, podemos destacar Celso Ribeiro Bastos entendendo que a decisão de não submeter o menor a determinado tratamento médico pertence unicamente ao parente responsável uma vez que, para ele, o poder familiar inclui a tomada das decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela.⁵⁶

⁵⁴ Dispõe o art.3º do Código Civil que:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – Menores de dezesseis anos;

II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

⁵⁵ LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas*. p. 493-507

Por fim, cabe concluir que nossos tribunais vêm resistindo em reconhecer a objeção de consciência à transfusão de sangue.

3.4 Tratamentos alternativos à transfusão

Sabe-se que hoje em dia já existem tratamentos e técnicas alternativas à transfusão sanguínea. Nesse sentido, Bruno Marini⁵⁷ nos apresenta algumas técnicas:

- *Eritropoetina [Humana] Recombinante*, que é uma forma biossintética de um hormônio humano natural que estimula a medula óssea a produzir hemácias;
- *Interleucina-11 Recombinante*, que é uma forma geneticamente produzido de hormônio humano e usado para estimular a produção de plaquetas;
- *Ácido Aminocapróico e Tranexâmico* que são muito úteis para estimular a coagulação inibindo ou cessando a fibrinólise (decomposição dos coágulos sangüíneos), sendo eficazes nos casos de hemorragia, inclusive na cirurgia cardíaca, a oncologia, a obstetrícia, a ginecologia, o transplante, a cirurgia ortopédica, o trauma e os distúrbios hematológicos.
- *Adesivos Teciduais* (como por exemplo, à cola de fibrina), são usados para diminuir a perda de sangue. São utilizados para selar superfícies das feridas cirúrgicas de modo a reduzir o sangramento pós-operatório.
- *Expansores do volume do Plasma*, tais como os *Cristalóides*, os quais são fluidos intravenosos compostos de água, com vários sais e açúcares, que têm a função de manter o volume circulatório do sangue no corpo. São usados em situações em que se perde muito plasma.
- *Colóides*, que são fluidos compostos de água combinadas com partículas bem diminutas de proteínas, os quais mantêm os níveis de proteína sangüínea, estabilizando o equilíbrio dos fluidos e o volume circulatório do sangue no corpo.
- O *coagulador com raio de argônio* que causa um trauma mínimo aos tecidos, coagula os vasos grandes (2 a 3 mm de diâmetro) e reduz o risco de hemorragia pós-operatória. O fluxo de argônio, por ser um gás incolor,

⁵⁷ MARINI, Bruno. *O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>>. Acesso em: 30 mar. 2011

inodoro e inativo, facilita a coagulação controlada por uma área mais ampla, acentua a visibilidade no campo cirúrgico, diminui o manejo de tecidos bem como a exposição do médico ao sangue através de rupturas das luvas ou furo de agulhas.

- A *recuperação intra-operatória* de sangue, onde se recupera o sangue derramado (o qual é lavado ou filtrado pelo equipamento) e depois ele é reinfundido no paciente. Nessa técnica, o sangue flui para fora através de um tubo até o órgão artificial que o bombeia e filtra (ou oxigena) e daí volta para o sistema circulatório do paciente;
- *Hemodiluição*, quando é usado um circuito fechado e não se faz coleta de sangue pré – operatório é aceitável para muitas Testemunhas de Jeová.
- A *recuperação pós-operatória* de sangue que é um tubo de drenagem, no qual o sangue derramado é processado e devolvido ao paciente.
- *Eletrocautério e Lasers* que são, assim como o coagulador com raio de argônio e a recuperação intra-operatória e pós-operatória, instrumentos cirúrgicos.

Como vemos, nos dias atuais a ciência médica já nos oferece vários métodos alternativos à transfusão sanguínea. Por isso, seria totalmente desproporcional impor ao paciente submeter à transfusão quando conscientemente não queira e não esteja em iminente perigo de morte, pois se já existem métodos alternativos que atinjam o mesmo resultado, estes devem ser utilizadas, uma vez que constitui meio menos gravoso.

Assim, notamos que existe um campo bem grande de técnicas alternativas onde é possível realizar respeitar a liberdade religiosa da pessoa, garantindo uma vivência digna.

Além disso, é importante destacar as vantagens que as técnicas alternativas nos oferece. Isso porque que a transfusão de sangue além de colocar em risco a vida, é meio transmissor de diversas doenças, como, como, por exemplo, a AIDS (Síndrome Imunodeficiência Adquirida, em inglês: *Acquired Immune Deficiency Syndrome*) e a hepatite.

Nos casos em que a pessoa não tenha condições financeiras de arcar com as despesas decorrentes das técnicas alternativas, deve o poder público providenciar

medidas tendentes a assegurar o tratamento alternativo e, conseqüentemente, a proteção da liberdade religiosa da pessoa. Nesse sentido, importante foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, no julgamento do Agravo de Instrumento no qual o reconheceu ao paciente o direito de ter suas despesas com tratamento alternativos custeados pelo SUS (Sistema Único de Saúde):

TESTEMUNHA DE JEOVÁ - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE - EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA - TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMINAR CONCEDIDA - RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. 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 (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.⁵⁸

Assim, pelo julgado observamos que o órgão julgador deu prioridade em respeitar a liberdade religiosa da pessoa, determinando que o poder público adote as providências cabíveis para que seja preservado, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.

⁵⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, 5ª Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 22395/2006. Rel Des. Sebastião de Arruda Almeida. in www.tjmt.gov.br.

CAPÍTULO IV - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Direitos fundamentais

Como no início deste trabalho, mais especificamente nas considerações conceituais, foi conceituado direitos fundamentais, passa-se agora a uma abordagem sobre o surgimento de tais direitos.

No início do século XVI, os jusnaturalistas, influenciados por preceitos religiosos, pregavam que o ser humano, pelo só fato de sua existência, era titular de direitos incondicionais, imutáveis e inalienáveis, cabendo ao Estado respeitá-lo. Assim, entendia-se que o ser humano era portador de direitos, não podendo o Estado realizar ingerências indevidas.

A partir do século XVII, idéias contratualistas deram início ao processo de laicização do direito natural, inspirando o movimento iluminista do Estado Liberal, que preconizava o apelo à razão como fundamento do Direito. É nessa época que começa a ser cogitada a idéia de universalidade dos direitos naturais.⁵⁹

Essa época é marcada pelo constitucionalismo do século XVIII, onde o Estado formalmente reconhecia aos homens a titularidade de direitos, o que culminou na Declaração de Direitos de Virgínia (1776).

Com o advento da Revolução Francesa (1789) com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” e com a assinatura da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, iniciou-se um movimento de recepção de direitos, liberdades e deveres individuais.

Assim, se analisarmos os direitos fundamentais a partir da consubstanciação em normas jurídico-positivas, pode-se dizer que sua história teve início com as declarações formuladas pelos estados americanos no século XVIII, onde houve a positivação dos direitos.

Por outro lado, se analisarmos os direitos fundamentais sob uma perspectiva histórica, é possível dizer que suas origens remonta os direitos humanos.

⁵⁹ PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Colisão entre direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8770>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

Contudo, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, *direitos morais* situados em uma dimensão supra-positiva, diversa daquela em que se situam as normas jurídicas.⁶⁰

Assim, levando-se em consideração que os direitos fundamentais originou-se a partir da consubstanciação em normas positivas, verifica-se que, no decorrer da história, à medida que a sociedade foi evoluindo, o Estado começava a reconhecer tais direitos. Tal processo ocorreu de forma gradativa ao longo da história, pois não se reconheceu todos os direitos de uma só vez. Por isso, utiliza-se o termo “geração de direitos fundamentais”.

Muitos autores, no entanto, criticam a expressão “geração” e preferem utilizar o termo “dimensão”, pois acreditam que aquela terminologia leva o leitor à falsa concepção de que a geração posterior substitui a anterior, o que na realidade não ocorre. Explicando a conveniência de empregar a expressão “dimensões”, Tavares explica:

[...] a idéia de “gerações”, contudo, é equivocada, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.⁶¹

Assim, os direitos fundamentais surgiram em decorrência de um processo cumulativo de complementaridade, sendo que suas gerações basearam-se na ordem histórico-cronológica consoante foi surgindo.

Nesse sentido, podemos destacar as seguintes gerações de direitos fundamentais.

- Direitos de primeira geração:

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas do século XVII e XVIII.

⁶⁰ LOPES, Edgard de Oliveira. *Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2872>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

⁶¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. p. 468, 2007.

Tais direitos surgiram no chamado Estado Liberal, marcado por reivindicações populares em busca do reconhecimento formal de direitos que o ser humano entendia ser portador. Buscava-se, nessa época, a conquistas de direitos individuais, como por exemplo, a propriedade privada.

Nessa época, acreditava-se que essas garantias individuais só seriam efetivadas a partir de um não agir do Estado.

Desse modo, os direitos de primeira geração surgiram, pois, como forma de impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não intervenção no espaço de autodeterminação do indivíduo. Assumiam, assim, um cunho de defesa do indivíduo perante o Estado.

Compreendem as liberdades públicas, direitos civis e políticos e têm por titular o indivíduo.

Alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX) como: Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João sem terra”; Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rigts* (1688); Declarações americanas (1776); e declaração francesa (1789).⁶²

- Direitos de segunda geração:

Ante a atitude abstencionista do Estado, as pessoas começaram a perceber que era preciso que o Estado deixasse sua postura negativista e passasse a atuar positivamente, no sentido de se garantir igualdade entre os cidadãos, pois a igualdade que até então existia era tão-somente a formal, não havendo a sua concretização na realidade.

O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial Européia, a partir do século XIX, onde eclodiram diversos movimentos trabalhistas que reivindicavam melhores condições de trabalho e normas de assistência social.

O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha) e pelo Tratado de Versalhes, de 1919 (OIT).⁶³

⁶² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. p. 670, 2009.

⁶³ *Ibidem*.

Assim, os direitos de segunda geração estão relacionados a direitos prestacionais sociais do Estado, assumindo, pois, um escopo positivo do Estado para com o indivíduo.

Desse modo, essa época (chamada de Estado Social) é assinalada como uma nova fase dos direitos fundamentais, uma vez que o indivíduo passa a ter o direito de exigir do Estado que atue positivamente, adotando medidas no sentido de garantir assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, etc.

Na Constituição Federal de 1988, podemos vislumbrar os direitos de segunda geração no art. 6º, tendo por titulares de tais direitos toda a coletividade.

- Direitos de terceira geração:

Devido alterações na sociedade, marcada por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), novos problemas e preocupações mundiais surgem.⁶⁴

Neste contexto, surgem no final do século XX os direitos de terceira geração, abrangendo os direitos da fraternidade, paz, solidariedade, segurança mundiais, meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio cultural da humanidade e comunicação.

A titularidade dos direitos fundamentais de terceira geração é atribuída a toda humanidade, uma vez que abrange direitos difusos.

- Direitos de quarta geração:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo e tem como titulares a humanidade.

Também é nessa quarta geração de direitos que se discute questão do biodireito, experimentos genéticos, pesquisas e procedimentos relacionados a transplante de órgãos, fecundação *in vitro*, clonagem, aborto, homossexualismo, direito à morte e etc.

- Direitos de quinta geração

⁶⁴ Ibidem.

Atualmente já existem doutrinadores defendem a tese a respeito de uma possível quinta geração de direitos fundamentais, onde a paz é incluída nesta.

Nesse sentido, o constitucionalista Bonavides (BONAVIDES, 2008) decidiu dar lugar de destaque à paz no âmbito da proteção dos direitos fundamentais tendo em vista os episódios de guerra que vem assolando a humanidade. Assim, constatou que a paz deveria ser deslocada da terceira geração para uma única geração, que denominou de quinta geração dos direitos fundamentais

4.2 Colisão de direitos

Como visto no tópico anterior, os direitos fundamentais são frutos de um longo processo histórico de conquistas e revoluções até sua consubstanciação na Constituição.

No entanto, apesar de estarem dispostos harmonicamente na constituição, é possível que em determinado caso concreto haja conflito entre direitos fundamentais.

É importante destacar, todavia, que o conflito que se estabelece é apenas *aparente* e não *real*. Dizemos que o conflito é apenas *aparente* e não *real* porque as normas constitucionais nunca entram em colisão entre si, todas estão no mesmo patamar formando um todo unitário e harmonioso. Nesse sentido, Inocêncio Coelho Mártires explica:

Não ocorrem conflitos reais entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque foram promulgados conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem precedência entre as suas disposições.⁶⁵

Assim, observamos que é impossível dizer que duas ou mais normas da Constituição sejam conflitantes entre si. Apenas no caso concreto é possível que surja tal conflito.

Nesse sentido, são modalidades de colisão de direitos fundamentais: colisão com redução bilateral, colisão com redução unilateral e colisão excludente.⁶⁶

⁶⁵ MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. *Interpretação Constitucional*. p. 100, 2007.

A de colisão com redução bilateral ocorre nas situações que existe a viabilidade do exercício conjunto dos direitos fundamentais conflitantes, por meio de relativização de ambos. Nesses casos, não há que se falar em suprimir um direito em detrimento de outro.

É considerado o melhor critério a ser aplicado, uma vez que atribui tratamento uniforme entre os direitos em colisão.

Já a colisão com redução unilateral consiste em relativizar apenas um dos direitos fundamentais em colisão. Nesses casos, existe a viabilidade do exercício conjugado dos direitos fundamentais por intermédio da relativização de apenas um deles.

Por fim, temos a colisão excludente, que ocorre quando a realização concomitante dos direitos em conflito é impossível, uma vez que o exercício de um deles exclui o do outro.

4.2.1 Liberdade religiosa versus Direito à vida

Na recusa à transfusão sanguínea pelos adeptos da religião de Testemunha de Jeová, estão em conflito dois direitos fundamentais: o direito à vida e a liberdade religiosa.

Nesse caso específico, verifica-se que proteger a liberdade religiosa implica suprimir o direito à vida e, proteger o direito à vida, implica suprimir a liberdade religiosa. Temos, assim, uma colisão excludente, onde não é possível o exercício concomitante dos direitos em conflito.

Nesses casos, incumbe ao intérprete perquirir qual direito fundamental expõe-se, no caso concreto, a perigo de lesão mais grave utilizando-se, para isso, a técnica da ponderação de interesses, tendo em vista a Hermenêutica Jurídica.⁶⁷

Portanto, podemos encontrar a solução para o aparente conflito entre direitos fundamentais no campo da Hermenêutica jurídica, que nos indicará a adotar a solução que mais atenda princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁶ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2855>>. Acesso em: 7 abr. 2011.

⁶⁷ Hermenêutica Jurídica é a “ciência auxiliar do direito que tem por objetivo estabelecer princípios e regras tendentes a tornar possíveis a interpretação e a explicação não só das leis como também do direito como sistema.” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. p. 716, 1998.).

4.2.2 Princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios

Tratando-se de aparente conflito entre direitos fundamentais, a Hermenêutica jurídica nos orienta a utilizar os princípios da interpretação constitucional como critério solucionador.⁶⁸

Na utilização de tais princípios, deve o intérprete sempre orientar-se no sentido de buscar a solução que possibilite conciliar os valores em conflito, de forma que possibilite a aplicação de todos, ainda que de forma relativa. Trata-se, pois, da aplicação prática do princípio da *Concordância prática* ou da *Harmonização*.

Nesse sentido, Alexandre Moraes explica:

(...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁶⁹

Assim, toda vez que há conflito entre dois ou mais bens jurídicos, deve o intérprete, primeiramente, tentar coordenar bens conflitantes de forma a evitar o sacrifício de um ou alguns bens em detrimento de outro.

Todavia, nem sempre é possível conciliar os valores constitucionais em conflito sem que se possa suprimir um direito em detrimento do outro, pois, como vimos, há situações em que a realização de um direito fundamental é excludente do exercício do outro.

Nesses casos, deve-se utilizar o princípio Hermenêutico da proporcionalidade para decidir em determinado caso concreto qual o direito prevalecerá, ainda que para isso venha-se restringir algum (ou ambos) os direitos conflitantes.

Corroborando deste entendimento, Luciano Rolim explica:

⁶⁸ Inocêncio Mártires Coelho explica que esses princípios são os da *unidade da Constituição*, da *concordância prática*, da *correção funcional*, da *eficácia integradora*, da *força normativa da Constituição*, e da *máxima normatividade*. Afora esses princípios, o citado doutrinador aponta outros que não estão ligados exclusivamente à exegese constitucional, que são: o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, o da *interpretação conforme a Constituição*, e o da *presunção de constitucionalidade das leis*. (*Curso de Direito Constitucional*, p. 132, 2009).

⁶⁹ MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*, p. 61, 2003.

Outrossim, em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (*colisão excludente*).⁷⁰

Assim, na utilização do princípio da proporcionalidade, deve o aplicador da lei, à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CRFB, art. 1º, III), fazer uma ponderação de valores em conflito e adotar a solução que seja menos gravosa.

Desse modo, observa-se que o princípio da proporcionalidade atua como um importante critério para solução de conflito entre direitos fundamentais e para a concretização da justiça no caso concreto. Nesse sentido, Paulo Bonavides comenta:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.⁷¹

Assim, reforça-se novamente que através de juízos comparativos de ponderação de interesses envolvidos, é possível solucionar o aparente conflito entre direitos fundamentais.

É importante destacar que tal juízo de ponderação a ser exercido, exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve ao benefício que se pretende obter com a solução.⁷² Nesse sentido, para que a decisão tenha respaldo no princípio da proporcionalidade, é preciso que atenda três sub-princípios da proporcionalidade: *adequação, exigibilidade, e proporcionalidade em sentido strito*.

⁷⁰ ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2855>. Acesso em: 7 abr. 2011

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. p.386.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 319, 2009.

O sub-princípio da *adequação* se assenta na exigência de que o aplicador da norma deve utilizar o meio mais adequado para consecução dos fins visados pela lei.⁷³ Se o meio não for apto, haverá desvio de finalidade e, logo, a solução não atende a adequação.

O sub-princípio da *exigibilidade* apregoa que as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, pois os fins visados pela lei não podem ser obtidos por outros meios menos onerosos para direitos, liberdades e garantias.⁷⁴

Assim, dentre os vários meios disponíveis e adequados para promover o fim, deve-se optar pela solução que seja menos onerosa.

Por fim, o sub-princípio da *proporcionalidade em sentido strito* consiste na idéia de que as vantagens advindas com a intervenção sobre um direito fundamental, devem ser maior do que as desvantagens. Significa, pois, que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.⁷⁵

4.3 Legitimidade da recusa à transfusão sanguínea

Como afirmado, na recusa à transfusão sanguínea pelos adeptos da religião de testemunha de Jeová, temos a típica situação onde não é possível conciliar e aplicar ambos os bens jurídicos em conflito, pois garantir a efetivação do direito à liberdade religiosa implica suprimir o direito à vida e vice-versa.

Nesse caso, deve o intérprete utilizar-se do princípio hermenêutico da proporcionalidade e fazer uma ponderação entre os bens jurídicos em confronto e adotar a solução que mais consubstancia os ideais de justiça, equidade, bom senso, moderação, etc.

Ao utilizarmos o princípio da proporcionalidade, a questão pode melhor ser solucionada quando se respeita a recusa à transfusão sanguínea. Isso, porém, só ocorrerá se houver manifestação consciente do paciente e se não estiver em iminente perigo de morte.

⁷³ HESSE, Korad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 256. Apud MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. p.126.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

Assim deve ser a solução pelo fato de que o direito à vida só se concretizará em sua plenitude se for assegurada à pessoa uma vivência digna. Entretanto, não deve ser esse o raciocínio quando se tratar de iminente perigo de morte, pois neste caso a liberdade religiosa assume peso jurídico menor.

Pode-se vislumbrar que tal solução atende aos três pressupostos do princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

Trata-se de uma solução que atende a *adequação* porque a não realização da transfusão sanguínea constitui meio adequado para se proteger a liberdade religiosa da pessoa e a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Também não duvida que tal solução seja *necessária*, uma vez que respeitar a liberdade religiosa da pessoa nos casos em que não se encontre em iminente perigo de morte e manifeste conscientemente sua vontade, constitui opção menos gravosa, ainda mais quando há outros métodos alternativos à transfusão.

Por outro lado, realizar a transfusão sanguínea quando o paciente encontra-se em perigo de morte, constitui a opção menos gravosa, uma vez que violar a liberdade religiosa da pessoa é menos grave do que tolerar sua morte.

Por fim, a solução também atende ao requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois as vantagens advindas com a não realização da transfusão sanguínea são maiores que as desvantagens. Se admitisse a transfusão sanguínea quando o paciente conscientemente não queira e não estando em perigo de morte, sua dignidade estaria ferida e a própria pessoa já não mais conseguiria ter uma vida feliz em meio aos grupos sociais a qual pertence.

Sob outro prisma, se o paciente encontra-se em iminente perigo de morte e não realiza-se a transfusão sob o argumento de estar respeitando a liberdade religiosa, teríamos uma decisão incongruente e totalmente descabida, pois o direito à liberdade religiosa, assim como os demais direitos fundamentais, só concretizarão se for assegurado o direito à vida.⁷⁶

⁷⁶ Nesse sentido, Paulo Gustavo Branco comenta que “a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades religiosas na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro, se não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 393)

Nesse contexto, não podemos falar em suprimir a vida para proteger a liberdade religiosa, pois a liberdade religiosa pressupõe a existência de uma pessoa (viva) como titular.

Desse modo, o a solução acima apresentada para presente problemática, é uma decisão que atende ao princípio da proporcionalidade, uma vez que atende todos os sub-princípios (ou pressupostos) para sua configuração. Além disso, é uma decisão que encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui neste ponto, é importante destacar que existe uma co-relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana face à colisão de direitos fundamentais.

A co-relação que se estabelece é que ao utilizarmos o princípio da proporcionalidade para solucionar a colisão de direitos fundamentais, a atividade interpretativa deve ser realizada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Leme explica:

Após longo processo de ponderação de valores, é imprescindível considerar a força do princípio da dignidade humana como valor preponderante, com vistas a guiar a decisão final acerca da prevalência de um direito fundamental. Será considerada razoável a opção axiológica por um valor, consubstanciado num direito fundamental, que melhor atenda às necessidades da pessoa humana.⁷⁷

Assim, dentre as inúmeras soluções a ser dada em determinado caso concreto, deve-se optar pela que mais se aproxime do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”⁷⁸

Nesse sentido, nos casos em que a pessoa manifeste seu desejo em não realizar a transfusão sanguínea e não está em iminência de morrer, a liberdade religiosa deve ter prevalência sobre o direito à vida. Isso ocorre porque ao fazer a

⁷⁷ LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6545>. Acesso em: 9 maio 2011.

⁷⁸ BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*.p.146, 2002.Apud MALAQUIAS, Marcos dos Santos Araújo. *Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2750, 11 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18244>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

ponderação entre os bens jurídicos em conflito, tal decisão é a que mais encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Se impusesse coercitivamente a realização da transfusão no paciente, estar-se-ia ferindo sua dignidade, uma vez que a própria pessoa já não mais se reconheceria em seu próprio corpo. Configuraria uma auto-repulsão, uma não aceitação de si próprio. Corroborando deste entendimento, Ronald Dworking explica:

(...) as pessoas as quais se nega a dignidade podem perder o amor-próprio que ela protege, e tal recusa, por sua vez, faz com que mergulhem em uma forma ainda mais terrível de sofrimento: o desprezo e a aversão a que passam a sentir por si próprias.⁷⁹

Assim, impor a transfusão de sangue no paciente ocasiona, em última análise, a morte psíquica da pessoa, uma vez que há a perda do sentido de viver, principalmente pelo fato de que o paciente, muitas vezes se sente repudiado pelos membros da igreja a qual pertence, pelos vizinhos, amigos e até mesmo pelos próprios familiares.

Sob outro aspecto, estando a pessoa em estado de inconsciência e prestes a morrer, deve-se realizar a transfusão sanguínea, pois nessas situações não há que se falar em violar a dignidade da pessoa humana, uma vez que a intervenção cirúrgica justifica-se para proteger um bem jurídico que, nesse caso concreto, possui peso maior.

É importante destacar que, em situação de urgência deve o médico intervir e realizar a transfusão, sem que configure constrangimento ilegal, uma vez que, como vimos, o Código Penal considera atípico o ato do médico que, sem consentimento prévio, realiza a transfusão quando presente a circunstância de perigo iminente.

Por tudo isso, a solução acima apresentada constitui-se como a mais acertada, haja vista atender ao princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana.

⁷⁹ *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, p. 355, 2003. Apud LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006, p.3. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7977>>. Acesso em: 1 abr. 2011

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja vista as considerações abordadas ao longo do presente trabalho, o qual explanou a temática “A Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová”, foi possível aferir alguns pontos relevantes.

Durante este estudo, procurou-se demonstrar de forma clara e objetiva como a recusa à transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová suscita dúvidas acerca da legitimidade da objeção.

Antes de abordar o tema sob o aspecto jurídico, foi necessário explicar, primeiramente, sobre a religião das Testemunhas de Jeová, destacando aspectos sobre sua fundação, seu nome distintivo, as atividades básicas que seus membros exercem e os preceitos bíblicos invocados para legitimar a recusa à transfusão.

Já sob o aspecto jurídico, foi necessário uma análise acerca dos direitos previstos constitucionalmente que guardam correlação com o tema, bem como uma abordagem sobre a legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, ficou evidenciado no decorrer do presente estudo que realizar a transfusão de sangue em pacientes que não estejam na iminência de morte, representa violação aos seguintes direitos: o direito à vida, privacidade, liberdade de consciência e crença e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de raciocínio, foi comentado que o nosso Código Penal, apesar de não conter dispositivo que regule especificamente a questão, não considera como crime de constrangimento ilegal realizar a transfusão sem o consentimento do paciente, quando tal intervenção se justifica para salvar a vida.

Nessa esteira, também fez-se alusão ao Código de Ética Médico (resolução n 1.931/2009, do Conselho Federal de Medicina) que privilegia a liberdade e autonomia do paciente de decidir acerca da realização ou não da intervenção cirúrgica nos casos em que conscientemente manifeste sua vontade e não esteja na iminência de morrer.

No intuito de demonstrar as divergências que o tema enseja, apresentou-se o pensamento de alguns doutrinadores que possuem diferentes visões acerca do tema, bem como algumas decisões proferidas pelos tribunais. Destacou-se que a corrente minoritária entende que o direito à liberdade religiosa deve se sobrepor a vida em qualquer hipótese. Por outro lado, a corrente majoritária defende a tese de

que o direito a vida deve sobrepor-se a liberdade religiosa em caso de iminente perigo de morte.

Sempre posicionando a favor da corrente majoritária, explanou-se ainda sobre a prévia manifestação de vontade do paciente consubstanciada em documentos particulares, onde revela o desejo de não realizar a transfusão de sangue. Nesses casos, como ficou demonstrado, não deve-se levar em consideração tais documentos, em razão da dificuldade de se avaliar, de imediato, se tal documento foi assinado em decorrência de vontade livre e espontânea ou se assinatura decorreu porque o paciente tem receios de ser reprimido pelos grupos sociais que pertence.

Também foi abordado sobre a transfusão de sangue em menores, onde ficou demonstrado que o relativamente capaz que conscientemente manifeste sua vontade de não realizar a transfusão de sangue deve ter sua vontade respeitada, nos casos que não encontre-se em perigo de morte.

Analizou-se ainda sobre os métodos alternativos à transfusão que a medicina atualmente nos oferece. Percebeu-se desse exame, que a transfusão de sangue constitui meio transmissor de diversas doenças e que os tratamentos alternativos se revelam como método mais seguro. Além disso, observou-se que os métodos alternativos, quando utilizados de maneira eficiente, possibilita salvar a vida do paciente sem a violação da liberdade religiosa.

Ainda sobre os métodos alternativos, comentou-se sobre a importante função que as Comissões de Ligações com Hospitais (COLH's) exercem no sentido de proporcionar um espírito de cooperação entre pacientes e instituições médicas.

Com o escopo de demonstrar que no caso da recusa à transfusão de sangue pelos adeptos da religião de Testemunha de Jeová estão em conflito dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida e liberdade religiosa, foi necessário uma análise acerca do instituto da colisão de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão dispostos na Constituição de forma harmônica e coerente. Todavia, em determinado caso concreto é possível que surja o aparente colisão entre tais direitos. Nesse caso, como ficou claro, cabe ao intérprete sopesar os bens jurídicos em conflito e atribuir maior peso para àquele direito que mais tende trazer justiça ao caso concreto.

Nesse sentido, tratando-se de colisão, ficou confirmado que a questão pode melhor ser solucionada quando se utiliza o princípio hermenêutico da

proporcionalidade a fim de sopesar os bens jurídicos em conflito e adotar a solução que mais consubstancie os ideais de justiça.

É utilizando o princípio hermenêutico da proporcionalidade sempre à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se chegou à conclusão que deve-se respeitar a liberdade religiosa da pessoa, salvo quando está em iminente perigo de morte, sendo essa a decisão que mais atende o princípio da proporcionalidade e seus sub - princípios.

Ficou demonstrado, portanto, que realizar a transfusão sanguínea nos casos em que a pessoa não se encontra em iminente perigo de morte, representa uma intervenção desnecessária que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais quando há outros métodos alternativos à transfusão.

Por outro lado, respeitar a liberdade religiosa da pessoa e não realizar a transfusão de sangue quando a pessoa encontra-se em iminente perigo de morte, constitui medida mais gravosa, uma vez que o direito à vida constitui pressuposto para a existência de todos os demais direitos fundamentais, ou seja, todos os demais direitos fundamentais só se concretizarão se for assegurado direito à vida.

Portanto, como ficou evidenciado, a problemática pode ser solucionada quando utiliza-se dos princípios informadores da Hermenêutica Constitucional e a subsequente ponderação entre os valores conflitantes, onde chega-se à conclusão que a liberdade religiosa da pessoa deve ser respeitada nos casos em que o paciente conscientemente manifeste sua vontade e não esteja em perigo de morte, sendo tal decisão totalmente apta a corroborar o marco-teórico consignado no tópico inicial da presente monografia e encontrando-se hábil a atender o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

SLAVOV, Barbara. *Os limites do uso do desenvolvimento tecnológico frente aos direitos de privacidade*, p.26. Tese (Mestrado em Direito).Centro Universitário FIEO. São Paulo: Osasco, 2009. Disponível em: http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes/2009/diss_barbara_2009.pdf .Acesso em 13 Abril 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*, p. 19. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso . Ribeiro. *Parecer Penal: direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 90, maio 2001.

BONAVIDES , Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11a. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro*. Revista Jurídica n° 246, abril, 1998.

CÓDICO PENAL BRASILEIRO. ANGHER, Anne Joyce. *Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum*. São Paulo: Editora Rideel, 2009

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.ANGHER, Anne Joyce. *Coleção de Leis Rideel. Vade Mecum*. São Paulo: Editora Rideel, 2009.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em:
http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php Acesso em 13 de fev. de 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001

CRESTELLA Jr, José. *Elementos do direito Constitucional*. 4.ed. ver. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em 13 de fev. de 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2ªed. v. III. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOLDIN, José Roberto; SALGUEIRO, Jennifer Braathen; RAYMUNDO, Márcia Mocellim; MATTE, Ursula; BÔER, Ana Paula de. *Bioética & Espiritualidade*. Coleção Bioética. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: saraiva, 2001.

FARRINGTON, Karen. *História Ilustrada da Religião*. 1999. São Paulo: Manole, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo. Impresso pela Sociedade Torre de Vigia de Bíbias e tratados, 1994.

GAADER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. *O livro das religiões*. Trad: Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HORTAL, Jusús. *E haverá um só rebanho: história, doutrina e prática católica do ecumenismo*. 2ª Ed. São Paulo: Loyola, 1996.

KUCHENBECKER, Valter *O Homem e o sagrado: a religiosidade através dos tempos*. 8ª Ed. Canoas: ulbra, 2004.

LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová. Uma gravíssima violação de direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2100, 1 abr. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12561>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. Atual e ampl. São Paulo: saraiva, 2009.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006, p.3. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7977>>. Acesso em: 1 abr. 2011

LOPES, Edgard de Oliveira. *Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas,. consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2872>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

MALAQUIAS, Marcos dos Santos Araújo. *Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2750, 11 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18244>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

MARINI, Bruno. *O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

MÁRTIRES, Inocêncio Coelho. *Interpretação Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II e IV. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. Ed. Atlas – 2003. 2ª Ed.

MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Colisão entre direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8770>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

REEBER, Michel. *Religião: termos, conceitos e idéias*. Trad: Cavalcanti M. Guerra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2855>. Acesso em: 7 abr. 2011.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. *A Liberdade Religiosa e a Transfusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová*. Fortaleza, v.3, n.1, 2000. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18833/"A Liberdade Religiosa e a Transfus%C3%A3o.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18833/) Acesso em 12 de fev. de 2011.

SALLES JUNIOR, R. A. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª. ed., 1999

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: saraiva, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO, 5ª Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 22395/2006. Rel Des. Sebastião de Arruda Almeida. in www.tjmt.gov.br.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 6ª Câmara Civil, Apelação cível nº 595000373, sexta câmara cível, Rel: Sérgio Gischkow Pereira, j. 28/03/1995 Disponível em www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia , Acesso em 01/04/2011.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade civil médica e seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.