

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Renan Felipe da Silva

**DIREITO À VIDA E A LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA:
solução para a transfusão sanguínea**

Taubaté - SP

2019

Renan Felipe da Silva

**DIREITO À VIDA E A LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA:
solução para a transfusão sanguínea**

Trabalho de graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Taubaté como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Edson Sampaio da Silva.

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

S586d Silva, Renan Felipe da
Direito à vida e a livre convicção religiosa : solução para transfusão
sanguínea / Renan Felipe da Silva -- 2019.
57 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Edson Sampaio da Silva, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Dignidade (Direito) - Brasil. 2. Direitos fundamentais - Brasil. 3.
Testemunhas de Jeová. 4. Religião e direito - Brasil. 5. Sangue -
Transfusão - Aspectos religiosos. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 342.1(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

Renan Felipe da Silva

**DIREITO À VIDA E A LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA: solução para a
transfusão sanguínea**

Trabalho de graduação em Direito
apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade de Taubaté como requisito
para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Esp. Edson Sampaio da
Silva.

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ – TAUBATÉ/SP

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof.: _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico o presente trabalho aos meus avós maternos, o senhor Guido e a senhora Maria (*in memoriam*), ao meu avô paterno, o senhor Affonso (*in memoriam*) e a minha avó paterna, a senhora Tereza, pessoas que sempre acreditaram no meu potencial. Ainda, dedico aos meus pais que me ajudaram no decorrer de toda a graduação e aos meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Edson Sampaio da Silva que me orientou de forma brilhante e que despertou em mim um apreço sem igual pelo Direito Constitucional com suas aulas no início desta jornada.

Ao professor Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso por sua educação e consideração para comigo.

Ao professor Daniel Estefano Santos que, logo no 2º semestre da faculdade, inspirou-me; certo dia, no ano de 2015, em uma apresentação sobre Direito Penal I, após me sobressair perante a sala, fez uma pergunta e, inquieto com o silêncio da mesma, olhou para mim e disse: “você sabe a resposta”.

A todos os demais professores que construíram o conhecimento adquirido por mim até aqui.

Aos meus amigos que sempre me incentivaram a continuar e a nunca desistir, em especial ao Erick, Lucas, Marcos, Michele, Ricardo e Vinicius.

A minha namorada (Thayná) por me incentivar e me amar.

E a todos os funcionários da E.E. Jacques Félix que me ajudaram nesta jornada e acreditaram em mim, em especial a Amélia, Angela, Cristiane e Valdir.

“Quem acredita sempre alcança”

RENATO RUSSO e FLÁVIO VENTURINI

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, com ele os direitos fundamentais foram insculpidos na referida constituição. Dentre tantos, destaca-se o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa, o embate entre esses direitos fundamentais é o núcleo do presente trabalho. O art. 5º, *caput*, da CRFB/88 trata da inviolabilidade do direito à vida, tão valorizado em nosso ordenamento jurídico, este precede os demais e torna possível a fruição dos demais; o direito à livre convicção religiosa também encontra amparo na Carta Magna, o art. 5º, VI, da CRFB/88 coloca esse direito no mesmo “status” constitucional que o direito citado anteriormente, ou seja, preleciona ser inviolável. O trabalho vai analisar o embate entre esses direitos no instante em que os adeptos a religião Testemunhas de Jeová decidem exercer seu direito à livre convicção religiosa e se recusam a passar por transfusões sanguíneas. Esse embate irá expor o papel do princípio da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, a fim de resolver o conflito existente entre dois direitos fundamentais abarcados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Livre Convicção Religiosa; Proporcionalidade. Testemunhas de Jeová; Vida.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 enshrined the Democratic Rule of Law, with it the fundamental rights were inscribed in that constitution. Among so many, the right to life and the right to free religious belief stand out, the clash between these fundamental rights is the core of the present work. The art. 5º, caput, of CRFB / 88 deals with the inviolability of the right to life, so valued in our legal system, it precedes the others and makes possible the enjoyment of the others; The right to free religious conviction is also supported by the Magna Carta, art. 5, VI, of CRFB / 88 places this right in the same constitutional “status” as the right cited above, that is, it prefers to be inviolable. The paper will look at the clash between these rights the moment Jehovah's Witness adherents decide to exercise their right to free religious belief and refuse to undergo blood transfusions. This clash will expose the role of the principle of human dignity and proportionality in order to resolve the conflict between two fundamental rights encompassed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keyword: Dignity of human person; Fundamental rights; Free Religious Belief; Proportionality. Jehovah's Witnesses; Life.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	12
2.1 Direito à vida.....	18
2.2 Direito à livre convicção religiosa.....	22
2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	25
3 TRATAMENTO QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, OS ADEPTOS À RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DÃO AO ASSUNTO.....	27
3.1 Incapazes segundo o Código Civil.....	27
3.2 Surgimento da religião Testemunhas de Jeová e seu posicionamento frente ao assunto.....	28
3.3 Análise do Código de Ética do Conselho Federal de Medicina em relação ao assunto.....	29
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	30
4.1 Colisão de direitos fundamentais	31
4.2 Princípio da proporcionalidade.....	32
4.3 Elementos do princípio da proporcionalidade	35
5 EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA E DIREITO À LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA.....	38
5.1 Decisões judiciais: direito à vida e o direito à livre convicção religiosa.....	42
6 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

É comum nas sociedades o embate de pensamentos e ideias que, *a priori*, parecem não ter uma solução ou, ainda que se ache tal solução, esta não seja capaz de satisfazer os interesses de forma a apaziguar pontos de vistas opostos. Note-se, por exemplo, situações envolvendo o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa.

Importante frisar que as sociedades passam por transformações ao longo do tempo e aquelas modificam opiniões dentro de uma sociedade, certos comportamentos aceitáveis em um dado momento já não o são em outros. Vejamos o caso da família sob a ótica do Código Civil de 2002, nesse código não era tangível pensar em união estável, imaginar que dessa união direitos surgissem para ambas às pessoas e tais direitos não fossem restritos para aqueles que se encontrassem num casamento. O Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADIn 4.277 e a ADPF 132 reconheceu, no ano de 2011, que pessoas do mesmo sexo são detentoras do direito de gozar de uma união estável, isto é, a referida união dessas pessoas foi reconhecida como espécie de entidade familiar e deve ser tratada sob os ditames do art. 3º, inciso IV, da CRFB/88 que veda qualquer discriminação em virtude de raça, sexo, cor ou idade.

Essas transformações fazem com que ao longo dos anos a discussão sobre tais temas seja aprofundada ao ponto de se extrair um ponto de vista repleto de argumentos que torne o embate de opiniões mais nobre. A vida e a livre convicção religiosa são bons exemplos dessa transformação social pela qual passa a sociedade, nos tempos atuais não se vislumbra mais a ideia rasa de que um indivíduo, pelo fato de estar vivo, tem seu direito satisfeito. A vida, com a CRFB/88, passou a ser dotada de uma existência digna, isto é, o simples fato de um sujeito estar vivo não basta, é preciso ir além dessa visão simplória e, em obediência à Carta Magna, dispor ao ser humano que a ele seja dada uma vida digna.

A livre convicção religiosa também evoluiu e, diferentemente do que constava na Constituição de 1967/1969, na atual Constituição está prevista a liberdade religiosa e suas três ramificações: liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

O art. 5º, VI, da CRFB/88, estatui que a livre convicção religiosa é inviolável, isto é, foi dado ao indivíduo o livre arbítrio de agir conforme a sua crença, a seguir os mandamentos desta sem sofrer intervenção estatal e, acima de tudo, de não ser privado de seus direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII, da CRFB/88).

A vida e a livre convicção religiosa são direitos fundamentais e merecem o devido respeito, mister é quando tais direitos entram em colisão. De um lado a vida, tão respeitada por nossa Carta Magna, e do outro a livre convicção religiosa dotada de uma atenção ímpar com menções na própria CRFB/88.

Quando ocorre o embate entre direitos fundamentais há que se encontrar uma solução e esta é presente em um princípio, utilizado em casos tais, capaz de analisar cada direito de forma pormenorizada e que esteja apto a escolher um direito em face do outro sem manchar seu núcleo essencial, o referido princípio é o da proporcionalidade, nele é possível, através da análise de um caso concreto, optar por um ou outro direito.

Nesse passo, aí se encontra o interesse do trabalho, analisar o embate dos casos enfrentados por nossos tribunais envolvendo os adeptos à religião Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. É um caso em que está presente o direito à vida de um lado e o direito à livre convicção religiosa do outro. O que fazer quando um incapaz, em uma situação complexa, capaz de tirar sua vida, se depare com o seguinte dilema: obedecer à vontade de seus responsáveis legais e optar por métodos alternativos à transfusão sanguínea e assim ter sua existência digna intacta ou agir conforme a vontade de outrem (o Estado, representado por um hospital) e realizar a transfusão sanguínea de forma coercitiva?

2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Mostra-se relevante para o presente trabalho de graduação conceituar direitos e garantias fundamentais, uma vez que a conceituação desses tópicos permite uma compreensão mais clara do tema.

Com a promulgação da CRFB/88 foi instituído o Estado Democrático de Direito com a seguinte proposição: todo poder emana do povo. Isso fez com que o Brasil se enquadrasse em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é dotado de soberania popular e de uma democracia.

A bíblia política brasileira emanou da vontade do povo, muito embora isso tenha ocorrido de maneira indireta. Com isso as garantias e direitos fundamentais se fizeram presentes.

Segundo Branco (2016, p. 167):

No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais.

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos no art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito.

Os direitos fundamentais são os bens maiores do ordenamento jurídico (CRFB/88), a eles a sociedade resta subordinada, inclusive o Estado. Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa são valores indissociáveis. O princípio da dignidade da pessoa humana substancia os direitos fundamentais de forma que estes sejam plenamente respeitados.

Caso algum direito fundamental não seja passível de fruição por parte de alguém existe a figura das garantias fundamentais, capazes de assegurarem o exercício do direito ora preterido por intermédio de instrumentos processuais oportunos.

Galindo (2006, p. 50) bem explana:

A ideia dos direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a ideia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais. Canotilho destaca que, a rigor, as garantias são também direitos, embora se saliente nelas o caráter instrumental de proteção destes últimos. As garantias tanto seriam o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos [...].

É interessante notar a forma como os direitos fundamentais, as garantias fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana são interligados. Sem direitos fundamentais não há como pensar em uma vida digna e, na ausência de um direito fundamental, deve-se buscar socorro nas garantias fundamentais, tendo em vista que elas são responsáveis por garantir o pleno gozo daqueles.

Não obstante inexistir consenso na doutrina a respeito das diferenças entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais, é importante trazer à tona diversos pontos de vistas a fim de melhor entender a presente pesquisa.

Lenza (2011, p. 741, grifos do autor) a respeito do assunto assim se manifesta:

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar esse tormentoso tema foi o sempre lembrado Rui Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”. Assim, os **direitos** são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as **garantias** são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. Por fim, diferenciar as **garantias fundamentais** dos **remédios constitucionais**. Estes últimos são espécies do gênero garantia. Isso porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais (ex.: habeas corpus, habeas data etc.) em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito.

Dessa forma, de acordo com o referido autor, direitos e garantias não se confundem. Os direitos são situações benéficas aos seus detentores e estão

descritos na bíblia política, já as garantias são meios pelos quais se assegura o perfeito exercício dos direitos fundamentais.

De maneira semelhante, Schäfer (2001, p. 44) conceitua direitos e garantias fundamentais:

Clássica e bem atual é a “contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos 13 ou direitos à liberdade, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas perspectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem como os direitos; na acepção jurisdicional inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.” Ou seja, o Texto Constitucional, pretendendo manter sua força normativa, estabelece institutos jurídicos cujos objetivos centram-se na proteção de seu núcleo essencial, meios através dos quais é possível tornar eficazes concretamente os direitos declarados em seu corpo, ou, ainda, proteção contra ataques a manutenção dos preceitos constitucionais. A esses instrumentos jurídicos é que se reserva a expressão “garantias dos direitos fundamentais” de um lado as declarações dos direitos; de outro lado, a estes ligados indissociavelmente, os mecanismos de sua proteção.

Importante frisar que o simples reconhecimento de um direito não resolve o problema, mas sim o seguinte conjunto: o reconhecimento, sua declaração e a garantia de que o referido irá ser gozado por aquele que o deseja.

Amparado nas construções doutrinárias anteriormente citadas fica claro que os direitos são disposições declaratórias, uma vez que instituem a existência dos próprios e as garantias são normas assecuratórias, dada a sua missão, qual seja, assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais.

É possível, ainda, inferir que inexiste uma diferença muito clara entre as garantias e os direitos fundamentais, até pelo fato de que muitos direitos fundamentais se confundem com as garantias e tendem a confundir aquele que lê. É comum, inclusive, encontrar em um dispositivo constitucional a colocação de uma garantia declarando um direito.

Nessa linha, Silva (2003, p. 185-186, grifos do autor) ressalta que:

Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem se quer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: *Dos direitos e garantias fundamentais [...]*.

O Capítulo I desse Título traz a rubrica: “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*”, não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos, garantindo-os. Por exemplo: “é assegurado o direito de resposta” (art. 5º, V).

Os direitos fundamentais necessitam de mecanismos capazes de protegê-los e, nessa linha, decisões proferidas por nossos tribunais contribuem para a correta fruição dos direitos em questão, no caso em estudo mostra-se imprescindível a atuação jurisdicional a fim de resolver o conflito, uma vez que a colisão está desenhada.

Dada a magnitude do assunto e verificando a divergência doutrinária a respeito, entender a classificação dos direitos fundamentais se mostra interessante na busca por uma melhor compreensão do assunto. Dessa forma, vejamos as dimensões de direitos fundamentais.

Galindo (2006, p. 48-49) aduz que:

Teoricamente, há um debate acerca das múltiplas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, sendo o modelo tridimensional ou trigeracional o aceito pela maioria dos doutrinadores clássicos que tentam conciliar o surgimento de determinados direitos fundamentais, juntamente com as três principais correntes do pensamento jurídico, quais sejam, o positivismo normativista, o positivismo sociológico e o jusnaturalismo. Cabe referir que há uma pequena diferença em relação aos períodos históricos do surgimento dos direitos, mas que de forma alguma deixam de ter a mesma importância. No entanto, como os direitos fundamentais fazem parte de uma construção cultural do próprio homem e que são criados de acordo com a necessidade social e história da humanidade, fala-se, também, em uma quarta geração, com surgimento no final do século XX.

Cumprido destacar que uma geração não compete com a outra e muito menos exclui a anterior, pelo contrário, no caso, o que ocorre é uma complementação entre as gerações. Isso fez com que a sociedade se tornasse mais justa, uma vez que as necessidades dos indivíduos presentes naquela foram sendo supridas na medida em que os direitos foram se tornando mais completos. Conforme preleciona Branco (2016, p. 136) “Cada direito de cada geração interage com o das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão”.

Segundo Bedin (2002, p. 42): “a classificação proposta por T. H. Marshall (1967) é, sem sombra de dúvida, a mais aceita e valorizada pelos estudiosos na área.” Desse modo, mister é explicitar a citada classificação.

De acordo com a classificação proposta, os direitos fundamentais possuem as seguintes gerações: i) direitos civis (1ª geração); ii) direitos políticos (2ª geração); iii) direitos econômicos e sociais (3ª geração); iiiii) direitos de solidariedade (4ª geração).

A força dos direitos fundamentais ligou-se diretamente a presença deles nas constituições, a partir do momento em que foram positivados nas bíblias políticas as sociedades passaram a ter uma segurança jurídica antes nunca vista e os direitos fundamentais foram reconhecidos da forma que deve ser.

Ao discorrer sobre os direitos de primeira geração Bedin (2002, p. 42) assim expôs:

A primeira geração de direitos surgiu com as declarações de direitos de 1776 (Declaração de Virginia) e de 1789 (Declaração da França) e pode ser denominada de direitos civis ou liberdades civis clássicas. Esta geração de direitos abrange os chamados direitos negativos, ou seja, os direitos estabelecidos contra o Estado. Daí, portanto, a afirmação de Norberto Bobbio de que entre eles estão “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reserva para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado” (Bobbio, 1992, p. 32). Assim, estes direitos estabelecem um marco divisório entre a esfera pública (Estado) e a esfera privada (sociedade civil). Esta distinção entre a esfera pública e a esfera privada – é bom ressaltar – é uma das características fundamentais da sociedade moderna, e é a partir dela que se estrutura o pensamento liberal e o pensamento democrático. Estes direitos de primeira geração, por outro lado, são tão importantes que Claude Lefort chegou a afirmar que eles constituem a pedra de fundação da democracia moderna e que, portanto, “onde sofrem restrições todo o edifício democrático corre risco de desmoronar” (Lefort, 1991, p. 58). (BEDIN, 2002, p. 43).

No decorrer das gerações fica claro que cada momento histórico suscitou a tutela de algum direito fundamental, razão pela qual foi um processo gradativo e que levou anos para se chegar a um nível aceitável de direitos tutelados.

Diferentemente dos direitos de primeira geração (considerados negativos), os direitos atinentes à segunda geração são positivos, dada a abrangência destes, qual seja, o reconhecimento de participação dos cidadãos na estrutura do Estado.

O autor supracitado também discorre a respeito dos direitos de segunda geração, sustentando que:

Esta segunda geração de direitos, como nos esclarece Vera Regina Pereira Andrade, se “processou na esteira das potencialidades democráticas da cidadania civil, ou seja, na esteira dos direitos civil” [...] e, como tal, acrescentaríamos, pode ser vista como desdobramento natural da primeira geração de direitos. A vinculação, mencionada no parágrafo anterior, entre direitos civis e direitos políticos, no entanto, não nos deve impedir de compreender a especificidade de cada uma dessas gerações de direitos. A primeira, como vimos, se caracteriza ou se distingue pelo fato de os direitos por ela abrangidos serem considerados direitos negativos, ou seja, direitos estabelecidos contra o Estado. A segunda geração de direitos, por outro lado, se caracteriza ou se distingue pelos fatos de os direitos por ela compreendidos serem considerados direitos positivos, isto é, direitos de participar do Estado. Este deslocamento, de “contra o Estado” para “participar no Estado”, é importantíssimo, pois nos indica o surgimento de uma nova perspectiva da liberdade. Esta deixa de ser pensada exclusivamente de forma negativa, como não impedimento, para ser compreendida de forma positiva, como autonomia. (BEDIN, 2002, p. 56).

Com os direitos de segunda geração o cidadão teve a possibilidade de participar da organização do Estado e direitos não previstos passaram a fazer parte do cotidiano daquele cidadão, por exemplo, o direito de greve e à livre sindicalização.

Corroborando, Branco (2016, p. 135) aduziu que:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração de direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais - como as de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social - na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Mais adiante, Bedin (2002, p. 62) afirma que a Constituição de Weimar (Alemanha/1919) e a Constituição Mexicana (México/1917) influenciaram os direitos de terceira geração e aduz que os referidos surgiram no início do século XX.

Segundo Branco (2016, p. 135-136):

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Ponto interessante e pertinente ao tema do trabalho é a relação entre o direito à vida, direito à livre convicção religiosa e o princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe mencionar o que Dallari (2004, p. 12) sustentou:

A expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornar úteis a humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos. Para entendermos melhor o que significa direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem à necessidade essencial da pessoa humana. Trata-se daquela necessidade que são iguais para todos os seres humanos, e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, por exemplo, a vida é um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a preservação da vida é uma necessidade de todas as pessoas humanas. Mas, observando como são e como vivem os seres humanos, vamos percebendo a existência de outras necessidades que são também fundamentais, como a alimentação, a saúde, e tantas outras coisas.

Os direitos fundamentais merecem o devido reconhecimento por parte do Estado, devem ser insculpidos nas respectivas biblias políticas para que, nas palavras de Ferreira Filho (2009, p. 35), possam “refletir um valor social fundamental importante, ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor”.

2.1 Direito à vida

A quem recairia decidir o conceito de vida sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro? O STF enfrentou essa questão ao julgar a ADI 3.510 cujo conteúdo tratava do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

A ADI foi ajuizada em 03/05/2005 e teve solução somente em 29/05/2008, tendo como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto. O julgamento teve decisão apertada (6x5) e ficou decidido que as pesquisas com célula-tronco embrionária, de acordo com a lei, não viola o direito à vida.

Nas palavras de Lenza (2011, p. 750):

Segundo o Relator, o zigoto seria o embrião em estágio inicial, pois ainda destituído de cérebro. A vida humana começaria com o surgimento do cérebro que, por sua vez, só apareceria depois de introduzido o embrião no útero da mulher. Assim, antes da introdução no útero não se teria cérebro e, portanto, sem cérebro, não haveria vida.

A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF e sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecida, também, no art. 3º da Lei de Transplantes, que estabelece a possibilidade de transplante depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida e, portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.

A vida é um direito previsto no ordenamento jurídico brasileiro através da CRFB/88 e digna de atenção, uma vez que sem a vida não é possível gozar de outros tantos direitos fundamentais, quais sejam: a igualdade, a liberdade, a privacidade, entre outros.

Segundo Silva (2003, p. 255):

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), transforma-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.

Ainda na visão do autor, Silva (2003, p.197) deduz que “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”.

O art. 5º, *caput*, da CRFB/88 trata da inviolabilidade do direito à vida, a partir de uma simples leitura fica evidente que o referido se encontra em uma posição elementar em nossa bíblia política. Esse direito é, antes de todos, o primeiro a ser protegido e qualquer embate para com ele cria uma celeuma.

Segundo Bedin (2002, p. 44):

O direito à vida é, portanto, um direito que transpassa todo o mundo moderno. Além disso, este direito está tão arraigado em nosso cotidiano que qualquer iniciativa em restringi-lo torna-se, de imediato, uma questão polêmica. Com efeito, basta olharmos para as controvérsias estabelecidas diante da pena de morte, da liberação do aborto e da permissão da eutanásia para verificarmos a veracidade da afirmação anterior.

A dignidade da pessoa humana está contida na Constituição logo no art. 1º, III, e prevista é como um dos fundamentos da atual República. Com isso, é gerado para cada ser humano a garantia de respeito por parte do Estado e da sociedade, através dessa garantia surgem inúmeros direitos fundamentais a que este ser humano faz jus.

Em consonância, Sarlet (2002, p. 159) aduz que:

Pautado no direito à vida, a dignidade da pessoa humana é o direito fundamental mais fortemente empregado da visão ideológica e política. Por isso, o preceito da dignidade da pessoa humana causa especiais dificuldades que resultam não apenas dos enraizamentos religiosos, filosóficos e históricos da dignidade da pessoa humana, como também da dependência da respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade.

A vida é pressuposição dos direitos e liberdades contidos na Constituição, tanto que o constituinte a colocou como o primeiro dos cinco direitos fundamentais enumerados no art. 5º do texto constitucional. Assim, onde estiver um ser humano, existe um sujeito com o direito de viver. Nas palavras de Branco (2016, p. 255) “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.

Ponto interessante sobre a vida é o direito à existência, através dele o indivíduo dispõe sobre o direito de estar vivo, de proteger sua vida contra qualquer mal que a assale, lutando para manter-se vivo. Decorrência disso é a garantia de que o processo vital não será interrompido a não ser pela morte espontânea e infalível.

Nas palavras de Silva (2003, p.198):

Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de

equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna.

Ainda no assunto, como bem esclarece Sarlet (2002, p. 158):

O direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, a existência biológica e física, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se, aqui, à vida individual, não apenas à vida humana em geral. Fenômenos vinculados à consciência ou a um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos; proíbem-se, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, do ponto de vista do desenvolvimento da Medicina, de ordem política, racial ou quaisquer outras, da vida que merece proteção. A vida é compreendida, então num sentido exclusivamente biológico e fisiológico.

A proteção da vida têm implicações na legislação penal, uma vez que esta coíbe as formas de interrupção violenta do processo vital. Nessa seara, tamanha a relevância dada ao direito à vida, nota-se a presença da legítima defesa contra qualquer que atente contra a vida de outrem e, também, do estado de necessidade, que possibilita até mesmo retirar a vida de alguém caso se faça necessário para garantir a própria sobrevivência. Evidente que, apesar de sua importância, o direito à vida é passível de sofrer restrições, basta analisar os casos trazidos acima pela legislação penal.

A importância desse direito se exterioriza por toda a CRFB/88, prova disso é a atenção dada aos crimes dolosos contra a vida que, no art. 5º, XXXVIII, criou a figura do tribunal do júri cujo escopo é a busca pela justiça. Mais a frente, no art. 225, *caput*, encontra-se trecho que corrobora o que foi dito anteriormente, prestigiando a importância, por parte do Poder Público, do zelo pela qualidade de vida dos seus cidadãos. O referido direito não encontra amparo apenas no texto constitucional, mas também nos tratados internacionais com quem o Brasil se dispôs a celebrar; exemplo claro é a Convenção Americana de Direitos Humanos (COSTA RICA, 1969) que preconiza que toda pessoa deve ter sua vida respeitada.

Ao proibir e tratar como crime a prática da eutanásia e do aborto o ordenamento jurídico brasileiro demonstra que o Estado possui o dever de proteção para com a vida.

Na atual Constituição é vedada a pena de morte, exceto em caso excepcional. É comum no Direito Constitucional brasileiro vedar tal prática, basta analisar as constituições anteriores. Hoje, de acordo com o art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), a pena de morte só é admitida em caso de guerra externa declarada. Segundo Silva (2003, p. 201) “porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante”.

2.2 Direito à livre convicção religiosa

Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana o direito à livre manifestação de pensamento possibilita ao seu detentor agir livre de interferências estatais indevidas, de formular seus pensamentos e ideias de forma plena.

Segundo Moraes (1998, p. 111):

A liberdade de pensamento engloba não só o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir e ler. Consequentemente, será inconstitucional a lei ou ato normativo que proibir a aquisição ou o recebimento de jornal, livros, periódicos, a transmissão de notícias e informações seja pela imprensa falada, seja pela imprensa televisiva. Proibir a manifestação de pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e, conseqüentemente, obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal. Como proclamou Kant, citado por Jorge Miranda, “há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever pode-nos ser tirada por uma ordem superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção pensaríamos nós se não pensássemos em comunhão com os outros, a quem comunicamos nossos pensamentos, e eles nos comunicam os seus! Por conseguinte, pode muito bem dizer-se que o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de comunicar publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de pensar”.

Nessa seara, a Constituição Federal de 1988 dispôs que a liberdade de crença é garantia constitucional.

Ao tratar do assunto, Silva (2003, p.248) aduziu:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de

expressar o livre agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.

A liberdade de crença viabiliza o titular agir conforme sua religião. A presença e proteção de tal direito em uma Carta Magna demonstra o grau de maturidade de uma dada sociedade, tendo em vista a importância da liberdade religiosa em um povo, pois dela derivam a liberdade de pensamento e manifestação. A liberdade religiosa abrange a autonomia de seguir ou não uma crença, inclusive a participação no culto respectivo. De acordo com Branco (2016, p. 317) “a liberdade importa também o direito de quem quer que seja de não aderir a alguma fé transcendental”.

O Brasil, em virtude de ser um Estado laico, atribuiu a mesma importância aos diversos cultos religiosos. Essa característica do Estado brasileiro só foi possível em virtude da liberdade de crença e de culto, ambos presentes na CRFB/88. Isso implica que os indivíduos possam fazer suas escolhas de acordo com os limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Bedin (2002, p. 51), assim expõe:

A liberdade de crença é a liberdade de fé, de convicção religiosa, e compreende “as convicções que as pessoas têm sobre o papel do homem no mundo e suas relações com os poderes superiores e o que há de mais profundo em seu ser” (Soares, 1992, p. 10). Esta liberdade, como nos indica Mário Lúcio Soares, abrange “múltiplas possibilidades: liberdade de escolher uma religião, liberdade de aderir a uma seita, liberdade de mudar de religião, liberdade de não aderir à religião nenhuma, liberdade de descrença e liberdade de ser ateu” (Soares, 1992, p. 110). A liberdade de culto, por sua vez, pode ser entendida como a liberdade de manifestação externa de uma religião e compreende a prática dos ritos, das cerimônias, das reuniões, dos hábitos e das tradições. A liberdade de organização religiosa, por último refere-se, como nos esclarece José Afonso da Silva, “à possibilidade do estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado” (Silva, 1993, p. 227). Quanto à relação Estado-Igreja prevalece, pelo menos em nosso país, o princípio da separação entre as duas instituições.

Além disso, não há que se falar em livre convicção religiosa de maneira isolada, a liberdade de crença é interligada a outros direitos fundamentais, o próprio direito a uma vida digna, por exemplo, pode não ser possível se o direito à livre convicção religiosa não for respeitado.

Soriano (2002, p. 22) afirma que:

Conjugando-se o direito à vida, conforme o entendimento supracitado, com o direito à liberdade religiosa e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, espera-se do Estado a obrigação de proporcionar uma condição de vida digna a todos, sem discriminação religiosa. Tendo em conta a complementaridade desses direitos (vida e liberdade religiosa), é cediço que ninguém pode ser privado do direito à vida, entendida, aqui, no sentido *lato sensu*; vida plena e abundante, por professar essa ou aquela religião. Destarte, independentemente da religião, a Constituição garante ao cidadão os direitos sociais ao trabalho, classificados pela doutrina como sendo os de segunda geração. Significa dizer que qualquer um tem o direito de manter a sua crença pessoal, e não ser, por isso, discriminado no campo social ou laboral.

É importante diferenciar a liberdade de culto da liberdade de crença. A liberdade de culto liga-se às reuniões e cerimônias nas quais as pessoas buscam se juntar a fim de praticarem suas crenças. Já a liberdade de crença “diz respeito às faculdades de escolher, ou de aderir a uma crença ou religião e de mudar de crença ou de religião.” (SORIANO, 2002, p. 12).

É certo que tanto a liberdade de crença quanto a liberdade de culto estão ligadas ao princípio da dignidade humana, nas palavras de Soriano (2002, p. 17) mostram-se imprescindíveis:

A Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, aliás, tem um alcance universal. Entretanto não há que se falar em dignidade da pessoa humana diante da restrição de liberdade religiosa ou da inexistência de liberdade no sentido mais *lato*. Por outro lado, a tolerância religiosa, entendida como um profundo respeito à convicção religiosa de outrem, é um fator que promove a paz e a fraternidade entre os povos.

A atenção dada ao direito à livre convicção religiosa é presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira Constituição da República no art. 72, § 3º, que preleciona que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (BRASIL, 1891).

A comemoração de feriados religiosos é uma demonstração do respeito dado à liberdade religiosa pelo Poder Constituinte Originário, tendo em vista a contribuição de certas religiões na formação da cultura do povo brasileiro. É inegável, por exemplo, o impacto do catolicismo na composição moral e cultural da sociedade brasileira.

Ademais, a atuação do Estado nas relações privadas e de direitos disponíveis tem seu limite definido, entretanto, quando se trata de direitos indisponíveis a situação muda e o Estado detém para si a prerrogativa de atuar de maneira ilimitada.

Importante é frisar que o Estado, ao verificar a colisão entre o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa, deverá optar por aquilo que melhor se coaduna com o que preleciona a CRFB/88, isto é, dar razão à dignidade do ser humano.

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao ser humano é disponibilizada a dignidade e a ele não foi dado o livre-arbítrio de poder renunciar ou alienar aquela, é um princípio intrínseco a este, qualificando-o, devendo ser protegida e respeitada. De forma que o Estado busque sua plena efetivação.

Conforme leciona Sarlet (2002, p. 47):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade.

Em razão da dignidade da pessoa humana é que um indivíduo tem ao seu dispor o gozo de um direito fundamental na sua mais ampla dimensão, de que adiantaria ser dado a um indivíduo o direito de viver se esta vida for indigna? Ou que esse mesmo ser tivesse o direito de optar ou não por uma religião e nela o Estado interviesse de maneira a diminuir seu grau de fruição?

Com a dignidade da pessoa humana os direitos fundamentais encontram o amparo necessário para uma perfeita fruição ou, ainda que não seja perfeita, a busca por esta seja possível.

Sarlet (2002, p. 61) explana de maneira interessante que a ausência da dignidade da pessoa humana influi negativamente no gozo de direitos fundamentais:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Ainda no tema, Sarlet (2002, p. 97-98) relacionou os direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Nesse contexto, expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. Aproxima-se desta noção – embora com ela evidentemente não se confunda – o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais que, inobstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do caput do artigo 5º da Nossa Carta Magna (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país) a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia, uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa humana podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade.

Dito isto, fica evidente que a dignidade é um bem maior do ser humano e deve ser respeitada, uma vez que, se for disponibilizado a um indivíduo a fruição eficaz e efetiva da dignidade, os direitos fundamentais terão seus ditames garantidos e vice-versa.

Nesse contexto, Sarlet (2002, p. 89) preleciona que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

3 TRATAMENTO QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, OS ADEPTOS À RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DÃO AO ASSUNTO.

3.1 Incapazes segundo o Código Civil

Relevante para o presente trabalho é expor quem são os incapazes de acordo com o Código Civil. A incapacidade foi dividida em absoluta e relativa. A primeira delas encontra amparo no art. 3º do Código Civil e, nas palavras de Diniz (2016, p. 174), “são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, porque devido à idade não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou não fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial”.

A incapacidade relativa está insculpida no art. 4º do Código civil, conforme se verifica:

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

Nota-se que os relativamente incapazes estão em uma posição intermediária entre aqueles que possuem capacidade plena e os que são absolutamente incapazes. De acordo com Diniz (2016, p. 183):

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega

deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial.

3.2 Surgimento da religião Testemunhas de Jeová e seu posicionamento frente ao assunto

A religião Testemunhas de Jeová teve como preceptor Charles Taze Russell que, no ano de 1872, fundou a referida crença. Mister é a posição adotada por seus seguidores quando o assunto envolve transfusão sanguínea. Segundo a religião em questão, a bíblia, no Velho como também no Novo Testamento, abomina o uso de sangue alheio, pois este representa a vida. No livro de Atos, capítulo 15, versículo 20, encontra-se a seguinte passagem: “mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do **sangue**” (A BÍBLIA, 2008). De maneira semelhante, no livro de Levítico, capítulo 17, versículo 10, tem-se o seguinte: “E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum **sangue**, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo” (A BÍBLIA, 2008). Por fim, o livro de Gênesis, capítulo 9, versículos 3 e 4, assim prescreve: “Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu **sangue**, não comereis” (A BÍBLIA, 2008).

A posição dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová é clara ao opor que seja realizado um tratamento médico que envolva sangue homólogo, isto é, de outra pessoa. Ao invés desse método convencional, utilizam-se de tratamentos alternativos que não partilham da transfusão sanguínea, como o caso da hemodiluição normovolêmica aguda (procedimento utilizado em cirurgias de grande porte para diminuir a necessidade de transfusões sanguíneas) e de métodos avançados de conservação do sangue (GARCIA, KLAMT e SOUZA, 2010).

3.3 Análise do Código de Ética do Conselho Federal de Medicina em relação ao assunto

Ponto interessante para a pesquisa é analisar os atos advindos dos conselhos de regulamentação da profissão médica que permitam verificar a consonância destes para com o entendimento extraído da Constituição Federal em relação ao embate entre direitos fundamentais envolvendo a recusa de transfusão sanguínea por parte dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová. A partir de abril de 2010 entrou em vigor o novo Código de Ética do CFM - Conselho Federal de Medicina, apesar do referido não trazer orientações específicas sobre o tema em pesquisa, é tangível encontrar um alinhamento entre suas previsões e o que dita a Constituição Federal.

O Código de Ética tem por princípio fundamental o respeito à dignidade do paciente, uma vez que no capítulo I, item VI, tem-se o dever do médico em guardar absoluto respeito pelo ser humano e atuar sempre em seu benefício, sendo vedadas transgressões a sua integridade (CFM, 2010). O médico tem a prerrogativa de apontar o tratamento que melhor se encaixe ao paciente em questão, entretanto não se encontra no código a presença de um poder que permita ao médico obrigar o paciente a se submeter a determinado tratamento, prova disso foi a inclusão do art. 24 no capítulo referente aos direitos humanos, que proíbe taxativamente a seguinte conduta: “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” (CFM, 2010). Outro dispositivo que explicita a necessidade de consentimento do paciente é o previsto no Capítulo I, item XXI, do Código de Ética (CFM, 2010):

No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Ainda no assunto, o Código de Ética proíbe o médico de “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” (CFM, 2010). Mister notar que nas palavras de Barroso (2010, p. 38) “a ressalva relativa ao risco iminente de morte só pode ser compreendida como uma dispensa da obtenção de consentimento nos casos em que isso seja impossível, e.g., em razão do estado de inconsciência”. Assim, caso seja impossível obter a recusa personalíssima, o médico deverá fazer jus à transfusão sanguínea, ainda que isso vá contra a vontade de seus familiares.

Claro está que a recusa por um tratamento que envolva sangue (a exemplo da transfusão sanguínea) é perfeitamente possível, no entanto para que a manifestação da vontade seja válida e adequada é necessário que o consentimento seja genuíno (BARROSO, 2010). De acordo com o referido jurista, somente pode se recusar a ser submetido por um tratamento como a transfusão sanguínea o indivíduo civilmente capaz e em um estado que o possibilite expressar seu discernimento. Os incapazes, a luz do ordenamento jurídico brasileiro, não detém para si essa prerrogativa, uma vez que o consentimento destes derivam daqueles que os representam ou assistam, fazendo com que a recusa deixe de ser personalíssima e com isso se torne inválida. Corroborando o que foi dito anteriormente, assim sustenta Barroso (2010, p. 31):

Para que se repute o consentimento como inequívoco, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expreso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do procedimento.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: A SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Qual a solução dada para os casos em que a vida esteja ameaçada e que a opção por um tratamento como a transfusão sanguínea, ainda que demonstrado ser o mais adequado e detentor das maiores chances de preservação da vida daquele incapaz, colida com o direito à livre convicção religiosa? Em tais casos repousa o escopo da presente pesquisa, isto é, quando o direito à vida se encontra em colisão

com o direito à livre convicção religiosa quando presentes incapazes à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou, sendo capaz, se recuse a se submeter à transfusão sanguínea. Surge então o princípio da proporcionalidade, capaz de apresentar uma solução nos casos em que dois direitos constitucionais se encontrem em rota de colisão, demonstrando o valor de cada um e, através de uma análise, opte pela solução menos desgastante para o direito hora preterido.

4.1 Colisão de direitos fundamentais

O embate entre direitos fundamentais ocorre no instante em que dois titulares exercitam seus respectivos direitos fazendo com que um vá ao encontro do outro, causando interferências no âmbito de proteção de cada um. É certo que a Carta Magna não obstaculizou que normas constitucionais fossem taxadas por um grau de hierarquia entre elas, no entanto, fazer isso indistintamente poderia desqualificar um direito em face do outro, nesse sentido, valorar um direito fundamental deve ser permitido somente em casos específicos.

A colisão entre direitos fundamentais têm despertado interesse na doutrina, pois se trata de tema de relevante *status* na sociedade e repleto de opiniões divergentes. É de se pensar sobre o que acontece quando duas opiniões amparadas em direitos fundamentais diferem e uma pretenda prevalecer sobre a outra, ainda que a prevalência de uma implique na não utilização do direito fundamental preterido.

As regras, de modo diverso dos direitos fundamentais, são normas que, a partir de determinado fato, geram exigências, proibições e permissões àquele que gere o fato. O conflito entre as regras é resolvido de uma maneira simples. Segundo Branco (2016, p.181) “Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico”.

De forma diversa, os princípios (direitos fundamentais) convivem simultaneamente no ordenamento jurídico, de modo que a não ocorrência de um

frente ao outro não significa que aquele deixou de existir aos olhos do ordenamento jurídico vigente.

Ao tratar do tema, Branco (2016, p.181) aduz de maneira aclaradora que:

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

Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

Um sujeito enfermo, praticante da religião Testemunhas de Jeová, que, na visão do médico responsável pelo caso, precise de uma transfusão sanguínea para que suas chances de permanecer vivo aumentem ou até mesmo se tornem realidade pode ensejar o embate entre dois direitos fundamentais acolhidos pelo constituinte: o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa. Óbvio que a ocorrência deles num caso concreto implica em posições opostas entre si.

A respeito da colisão entre direitos fundamentais, Branco (2016, p.181) assim se posiciona:

Para solucionar o conflito, não se deve considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.

4.2 Princípio da proporcionalidade

Antes de adentrar ao princípio se mostra importante trazer o seu significado de acordo com o Dicionário Houaiss (HOUAISS, 2001, p. 2.313), nele a palavra

“proporcional”, tem a seguinte definição: em que há proporção correta, equilíbrio, harmonia. Com o princípio da proporcionalidade tem-se a busca por um equilíbrio entre direitos fundamentais, uma harmonia entre aqueles, inclusive nos casos de eventuais embates.

A despeito da origem do princípio supracitado Barroso (2004, p. 218) aduz:

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of de land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.

O princípio da proporcionalidade não é invenção recente, ele liga-se à limitação do poder estatal, dando arrimo na tomada de decisões no âmbito da administração.

Reforçando, Nishiyama (2012, p. 111) afirma que:

Em rigor, é princípio antiquíssimo. Foi “redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo”. Com efeito, o referido princípio dizia “respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”. É nesse sentido que a teoria do Estado o considera, no século XIX, como sendo “máxima suprapositiva” e que posteriormente, no século XIX, é introduzido no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia.

Nas palavras de Mendes (2016, p.217) “O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito”. Mister notar que o princípio da proporcionalidade tem seu arrimo insculpido na CRFB/88 e expresso no princípio da legalidade, arts. 5º, II, 37 e 84, IV.

Nota-se, também, que o princípio da proporcionalidade, segundo Nishiyama (2012, p. 115), é fruto de uma relação adequada entre os fins e os meios:

O princípio da proporcionalidade está relacionado com a relação adequada entre um ou vários fins da norma e os meios utilizados para a consecução daquele(s). Haverá violação da regra da proporcionalidade, com a ocorrência de arbítrio, sempre que os meios destinados a lograr determinado fim não forem apropriados e/ou quando houver desproporção manifesta entre os meios e o fim. Na relação meio-fim deve-se sempre controlar o excesso.

Os ensinamentos de Canotilho (1993, p. 383, grifos do autor), a respeito do princípio da adequação muito colaboram para o entendimento do princípio da proporcionalidade, o autor afirma que:

Com esta exigência pretende-se salientar que a medida adaptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e *conforme* os fins justificativos de sua adoção (*Zielkonformitat, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*. Este controle, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controle do fim das leis dada à liberdade de conformação do legislador.

Cabe notar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado com parcimônia, quando o caso concreto exigir e nele for impossível uma conciliação entre as partes e seus direitos fundamentais defendidos, de modo que uma posição torne impossível um agir semelhante entre os envolvidos, como no caso dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová que se negam a realizar transfusões sanguíneas.

Aparentemente, uma Carta Magna não deve conter normas constitucionais que se contrapõem. E na realidade não contém, entretanto, em se tratando de direitos fundamentais, pode existir uma aparente contradição, é o caso do direito à vida que, no *caput* do art. 5º, detém o status de inviolável e, de forma igual, o direito à livre convicção religiosa que possui status idêntico no inciso VI do art. 5º da CRFB/88.

Quando se está de frente a um embate entre direitos fundamentais deve ser observado que na bíblia política inexiste uma hierarquia de normas constitucionais que traduzam direitos fundamentais. Essa característica presente na CRFB/88 é decorrente do princípio da unidade da Constituição que impossibilita a presença de normas antinômicas dentro do corpo daquela.

Logo, partindo da premissa de que a hierarquia entre normas constitucionais que traduzam direitos fundamentais inexistente, nasce a seguinte questão: se há colisão entre direitos fundamentais nada se pode fazer? A resposta é não, por meio da correta utilização do princípio da proporcionalidade é tangível solucionar o imbróglio, mas há que se notar que a solução não extirpa o direito preterido, no caso concreto, do âmbito de proteção da Carta Magna, há, apenas, uma diminuição de sua abrangência no caso em tela.

A respeito do assunto, Barroso (2004, p. 358) ensina que:

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

Assim, o escopo do princípio da proporcionalidade não é simplesmente achar uma solução nos casos de colisões envolvendo direitos fundamentais, mas, além de encontrar a solução para o embate, dar o máximo respeito aos princípios contrapostos, deixando claro que a opção por um não implica na diminuição do outro ao ponto de este ser taxado de irrelevante e aquele de absoluto.

4.3 Elementos do princípio da proporcionalidade

No instante em que os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos por meio das constituições o princípio da proporcionalidade ganhou relevância no ordenamento jurídico. O reconhecimento constitucional daqueles direitos, com o escopo de proteger o cidadão em face das arbitrariedades do Estado, trouxe também a possibilidade de haver colisões entre os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade ganhou destaque na medida em que seu uso se tornou frequente.

A respeito do princípio da proporcionalidade Motta (2003, p. 147) esclarece que “esse princípio é uma garantia e proteção aos cidadãos contra os abusos do poder estatal e deve servir de apoio ao juiz para decidir os problemas de compatibilização e concretização das normas constitucionais”.

Fica claro que o princípio deve ser utilizado pelo Poder Judiciário na solução de conflitos levados a ele; ainda no assunto, o supracitado autor aduz que “esse princípio e o emprego desse método mereciam mais observância e utilização por parte das autoridades administrativas e judiciárias; especialmente nas decisões envolvendo o interesse social”.

De acordo com a doutrina majoritária o princípio da proporcionalidade possui fundamento em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido *stricto sensu*. A fim de aclarar o exposto Nishiyama (2012, p. 115, grifos do autor) assim sustenta:

O primeiro subprincípio da regra da proporcionalidade é a *adequação*, designado também como *conformidade*, *pertinência* ou *aptidão*. Significa a utilização do meio certo (adequado) para se chegar a um fim baseado no interesse público.

Ainda no subprincípio da adequação, Mendes (2016, p. 225, grifos do autor) aponta que:

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*)

Isso implica que o juiz, ao analisar um caso concreto, deve se utilizar da adequação, isto é, do meio mais adequado ao caso, do meio capaz de respeitar o núcleo essencial de ambos os direitos fundamentais em colisão.

O segundo subprincípio é o da necessidade ou exigibilidade, Nishiyama (2012, p. 116, grifos do autor) afirma:

[...] que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo desejado ou, ainda, uma medida para ser admissível deve ser necessária. Alguns doutrinadores costumam dar tratamento autônomo a esse subprincípio, identificando-o como a *proporcionalidade propriamente dita*. Pela necessidade, de todos os meios que servem à obtenção de um fim, deve-se escolher aquele menos gravoso aos interesses do indivíduo.

Para Mendes (2016, p. 225, grifos do autor):

O subprincípio da *necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

O terceiro e último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito. Nishiyama (2012, p. 117) explica que “esse subprincípio é ao mesmo tempo uma obrigação e uma interdição: obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados”.

Mister notar que o bom uso do princípio da proporcionalidade está atrelado à observância de seus três subprincípios. Uma decisão justa e aceitável deve utilizar-se de meios adequados e aptos a obter o resultado pretendido; deve, também, ser guiada pela necessidade, isto é, dos meios disponíveis quais deles se mostram menos onerosos aos interesses dos indivíduos? E, por fim, não se esquecer da proporcionalidade em sentido estrito, é ela quem irá afastar os meios desproporcionais.

Cumprir notar, também, “que o princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidas pelo ordenamento.” (BONFIM, 2008, p. 71). Apesar disso, o princípio da proporcionalidade está à disposição do juiz e deve nortear seu posicionamento no embate entre direitos fundamentais, no caso em tela, o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa.

5 EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À VIDA E DIREITO À LIVRE CONVICÇÃO RELIGIOSA

Esse tópico do capítulo cuida precipuamente da colisão entre o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa. Como bem explanado anteriormente, os direitos fundamentais norteiam a atuação do Estado, com a presença dos referidos é que nasce a presença do Estado Democrático de Direito. Além deles, o princípio da dignidade da pessoa humana faz com que o Estado busque dar uma vida melhor para os seus cidadãos, um direito de viver bem, da melhor maneira possível.

O direito à vida é benquistado pela Carta Magna, não à toa o art. 5º prescreveu a inviolabilidade do direito à vida. Um ser humano passa a usufruir de direitos fundamentais quando sua vida tem início, sem a vida, por exemplo, não há que se falar em igualdade ou liberdade de expressão, isso explica a preocupação do Poder Constituinte para com esse direito.

Galindo (2006, p. 196-197) assim explica o direito à vida:

A norma constitucional em questão é bastante ampla em seu alcance e necessariamente precisa passar por um processo de concretização constitucional para obter eficácia. A ideia da inviolabilidade do direito à vida influencia o próprio legislador a estabelecer normas infraconstitucionais ora de proteção a esse direito, ora de punição às pessoas que atentam contra a vida, como o caso das leis penais que punem, por exemplo, a prática do homicídio, inibindo socialmente o comportamento delituoso.

A importância do direito à vida se estendeu ao legislador infraconstitucional, basta notar que condutas praticadas em face da vida são taxadas de crime, salvo exceções na própria legislação.

É mister frisar a ligação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, dessa união surge a segurança jurídica, é nesse ponto que a personalidade humana consegue se desenvolver, tendo em vista que o amparo dado por aqueles direitos possibilitam um desenvolvimento dos que deles usufruem.

O direito à liberdade de crença recebeu atenção especial por parte do Poder Constituinte, prova disso é que o art. 5º, VI, da CRFB/88, preleciona que “é inviolável

a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Isso mostra a importância que ambos os direitos estudados têm quando se fala em uma vida digna. O respeito para com ambos materializa a vida e com ela sua dignidade.

Fica claro que o embate entre a vida e a liberdade religiosa não é incomum hodiernamente. O embate entre direitos fundamentais ocorre “[...] quando o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais [...]” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 17).

Dessa forma, quando um praticante da religião Testemunhas de Jeová se vê obrigado, por meio de uma decisão judicial, a realizar uma transfusão sanguínea ou quando esse mesmo adepto à religião referida busca o Poder Judiciário e detém dele uma decisão judicial que ampare a sua convicção religiosa e faça com que ele não tenha que passar pelo procedimento médico que vai contra seus princípios religiosos, tem-se, de maneira clara, o embate entre direitos fundamentais: a vida e a livre convicção religiosa. Nesse caso, ambos os direitos não podem ser gozados sem que um interfira no gozo do outro.

Como dito anteriormente, os adeptos à religião Testemunhas Jeová abominam a transfusão sanguínea por motivos religiosos. Até mesmo nos casos em que a vida se encontra em risco esses adeptos mantêm suas convicções religiosas e se apegam ao direito à autonomia da vontade para se recusarem a passar por procedimentos cirúrgicos que colidam com o que a sua religião prega.

É, sem dúvida, uma situação ímpar, cuja solução, qualquer que seja, ensejará críticas. Como equilibrar esses direitos? Como optar por um e não sacrificar o outro? Será possível renunciar a vida em detrimento da livre convicção religiosa?

Sobre o assunto, esclarece Soriano (2002, p. 120):

Se a resposta for fundamentada, simplesmente, na irrenunciabilidade dos direitos humanos, não se chega à solução alguma, posto que tais direitos são igualmente irrenunciáveis. A escolha de um implica, obrigatoriamente, na renúncia do outro. Não há como harmonizar ou conciliar os dois direitos conflitantes sem o sacrifício integral de um dos direitos.

O ilustre autor bem se posicionou ao dizer que nesses casos a opção por um acarreta na renúncia do outro. Ninguém nega que a vida é um bem jurídico estimado pelo Estado e, deve sim, ser protegida contra arbitrariedades encontradas no seio da sociedade. Entretanto, quando a vida se vê à mercê da livre convicção religiosa não há que se falar em arbitrariedade, uma vez que os direitos fundamentais não foram taxados, pelo Poder Constituinte, de uma hierarquia entre eles; pelo contrário, o que se vê, no caso em tela, é um respeito por ambos os direitos fundamentais.

Ponto incontroverso é que o princípio da dignidade da pessoa humana dita que a vida deve ser digna, a simples existência não basta. Indaga-se... Um adepto à religião Testemunhas de Jeová que se vê obrigado judicialmente a realizar a transfusão sanguínea contra sua vontade terá uma vida digna após esse episódio? Um indivíduo que não acate e não pratique a religião mencionada certamente terá uma vida digna após o referido procedimento, mas aquele que crê fielmente que uma transfusão sanguínea vai contra tudo aquilo que sua religião prega certamente não terá uma vida digna após ser obrigado a se submeter a isso.

Ademais, mostra-se importante trazer o posicionamento da doutrina a respeito do assunto. Vejamos mais a frente.

Soriano (2002, p. 122) aduz que:

Assim, havendo recusa do tratamento por parte do paciente ou de seu representante legal, cada caso, em particular, poderá ser solucionado a critério do médico, nas situações de emergência, ou através da tutela jurisdicional, quando houver a necessidade de se recorrer a esse meio de resolução de conflitos. Nesse último caso, o médico pode obter uma liminar, autorizando o tratamento.

Para o autor, a solução do imbróglio cabe ao médico, é ele quem irá optar pelo tratamento que melhor se encaixe ao paciente e, nos casos excepcionais e mais complexos, chama-se a tutela jurisdicional para que se autorize o tratamento e, assim, a vida seja respeitada.

Mister frisar que isso não é algo concreto, será analisado posteriormente que as decisões advindas do Poder Judiciário em relação ao assunto não são unânimes, há casos em que a vida é prestigiada e em outros o direito à livre convicção religiosa prevalece, amparado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A respeito da atitude do médico que realiza a transfusão sanguínea em paciente praticante da religião Testemunhas de Jeová não há que se falar em crime de constrangimento ilegal. Importante explicitar a posição de Greco (2008, p. 401) a respeito do assunto:

Na hipótese de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo a vítima maior e capaz, em caso de recusa, tal comportamento deverá ser encarado como uma tentativa de suicídio, podendo o médico intervir, inclusive sem o seu consentimento, uma vez que atuaria amparado pelo inciso I do § 3º do art. 146 do Código Penal, que diz não se configurar constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Importante ressaltar que a conduta do médico de realizar a transfusão sanguínea em paciente adepto à religião Testemunhas de Jeová, ainda que contra sua vontade, e mesmo que este tenha consigo um documento expressando sua recusa a determinado tratamento médico, não caracteriza o crime de constrangimento ilegal (NERY JÚNIOR, 2009, p. 31).

Há autores que enxergam no direito à vida uma indisponibilidade ímpar, não encontrada em outros direitos. A conduta do médico acima mencionada sequer ensejaria responsabilização civil por parte deste.

Nessa linha, ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 214-217):

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.

Na visão dos autores a livre convicção religiosa não pode se sobrepôr ao direito à vida, o direito à autonomia da vontade têm seus limites e deve ser limitado quando o assunto é a vida.

Assim, os supracitados autores creem que:

[...] o parâmetro a ser tomado é sempre a existência ou não de iminente perigo de vida. No caso de pacientes maiores e capazes, no momento da

concessão do consentimento, entendemos que, ausente o perigo de perda 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. [...] Mesmo no caso de pacientes que estejam, temporária ou permanentemente, impossibilitados de manifestar sua vontade, no que se incluem os pacientes menores, por isso incapazes, o médico também tem a obrigação de ministrar o tratamento, até mesmo porque nem sempre é possível obter a anuência do responsável legal. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 218).

Assim, na visão dessa parcela da doutrina, o médico, ao notar o eminente perigo de vida do paciente, deve optar pelo tratamento que, na sua visão, melhor será para o paciente e mais capaz será de mantê-la intacta, pouco importando se a livre convicção religiosa deste vai contra ao tratamento optado pelo médico.

5.1 Decisões judiciais: direito à vida e o direito à livre convicção religiosa

Cumprido explicar a respeito de situações envolvendo o embate entre o direito à vida e o direito à livre convicção religiosa para que se entenda o que fez gerar o conflito.

Caso interessante ocorreu em São Paulo, a autora da ação tinha um filho que, ainda em seu ventre, sofria de uma doença e, a fim de obter o melhor tratamento possível para ele, decidiu sair de sua cidade natal, no Estado da Bahia, e vir a São Paulo.

Por meio do processo obteve uma tutela de urgência que obrigou o plano de saúde a custear uma cirurgia cardíaca no bebê, logo que nasceu, procedimento prontamente realizado por equipe médica gabaritada. Logo no primeiro dia de vida teve implantado um marcapasso e em seguida apresentou sangramento no pós-operatório, o que ensejou o uso de albumina e eritropoietina, entretanto o caso evoluiu para uma anemia importante.

Constatou-se que a equipe médica tentou, segundo relato próprio, todos os meios possíveis para conter a anemia que acometeu o bebê, tendo restado como única possibilidade de manter o referido vivo a realização de transplante de sangue.

A família, por questões religiosas (são Testemunhas de Jeová), opôs-se ao tratamento médico indicado.

Nota-se que a vontade dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová é a de que o direito à autonomia da vontade seja exercido em casos tais e, assim, o direito à livre convicção religiosa seja respeitado. Os referidos não se opõem a qualquer procedimento médico, mas somente àqueles que envolvam composto sanguíneo. É certo dizer que o direito à livre convicção religiosa é amparado pela CRFB/88 e deve ser levado em consideração. Na visão de Moraes (1998, p. 40), “a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo”.

Em São Paulo o posicionamento dos magistrados a respeito do assunto não é unânime. Alguns magistrados sustentam que o direito à vida possui destaque frente ao direito à livre convicção religiosa, destaque capaz de se sobrepor nos casos de colisões entre àqueles. Por outro lado, outros magistrados procuram basear suas decisões no direito de que todo ser humano tem de viver uma vida digna, isto é, no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é visível o respeito ao direito à livre convicção religiosa frente ao direito à vida.

Mister transcrever parte dos fundamentos da decisão emitida pela Excelentíssima Juíza de Direito Mônica Di Stasi Gantus Encinas, no caso citado anteriormente, tendo em vista que o respeito aos direitos fundamentais deve orientar a atuação do Poder Público. Dessa forma:

[...] A questão que se põe não é o confronto entre o direito e o respeito à livre convicção religiosa e o direito à vida. Conquanto óbvio que o primeiro deva ser respeitado, entendo que tal regra deve ser excepcionada quando ele se coloca em confronto com segundo, de primazia absoluta: se não há vida, não há motivo para a garantia de qualquer outro direito. Ainda mais quando se trata de paciente menor de idade, incapaz de expressar sua própria vontade: neste caso, salvo melhor juízo, não é dado aos pais escolher entre a vida e a morte de terceiro.

Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável. É evidente que ao profissional médico é vedado, pautando-se, inclusive, com o disposto no Código de Ética Profissional da categoria, efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento prévio do paciente ou de seu responsável legal. Entretanto, essa regra admite exceção, quando o paciente se encontra em iminente risco de morte. Eis a hipótese dos autos: tudo o que era possível foi tentado primeiro para trazer o feto à vida, depois

para mantê-lo vivo. Sem a transfusão, todo o esforço realizado infelizmente terá sido em vão.

Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim, ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor". (BRASIL. AC 2003.71.02.000155-6, 2006).

Pelo exposto, evidente a situação de urgência, bem como o fato de ser o último recurso para manutenção da vida de um recém-nascido, defiro o pedido de tutela de urgência incidental, para que se supra a vontade dos genitores da criança e se faça(m) a(s) necessária transfusão (ões) de sangue [...].

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, Processo digital nº 0013577-27.2016.8.26.0635-09/02/2017, Juíza: Mônica Di Stasi Gantus Encinas).

De maneira diversa, há decisões que dão amparo ao direito à livre convicção religiosa e prestigiam o direito à autonomia da vontade do ser humano e o princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre observar o art. 15 do Código Civil brasileiro, assim descrito: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica".

O referido artigo demonstra que argumentos existem para que a autonomia da vontade seja respeitada em casos como o estudado por este trabalho de graduação. Taxar um direito de absoluto é incorrer em grave erro, uma vez que a pluralidade de posicionamentos advindos de decisões judiciais envolvendo o embate de direitos fundamentais é evidente.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como o Tribunal de Justiça de São Paulo, não tem jurisprudência consolidada a respeito do tema. O

acórdão abaixo mostra um posicionamento preponderante ao direito à livre convicção religiosa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO.

(RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 70032799041-06/05/2010, Relator: Claudio Baldino Maciel).

Destaca-se, na decisão, que o médico não deve ferir o livre arbítrio do paciente de decidir por si sobre o tratamento que melhor se amolde à sua religião. Indaga-se: É válido viver sem dignidade? O argumento utilizado na decisão acima preleciona que o fato de preservar a vida de alguém a qualquer custo não basta, de que adianta a manutenção da vida de um ser humano se dele foi retirada a dignidade proveniente de sua convicção religiosa? Para os defensores desse posicionamento, estar-se-ia ferindo o direito a uma vida digna, isto é, o direito de gozar do princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso relevante, também, ocorreu no Estado de Goiás; uma recém-nascida estava internada na UTI neonatal do estabelecimento de saúde (hora requerente) e, de acordo com o relatório médico juntado aos autos do processo, a criança, acometida por uma anemia e, após terem sido tentados tratamentos médicos alternativos, necessitaria de uma transfusão sanguínea para que sua vida fosse preservada.

Apesar da ciência do ocorrido, os pais da criança obstaculizaram a transfusão sanguínea na recém-nascida sob o argumento de que tal procedimento feria a

religião por eles seguida (os pais eram praticantes da religião Testemunhas de Jeová). Motivo que ensejou na parte autora o desejo de requerer judicialmente uma liminar a fim de que uma autorização judicial suprisse a vontade dos pais e, assim, o hospital realizasse o procedimento médico e a criança pudesse sobreviver.

[...] eventual retardamento da prestação jurisdicional poderá resultar em prejuízos severos à saúde da criança, vez que evidente o seu comprometimento em razão de ter nascido prematuramente, ter sido diagnosticada com anemia e os tratamentos alternativos até então praticados não alcançaram resultados satisfatórios para reverter o atual quadro clínico, restando, assim, absolutamente comprovado o dano ou risco ao resultado útil ao processo.

Importante destacar que não se está a negar que as liberdades de consciência e de culto religioso sejam garantias fundamentais elencadas em nossa Carta Magna. Entretanto, o que se coloca em jogo, no caso, não é a garantia de um direito individual puro e simples, mas a garantia do direito de uma pessoa ainda incapaz, com natureza personalíssima e, portanto, irrenunciável. Merece lembrar aqui que os artigos 7º ao 14º do Estatuto da Criança e do Adolescente contemplam os direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, no que pertine à vida e à saúde, sendo certo que tais premissas não podem ser ignoradas por aqueles que detêm a responsabilidade de guarda. Tais direitos são superiores aos da liberdade de crença ou da escusa de consciência, sob pena de se admitir a perda do bem maior garantido pela Constituição, que é a vida. Nesse passo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, entre o direito à crença religiosa dos pais da criança e o direito desta de acesso à saúde e a vida, deve prevalecer a garantia último. Ainda mais quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física do filho incapaz, que não é apto a decidir por si.

No caso concreto, a criança que se pretende proteger não detém capacidade civil para expressar sua vontade, pois ainda não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade, que por ora é substituída pela de seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue, por motivos religiosos.

Desta forma, tem-se que a prescrição médica indicada para a criança, nascida prematuramente e acometida de anemia, não pode sofrer limitações por motivos religiosos, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana e desrespeito à saúde física da infante, o que não se pode admitir. Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para autorizar a equipe médica da parte requerente a realizar a transfusão de sangue quando necessária, bem como todos os que se fizerem pertinentes ao resguardo da vida e saúde da criança recém-nascida [...].

(GOIÁS. Tribunal de Justiça, Processo nº: 5112276.40.2019.8.09.0051-01/03/2019, Juiz: Glauber Costa Abreu).

Interessante notar que um dos argumentos utilizados pelo meritíssimo magistrado para embasar o deferimento da liminar foi o de que a recusa dos pais à

transfusão sanguínea na filha recém-nascida seria uma afronta ao princípio da dignidade humana.

Como se nota, quando se trata de incapazes, as decisões emitidas pelos tribunais de justiça são semelhantes ao darem maior relevância ao direito à vida; entretanto, quando os casos envolvem pessoas capazes a divergência é clara, existem decisões dando preferência ao direito à vida e outras prestigiando o direito à livre convicção religiosa.

Caso conhecido no Brasil foi o ocorrido na cidade de São Vicente/São Paulo, levado ao STJ por meio de um *habeas corpus*. Os pais da adolescente Juliana, com apenas treze anos à época, o senhor Hélio e a senhora Ildelir, levaram-na ao hospital, pois sua filha sofria com a doença anemia falciforme. Os médicos prescreveram, como último recurso para salvar a vida da menor, a realização de transfusão de sangue; os genitores, por razões religiosas – eram adeptos à religião Testemunhas de Jeová, até aquele momento recusavam-se a fornecer o consentimento. O quadro da paciente se agrava com o decorrer do tempo e uma das médicas do hospital estava na iminência de obter a autorização do pai da adolescente para que o procedimento fosse realizado. Em seguida, um médico, amigo dos genitores e também seguidor da religião destes, o senhor José Augusto, na condição de membro da “Comissão de Ligação com hospitais das Testemunhas de Jeová”, compareceu ao hospital a pedido da genitora Ildelir para que os orientasse sobre como proceder naquela situação.

O referido influenciou os genitores a recusarem o procedimento e ameaçou processar judicialmente os médicos daquele hospital caso eles realizassem a transfusão de sangue contra a vontade daqueles.

Após inúmeras tentativas frustradas de convencer os pais da vítima, esta veio a falecer na madrugada de 22 de julho de 1993, em virtude de assistolia ventricular, crise vasoclusiva e anemia falciforme.

Em virtude do ocorrido, o Ministério Público ingressou em juízo com uma ação penal e denunciou o médico José Augusto como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal e, também, Hélio e Ildelir como incursos no art. 121, *caput*, c.c. art. 61, II, “e” (contra descendente) do Código Penal.

Vejamos o voto da Excelentíssima Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura:

De pronto, chamou-me a atenção o fato de os pacientes terem socorrido sua filha, buscando salvá-la. Tal conjuntura em nada se articula, convenhamos, com uma postura homicida.

A partir daí, o que sobreveio deve ser analisado numa perspectiva jurídico-sistemática, desvestindo-nos de crenças pessoais e preconceitos.

Apreciando os acórdãos do recurso em sentido estrito e dos subsequentes embargos infringentes, visualizo que a razão se encontrava com os votos vencidos, que, nesta assentada, pretendo ver convertidos na *ratio* da concessão da ordem.

Eis a compreensão divergente lançada no desate do recurso em sentido estrito:

No caso em tela, o dissenso dos responsáveis pela ofendida, em relação à realização da transfusão de sangue, decorrente de suas convicções religiosas, versa sobre o direito à vida, direito individual pressuposto de todos os demais, que possui especial caráter de indisponibilidade.

Assim sendo, em vista do iminente risco de vida, o dissenso não possuía o efeito de impedir a realização da transfusão de sangue e não afastava o dever legal do médico responsável pelo atendimento da menor de adotar o procedimento terapêutico necessário.

A controvérsia, como se vê, versa, tão somente, sobre os efeitos do dissenso dos genitores e do médico, que, por professar a mesma religião daqueles, sem integrar a equipe que atendeu a ofendida, também se manifestou contrário à realização da necessária transfusão de sangue.

O dissenso foi apontado na petição inicial como causa da morte da ofendida, pois teria consistido em impedimento da adoção do indispensável procedimento terapêutico para tentar preservar a vida da paciente, qual seja, a transfusão de sangue, reconhecendo-se, em consequência, o nexo de causalidade entre o dissenso dos réus e a ocorrência do evento morte.

Respeitado entendimento diverso, a conduta dos réus não possui tipicidade penal, na medida em que, em se tratando de hipótese de iminente risco de vida para a ofendida, o dissenso dos réus não possuía qualquer efeito inibitório da adoção do indispensável procedimento terapêutico a ser adotado, qual seja, a transfusão de sangue.

Os integrantes da equipe médica, que a atendiam, tinham o dever legal de agir.

Ademais, nada há na inicial ou nos autos no sentido de que os genitores e o corréu tenham praticado qualquer espécie de conduta concreta no sentido de impedir a realização do procedimento médico, ou de que tenham tentado praticar.

O impedimento, segundo verte dos autos, consistiu, tão somente, no dissenso.

Importa ressaltar, a propósito, que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não há direito individual fundamental que comporte exercício absoluto, pois tal importaria em sobreposições, e consequentemente em anulações dos sobrepostos.

O status diferenciado de determinado direito individual como fundamental constitui, também, seu limite, pois os direitos individuais fundamentais devem estar em equilíbrio, sem sobreposições.

Na hipótese de colisão de direitos fundamentais, de garantias constitucionais, a solução está na ponderação dos mandamentos em conflito, a partir da identificação das circunstâncias do caso concreto e seus reflexos na aplicação das normas colidentes, para verificação do ponto do equilíbrio indispensável à efetividade de todas as disposições constitucionais incidentes no caso concreto.

Portanto, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença prevista pelo inc. VI do art. 5º da Const. Federal não pode ser tida como absoluta.

No caso sob exame, considerada a excepcional situação de iminente risco de vida para a ofendida, o alcance do equilíbrio exigiu a prevalência do direito à vida, direito que, não é demais repetir, constitui, à evidência, pressuposto à existência e ao exercício dos demais.

O reconhecimento da necessidade de prevalência do direito à vida, consideradas as especificidades presentes, não importa, em absoluto, em negação da garantia constitucional concernente à liberdade religiosa, mas em solução indispensável para se tentar evitar a negação do direito à vida à ofendida, dada a possibilidade iminente de concretização de dano irreparável, o que se apresenta como razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito, laico por definição constitucional.

É preciso anotar, ainda, que a questão de natureza religiosa, que permeia a análise do fato gerador da presente persecução penal, não é nova e foi objeto, inclusive da Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, cujo enunciado, em seu artigo 2º, dispõe: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

Ante o exposto, considerando-se que, segundo os termos da inicial, o impedimento à realização da transfusão de sangue limitou-se ao dissenso dos genitores da ofendida, referendado pelo corrêu, a conduta atribuída aos acusados, ora recorrentes, deve ser tida como atípica.

Face ao exposto, meu voto, respeitosamente, é no sentido da absolvição dos recorrentes José Augusto Faleiros Diniz, Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bonfim de Souza, da imputação de se acharem incurso, o primeiro no art. 121, caput, do Cód. Penal, e, os demais, como incurso no art. 121, caput, combinado com o art. 61, II, e, ambos do Cód. Penal, com fundamento no art. 415, III, do Cód. de Proc. Penal. (fls. 58-61).

Além de tal voto do Desembargador Nuevo Campos, no julgamento dos embargos infringentes, também veio no mesmo sentido o voto do Desembargador Souza Nery, verbis:

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, serem todos "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 segurança e à propriedade", nos termos definidos pela Carta Política naquele mesmo dispositivo, dentre os quais, de interesse para o caso dos autos, desponta o inciso 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 dos locais de culto e suas liturgias;

Ora, se a liberdade de crença é efetivamente inviolável, não pode o cidadão, ao exercê-la, e só por exercê-la, sofrer nenhuma espécie de violação, ainda que promovida sob o manto aparente da lei.

Bem a propósito do tema o ensinamento de Wilson Ricardo Ligiera, na obra "Responsabilidade Médica diante da Recusa de Transfusão de Sangue" (São Paulo: Nelpa, 2009):

O direito à prática da religião professada envolve, indubitavelmente, o direito de viver de acordo com os seus preceitos. Diante disso, por mais que não concordemos com a crença de uma pessoa, temos que respeitar as suas decisões embasadas na fé. Isso também se aplica nos casos de escolha de tratamento médico.

Podemos, por exemplo, achar absurda a recusa de sangue por uma Testemunha de Jeová, ou inaceitável o comportamento de um pentecostal que não vai ao médico na crença de que Jesus irá curá-lo, ou mesmo do espírita que, ao invés de se submeter a uma cirurgia, prefere que lhe seja realizada uma "operação espiritual".

O fato é que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, pouco importa a crença da pessoa e o modo como ela decide conduzir sua vida, desde que, é claro, ela não ocasione prejuízos a terceiros, (pág. 168).

Dir-se-á, então, que o exercício da crença religiosa dos embargantes interferiu negativamente nos direitos a tratamento médico eficaz de sua filha, daí advindo a possibilidade de sua responsabilização criminal.

Nem assim se lhes pode incriminar, diante da total inexistência de nexos de causalidade entre o obstáculo que pretendiam opor e a falta de tratamento adequado a ocasionar a morte da infante.

É que a recusa dos pais da infeliz vítima era absolutamente irrelevante para o atendimento médico que lhe devia ter sido prestado.

O Código de Ética Médica (Resolução nº CFM 1.246/88, de 8 de janeiro), em seu artigo 46, proíbe o médico de "[e]fetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida".

O mesmo diploma legal, em outros dois dispositivos isenta de responsabilidade ética o profissional médico que, diante de pessoa entregue a greve de fome, intervenha para afastar o risco iminente da vida (artigo 51), e pune aquele que "desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida" (artigo 56).

O próprio Código Penal Brasileiro estabelece ser atípica a conduta do médico que realize intervenção, mesmo que cirúrgica, "sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (artigo 146, § 3º, inciso I).

Assim, admitir a responsabilidade penal dos embargantes corresponde a desobedecer o mandamento constitucional antes transcrito, por isso que seu ato limitou-se ao exercício de sua liberdade de crença, e no comportamento dela decorrente.

Ainda uma vez destaco ser a "proibição" da transfusão de sangue oposta pelos embargantes ao tratamento de sua filha absolutamente irrelevante sob o ponto de vista legal para os médicos encarregados de atendê-la, que tinham o dever de prestar-lhe toda a assistência necessária, agindo sob o manto protetor tanto de seu próprio Código de Ética, quanto, e mais importantemente, do Código Penal Brasileiro, como demonstrei.

Imperioso, no meu entendimento, portanto, aplicar ao caso dos autos o que determina o inciso III do artigo 415 do Código de Processo Penal, decretando desde logo a absolvição dos embargantes, por isso que sua conduta não constitui infração penal.

Demais disso, por meu voto, e nos termos do artigo 417 do mesmo estatuto adjetivo, determinava a devolução dos autos ao representante local da sociedade, diante da clara existência de indícios de responsabilidade "de outras pessoas não incluídas na acusação".

A douta maioria, no entanto, e como de costume, decidiu superiormente a questão. (fls. 114-118).

Ante o exposto, não conheço da ordem, mas expeço habeas corpus de ofício para extinguir a ação penal em relação aos pacientes.

É como voto.

(DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas corpus nº 268.459 - SP (2013/0106116-5)- 04/02/2015, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura).

Como se observa, na visão da ministra os genitores da adolescente, assim como o médico e amigo da família, não merecem responder por crime algum, uma vez que, em obediência ao que a religião deles prega, eles detinham o direito de recusar a realização do procedimento. Entretanto, cabia aos médicos daquele hospital realizarem a transfusão de sangue na garota porque, independentemente

da vontade dos pais, quando se está presente um menor incapaz de responder por seus atos, o direito à vida deve ser garantido em face do direito à livre convicção religiosa. É perceptível que, no caso acima, ambos os direitos fundamentais em colisão podiam ser enaltecidos; o direito de os pais se posicionarem contra a transfusão de sangue foi respeitado (a livre convicção religiosa foi exercida), entretanto a inércia os médicos desprestigiou o direito à vida e, assim, a garota veio a falecer.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de um recurso extraordinário envolvendo o embate entre o direito à saúde e o custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Assim preleciona a ementa do caso:

Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Direito à saúde. Custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Repercussão geral.

1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue.

2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado.

3. Repercussão geral reconhecida.

TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. VIABILIDADE TÉCNICA. SENTENÇA MANTIDA.

(DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 979.742 – 07/08/2017, Relator: Luís Roberto Barroso).

O Excelentíssimo Ministro Relator Luís Roberto Barroso reconheceu a repercussão geral baseada nos argumentos trazidos pelas partes em relação a ambos os direitos. É evidente que por trás do direito à saúde está incutido o direito à vida, o que interessa ao presente trabalho de graduação.

De um lado o direito social à saúde que não parece se esgotar a uma simples garantia de sobrevivência. O entendimento é de que os serviços médicos existentes

devem ser compatíveis com as convicções religiosas e que qualquer posição adversa implica em uma omissão por parte do Estado, além de que resumir o direito social à saúde às concepções médicas majoritárias não deixa de ser uma discriminação aos tratamentos menos convencionais.

De forma diversa, o pleno exercício da livre convicção religiosa implica em alocação de recursos públicos escassos e isso põe em risco a observância, ainda que mínima, de outros direitos fundamentais. Esperar que o sistema de saúde abarque qualquer pretensão individual, como se houvesse na Carta Magna um direito absoluto, ocasionaria a impossibilidade de estruturação de serviços públicos igualitários.

A repercussão geral foi acolhida sob todos os aspectos (econômico, político, social e político). O caso aguarda julgamento.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais devem ser respeitados, uma vez que com eles a sociedade evolui e o Estado Democrático de Direito se perpetua. Com isso, surge a segurança jurídica nas relações presentes no Estado.

No caso analisado, ambos os direitos fundamentais possuem relevância no ordenamento jurídico brasileiro e tanto o direito à vida quanto o direito à livre convicção religiosa devem ser respeitados, em momento algum devem ter seus respectivos núcleos essenciais violados.

Constatou-se que, nos casos de iminente risco de vida envolvendo incapazes, os tribunais tendem a fazer prevalecer o direito à vida com relação ao direito à livre convicção religiosa. Isso porque, é possível que a criança, ao atingir a capacidade civil plena, possa vir a optar por outra religião, que não aquela que inviabilize a transfusão sanguínea. Além disso, há que se levar em conta que uma recusa a um tratamento que implique um risco de vida àquele que assim se posiciona deve ser personalíssima e, presente um ser humano incapaz de responder por seus atos, a

recusa deixa de ser personalíssima, pois aquele que responde pelo incapaz estaria com o poder de decidir sobre a vida de outrem.

Por outro lado, com relação aos civilmente capazes, existem decisões prestigiando o direito à livre convicção religiosa quando em colisão com o direito à vida. Para aqueles, uma vida pós-transfusão sanguínea deixa de ser digna porque a dignidade deles está atrelada à religião que praticam. Os adeptos à religião Testemunhas de Jeová não viveriam de forma digna caso houvesse uma imposição judicial que os obrigassem a passar por um procedimento como a transfusão sanguínea, torna-se incompatível fazer algo que sua religião abomina.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **Bíblia de Promessas**. Tradução de João Ferreira Almeida. 4. ed. Rio de Janeiro: King Cross Publicações. 2008. Velho Testamento e Novo Testamento.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. Parecer jurídico. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí, RS: Ed. da Unijuí, 2002.

BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e o condicionamento da interpretação constitucional**. Bahia: Podium, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20/03/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/03/2019.

BRASIL. Constituição (1967/1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/03/2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 20/03/2019.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 01/09/2018.

BRASIL. Código de Ética Médica (2010). **Código de Ética Médica**. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual.htm>>. Acesso em: 01/09/2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1993.

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01/09/2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF**. Procuradoria-Geral da República. Relator: Ayres Britto. 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça da União**, Brasília, mai. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. 05 de maio de 2011. **Diário de Justiça da União**, Brasília, mai. 2011.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-DF**. Procuradoria-Geral da República. Relator: Ayres Britto. 29 de maio de 2008. **Diário de Justiça da União**, Brasília, mai. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 268.459 - SP (2013/0106116-5)**, Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. 04 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165474224/pext-no-habeas-corpus-pext-no-hc-268459-sp-2013-0106116-5/decisao-monocratica-165474234?ref=serp>>. Acesso em: 01/02/2019.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 979.742**, Relator: Luís Roberto Barroso. 07 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp?>>. Acesso em: 01/09/2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais – análise de sua concretização constitucional**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCIA, Vicente. KLAMT, Jyrson Guilherme. SOUZA, Marco Aurélio Beloto de. *Revista brasileira de Anestesiologia* (2010). **Efeito da hemodiluição normovolêmica aguda na coagulação sanguínea: comparação entre os testes colhidos de um modelo in vivo e de um modelo in vitro**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-70942010000400003>. Acesso em: 01/09/2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Processo nº: 5112276.40.2019.8.09.0051-01/03/2019**, Juiz: Glauber Costa Abreu. 01 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI297568,21048->

Autorizada+transfusao+de+sangue+a+recemnacida+filha+de+testemunhas>.
Acesso em: 01/05/2019.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HOUAISS, Antonio. **Grande dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRON, Luana Hartmann. **Conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à vida e o direito à liberdade de consciência e crença religiosa**. 49f. (Monografia em Direito). Ijuí, Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1135/Luana%20Miron%20monografia.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23/02/2019.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOTTA, Moacir Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais**. 2009 (Parecer Jurídico).

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Manual de teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEM fundou a sua religião?. **Jw.org**. Brasil, 20 de mar. de 2006. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>.
Acesso em: 12/04/2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70032799041-06/05/2010**, Relator: Claudio Baldino Maciel. 06 de maio de 2010. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2179129/garantido-direito-de->

testemunha-de-jeova-a-nao-receber-transfusao-de-sangue>. Acesso em: 04/02/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo digital nº 0013577-27.2016.8.26.0635-09/02/2017**. Planserv. Juíza: Mônica Di Stasi Gantus Encinas. 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI253670,81042-Hospital+consegue+autorizacao+para+transfusao+de+sangue+em+bebe+de.htm>>. Acesso em: 02/03/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHÄFER, Jair Gilberto. **Direitos fundamentais – Proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

SORIANO, Aldair Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.