

DIREITO À VIDA VERSUS LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA: Uma Análise Jurídica da Recusa à Transfusão de Sangue em Testemunhas de Jeová

Marcyó Keveny de Lima Freitas¹

Ronaldo Alencar dos Santos²

RESUMO

O presente trabalho trata-se de pesquisa teórica, que aborda a questão jurídica da recusa a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, e tem por objeto a análise da recusa à transfusão sangüínea mesmo diante de iminente perigo de vida para o paciente, e o conflito existente entre o direito à vida e a liberdade de crença religiosa, garantias fundamentais consagradas no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Além da problemática envolvendo médicos, pacientes e juristas quanto à autorização de tais procedimentos sem o consentimento do paciente em casos de iminente perigo de vida. Tendo o jurista, neste caso, a possibilidade de analisar e interpretar, diante de um conflito real de preceitos fundamentais, os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, visando, assim, apresentar uma solução justa ao caso concreto, adotando critérios de solução de conflitos com a utilização de técnicas de ponderação de valores, razoabilidade, proporcionalidade e a harmonização dos bens jurídicos protegidos, fundamentados à luz dos princípios hermenêuticos. Objetiva, por fim, estabelecer uma reflexão entre a postura do Estado frente aos conflitos das normas constitucionais e a forma de atuação quando este intervém na seara dos direitos fundamentais de cada cidadão. O estado tem o dever de tutelar, garantir e preservar os direitos fundamentais do ser humano, assim como a sociedade civil também deve desempenhar tal papel, diante de um Estado Democrático de Direito Garantista, efetivando assim, a materialização dos direitos fundamentais e os objetivos insculpidos na atual Constituição Cidadã, no que tange a solução dos conflitos e a pacificação social.

Palavras-Chave: Colisão de direitos fundamentais; Testemunhas de Jeová; transfusão de sangue; direito à vida; liberdade de crença religiosa; responsabilidade médica;

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: marcyolima@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: ronaldo_alencar@hotmail.com

ABSTRACT

The present work deals with the theoretical research, which approaches the juridical question in what concerns the Jehovah's Witnesses refusal to blood transfusion, and it has as an object of analysis the refusal to blood transfusion as an eminent danger to the life of patient, and the conflict that exists between the right to life and the free will to religion beliefs, fundamental guaranties stated in the art. 5º of Federal Constitution from 1988. Besides the problematic involving doctors, patients and jurists as to the authorization of such procedures without the acceptance of the patient in cases of eminent life danger. In this case, the jurist has the possibility of analyzing and interpreting, when in face of a real conflict of fundamental precepts, the constitutional principles which direct the Brazilian law tools, searching, by this way, to present a fair solution to the concrete case, adopting solution criterions to the conflicts with the utilization of techniques of value measurements, sensibility, proportionality and the harmonization of protected juridical wells, justified under the light of the hermeneutical principles. It aims, finally, to establish a reflexion between the position of the State facing the conflicts of the constitutional codes and the acting form when they interfere in the field of the fundamental rights of each citizen. The state has the duty of tutoring, guaranteeing and preserving the fundamental rights of the human being, so does the civil society of developing such role, when in face of a Guarantistic Democratical State, effecting by this way, the materialization of the fundamental rights and of the objective inserted in the actual citizen Constitution, in what concerns the solution of the conflicts and the social pacification.

KEYWORDS: Collision of fundamental rights; Jehovah's Witnesses; blood transfusion; right to life; free will to religious beliefs; medical responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Nos tribunais brasileiros, a realização de procedimentos terapêuticos que incluem transfusão de sangue em pacientes adeptos da chamada religião “Testemunhas de Jeová” é uma questão polêmica que há muitos anos é debatida no sistema jurídico nacional, preocupando setores da sociedade civil, juristas, médicos e cientistas do comportamento humano a discutirem tais procedimentos frente aos problemas surgidos com essa prática, tanto no campo religioso, quanto no meio social em que convivem os pacientes submetidos à Transfusão.

A recusa na submissão ao tratamento ou mesmo procedimentos que envolvam transfusão de sangue tem fundamento na origem histórica da religião das Testemunhas de Jeová, pois segundo estes, pela interpretação da Bíblia, o uso de transfusões sangüíneas totais ou dos seus componentes primários é um desrespeito a lei divina. As testemunhas de Jeová baseiam esta proibição a utilização e consumo de sangue humano ou animal na religião que seguem.

Tendo em vista que o sangue é considerado precioso, símbolo da própria vida, as testemunhas acatam a ordem bíblica de se absterem do mesmo, reconhecendo, assim, que apenas o sangue de Cristo pode salvar a vida humana, tal qual o sangue do cordeiro de Cristo que salvou os Israelitas na primeira Páscoa. As testemunhas argumentam que a proibição para a utilização de transfusão sangüínea se dirige a toda a humanidade, pois foi transmitida por Deus a um homem que a Bíblia apresenta como ancestral de todos os homens.

O tema ganha maior relevância, quando há divergência no próprio ordenamento brasileiro, haja vista existir um choque de princípios, uma colisão de direitos, direitos esses fundamentais e indisponíveis. De um lado está o Direito à vida, que se encontra no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, diretamente ligado ao bem estar do indivíduo e a Dignidade da Pessoa Humana, do outro, há a liberdade de crença religiosa, prerrogativa constitucional garantida também na Carta Magna de 1988.

A liberdade de crença religiosa está no cerne dos direitos fundamentais assim como dispõe o art. 5º, VI, da Constituição Federal. Em face dos direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa, a preferência por um deles se torna um problema frente aos questionamentos jurídicos e sociais. Acredita-se que a vida é um bem maior, que possui relação direta com a Dignidade da Pessoa Humana, e que está no ápice do ordenamento brasileiro, sendo erigida a categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, tal princípio é ainda, informador da interpretação de outros Direitos Fundamentais.

A discussão está relacionada à escolha de um direito fundamental em detrimento do outro, ou seja, o que deve prevalecer, o direito à vida ou a liberdade de crença religiosa? É razoável aceitar a recusa de um indivíduo a realização de determinado tratamento terapêutico, qual seja, transfusão sangüínea, necessária e indispensável para a preservação de sua vida, por convicções religiosas? O paciente reconhecidamente capaz deve exercer a sua autonomia plenamente? E quanto aos responsáveis legais do paciente, estes podem dispor da vida de seus familiares?

No atual estágio do direito constitucional, os preceitos fundamentais adquirem relevo significativo, ocupando, desta forma, o centro do patamar dos estudos que têm por objeto a Constituição. Sendo assim, o Estado tem o dever legal de preservar e proteger a vida humana, já que este assume a figura de guardião dos direitos indisponíveis e exerce função de salvaguardá-los, mesmo contra a vontade de seu próprio titular, todavia, o ente estatal deve violar a liberdade de crença religiosa do indivíduo em nome do bem jurídico vida? E mais, a escolha de tratamentos de saúde é um mandamento de ordem pública, podendo o Estado, desta forma, intervir, ou é privada,

cabendo a decisão, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, exclusivamente ao indivíduo?

Em casos concretos, quando da aplicação dos direitos fundamentais, ocorre muitas vezes o fenômeno da colisão de direitos. Quer dizer, num mesmo caso, podem ser em tese, aplicados dois direitos diferentes, com conseqüências muito diversas. A solução de tais colisões é muito delicada e exige muita atenção do julgador quanto aos aspectos de fato. Podem-se indicar, todavia, alguns princípios hermenêuticos que devem guiá-lo.

Nesse diapasão, o presente estudo se propõe a analisar, por meio de um estudo qualitativo e bibliográfico – utilizando-se do método dialético – a problemática envolvendo a recusa na transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, o conflito existente entre pacientes e médicos, o entendimento dos tribunais pátrios, assim como a visão de estudiosos e doutrinadores do Direito acerca do tema abordado e sua relação com a Constituição Federal.

2 O DIREITO À VIDA

Segundo CANOTILHO (2010, p.121),

Os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, além de enumerar as principais opções político-constitucionais, daí porque os artigos que proclamam constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas.

Nossa Carta Magna consagrou no art. 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos, conferindo-lhes ampla proteção desde que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, até “garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

Pela simples leitura do caput do art. 5º podemos perceber o quão importante representa o direito à vida em nosso ordenamento. Todavia, no decorrer da história, tal direito não era compreendido desta forma. Pode-se afirmar que no período medieval, em que de um lado estava a Igreja católica e do outro o Estado, não existia uma diferenciação entre Direito e Moral, e não rara às vezes, o direito à vida era entendido como simples disposição do governante divino, ou melhor, do Estado-Igreja, na medida em que este dispunha sobre as condenações aos Hereges, impondo penas severas e determinando a morte das pessoas pelo simples fato de não concordarem com aquela crença ou por possuírem convicções filosóficas ou religiosas que iam de encontro aos dogmas impostos pela Igreja. Nesta época da Inquisição, o bem maior vida era constantemente violado em nome da religião.

O direito à vida começou a ganhar notoriedade e importância, a partir da Revolução Francesa, com o rompimento entre Direito e Moral, com as ideais de constitucionalismo e Estado de Direito, surgem, a partir de então, os direitos individuais de primeira geração, como uma garantia do indivíduo frente ao autoritarismo exacerbado do Estado. Desta forma, os direitos fundamentais ganharam uma dimensão de primazia frente às demais garantias, de modo que o bem da vida interessa não só ao indivíduo que está sendo desrespeitado ou prestes a ter seu direito violado, o Estado deve obrigatoriamente, intervir, resguardando e preservando tal direito. O Estado assume o papel de garantidor do bem jurídico vida.

Mister observar que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Carta Magna de 1988, não são, portanto, ilimitados, pois os mesmos encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal.

Assim, sendo a vida é um inviolável, há a obrigação do Estado e de particulares em não realizar condutas que venham a ferir ou atentar contra tal prerrogativa fundamental. Nesta esteira, o direito à vida ganha importância como um meio limitador das atrocidades cometidas pelo Ente Estatal, servindo como prerrogativa ao indivíduo para estabelecer um limite desta atuação. Neste liame, pode-se dizer que o Estado deixou de ser um ente opressor, violador dos direitos fundamentais, em especial à vida, para ser um ente garantidor, que tutela garantias individuais e coletivas, interessando a vida não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade, e em especial ao Estado que efetiva essa proteção. A vida passou a ter, hoje, um valor social, no sentido de proteção por toda a coletividade.

A vida é um Direito Fundamental que está consagrado na Constituição Federal de 1988. A Carta Maior proclama no seu art. 5º, caput, expressamente, “a inviolabilidade do direito à vida”, assim sendo, a vida pode ser considerada o mais básico de todos os direitos, já que é um pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. Nos dizeres de alguns constitucionalistas, a vida é o direito humano mais sagrado.

O direito à vida é protegido no âmbito internacional, não podendo as constituições disporem diferentemente dele, nem os tribunais lhes dar interpretação restritiva, pois o Direito Internacional assegura uma proteção especial, assim, todos os direitos que gozam desta natureza necessitam de uma proteção ainda maior, uma vez que são supervalorizados pela comunidade internacional no seu conjunto, que é seriamente afetada em caso de violação. Na verdade, há o reconhecimento da vida como um princípio que possui uma densidade normativa maior que outras garantias.

Assim como observa SILVA (2008, p.177), “a vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais

(espirituais)”. Logo, o significado do direito à vida compreende desde o direito à existência, até o direito à integridade física, à integridade moral e outros conexos, também elencados nos incisos do art. 5º da CF.

Nas sociedades modernas, os direitos fundamentais ganham força e assumem uma nova dimensão frente ao Estado Democrático de Direito, já que o bem da vida não interessa apenas ao indivíduo, devendo o Estado preservá-lo, assumindo uma posição de garantidor do bem jurídico vida. A intervenção estatal, apenas se justifica no sentido de tutelar, e proteger a vida por entendê-la como uma premissa básica para o exercício de qualquer outro direito fundamental.

Em uma sociedade democrática, livre, justa e solidária, a vida possui status de um bem inviolável, não podendo ser violada por terceiros, sendo também indisponível, pois o ordenamento jurídico pátrio não autoriza a disponibilidade do direito à vida, exatamente por reconhecer a supremacia da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, e por entender que a vida é um pressuposto básico para que se manifestem os outros direitos fundamentais.

Desta forma, o direito à vida tem dois significados quanto a sua existência: revela-se em um primeiro momento, no direito de permanecer existindo, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida. Isto quer dizer que, é garantido a todos o direito de continuar vivo, prevalecendo à existência humana até a interrupção da vida por causas naturais.

Ainda assim, deve ser garantido um mínimo de dignidade existencial para o indivíduo, ou seja, deve ser assegurado um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana, incluindo nesta esteira o direito à saúde (art. 196), moradia (art. 5º, XXIII, CF), educação (art. 205, CF), cultura (art. 215, CF), ao lazer (art. 217, CF), liberdade, igualdade, dignidade, segurança, propriedade, alimentação, vestuário, cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Nas palavras de BULOS (2008, p. 414), “sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina”.

Neste sentido, o poder público deve garantir uma estrutura estatal que atenda as necessidades dos indivíduos, como um ser dotado de uma proteção especial que possui prerrogativas e direitos inerentes à própria condição de ser humano.

Quanto ao momento inicial de proteção do direito à vida, pode-se dizer que a garantia de continuar vivo, é o elemento mais essencial deste direito, sendo assim, é preciso delimitar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo, assim como em qual momento,

cessa a existência humana, e nessa linha, o dever estatal, de natureza constitucional, de mantê-la e provê-la. Em regra, pode-se afirmar que o início desse direito é uma questão biológica.

No ordenamento jurídico nacional, a teoria da concepção, soa mais acertada, haja vista possuir um aspecto protecionista expresso e é a adotada pela igreja católica. Tal teoria consiste em afirmar que existe vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, o direito à vida existe desde o ato de conceber, ainda no útero.

Sendo a vida um direito fundamental, a garantia deste, deve ser entendido como um direito a uma existência digna. A vida possui, então, um valor social, já que foi erigida a categoria de direito fundamental pela Carta Magna de 1988, e ao Estado, após longo período evolutivo, cabe desempenhar a função de garantidor ao invés de opressor.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO À VIDA

Ao estado incumbe o dever de proteger a integridade física e moral do indivíduo, aquele assume uma posição garantista, frente às necessidades do homem, preservando, desta forma, a vida. Sendo o direito à vida inerente ao ser humano, para que este exista, não há necessidade de um reconhecimento explícito de sua existência em nenhum texto legal, pois tal direito está na essência do ser humano.

O direito a vida, com a evolução do tempo, ganhou notoriedade justamente em razão da desigualdade entre o poder do Estado soberano e a fragilidade de seus súditos, além disso, não havia nesta época, o reconhecimento dos direitos fundamentais como uma forma de equilíbrio da atuação estatal e da relação desigual entre Estado e indivíduo. O dever de abstenção estatal frente aos particulares persiste até os dias atuais, devendo a atuação do governante ser pautada na tutela da vida, ou seja, na proteção da vida humana, com um enfoque garantista.

Corroborando com este entendimento, MARMELSTEIN (2008, p. 20) aduz que

os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Todavia, há de se observar, que nenhum direito fundamental é absoluto, e a vida, nesta esteira, também não possui caráter absoluto, quando em determinadas situações, o direito à vida se coloca em conflito com outros direitos fundamentais. Neste sentido, surge a dignidade da pessoa humana, como um fundamento do Estado Democrático de Direito, possuindo um valor absoluto

frente aos demais direitos constitucionais, no sentido de balizar qualquer ingerência que, por ventura, venha a ocorrer.

Em razão disso, nenhuma pessoa pode invocar direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos, uma vez que o exercício de qualquer preceito fundamental encontra limites no próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se aplicar, assim, o valor absoluto, da dignidade humana como um fundamento do direito à vida frente aos demais direitos, já que a dignidade da pessoa humana serve de alicerce para os demais direitos fundamentais.

Na verdade, no Estado do bem estar social, a dignidade humana deve ser entendida como um bem inviolável, não passível de violações, ou seja, tal dignidade não deve ser desrespeitada por terceiros, e nem mesmo pelo Estado. O ordenamento jurídico nacional reconhece a vida com um bem supremo e indisponível, pois o indivíduo não pode dispor de sua vida nem da vida de terceiros.

4 LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

A crença religiosa é um direito humano fundamental, reconhecido constitucionalmente, haja vista o homem buscar na religião as bases espirituais e morais que dão sentido a vida, prendendo-se à convicção pessoal que influencia o modo de vida do crente. O ser humano tem o direito de escolher livremente sua religião, prestando sua adoração a Deus, já que a escolha de normas e valores que orientam a vida dos indivíduos estarem baseadas na liberdade e na vontade individual de cada um.

Desta forma, DINIZ (2009, p. 261) aduz que

a religião organiza as relações postuladas pela situação de dependência do homem das realidades sobrenaturais. A adesão do ser humano a uma religião revela não uma preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade transcendente e superior a todas as outras. Tal adesão acarreta um conjunto de comportamentos rituais que estabelecem liames entre o homem e Deus e a obediência a normas cujas origens e sanções estão além de qualquer poder humano, modelando, por essa razão, o seu pensamento e a sua ação.

A constituição da República Federativa Brasileira de 1988 consagrou a liberdade de crença religiosa para todo cidadão. A liberdade de religião nada mais é que um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. Tal liberdade constitucional engloba a crença, a moral religiosa, os dogmas, a liturgia e o culto.

A melhor doutrina consagra que o direito à liberdade de crença religiosa deve ser entendido da seguinte maneira: a liberdade de crença religiosa consiste na opção por uma religião ou não, no foro íntimo. A liberdade de consciência é a de foro íntimo, mas em questão que não envolva ordem religiosa. Já a liberdade de ritos se caracteriza pela prática de cultos, com suas manifestações, reuniões ou cerimônias.

A constituição brasileira de 1824 promovia que a religião oficial do país era a Católica Apostólica Romana, todavia, tal posicionamento não foi oficializado pelas Cartas Magnas seguintes de 1891 e 1988. A liberdade religiosa de crenças e cultos, ainda hoje, não é tolerada em muitos países do Oriente Médio, seja por questões sociais, educacionais, ou religiosas. Geralmente, tal liberdade é consagrada por nações civilistas como Brasil e Estados Unidos.

Para que exista uma plena liberdade religiosa é necessário que haja o respeito às ideologias individuais de cada ser humano, pois sem a liberdade política e cultural, jamais existirá liberdade de crença religiosa. A esse respeito MIRANDA (1996, p. 359) defende que

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

Ademais, tais liberdades são invioláveis, haja vista ninguém poder ser obrigado a abandonar sua opção religiosa, ou ser forçado a renunciar sua fé. Devendo o Estado, respeitar a escolha individual de cada cidadão quanto aos seus dogmas e crenças religiosas, todavia, o limite a liberdade de crença religiosa situa-se no campo do respeito mútuo, não podendo prejudicar outros direitos. Aliás, cumpre ressaltar que o Brasil é um país laico, leigo ou não confessional, ou seja, não existe em nosso ordenamento nacional uma religião oficial.

Historicamente, há autores que sustentam que a liberdade de crença religiosa é a verdadeira origem dos direitos fundamentais. CANOTILHO (1993, p. 503) defende que “em sua origem, tratava-se mais de uma tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente a concepção atual de liberdade, como direito fundamental”.

Sendo a garantia de liberdade um dos aspectos da religião, é assegurada a possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua opção religiosa, assim como a materialização de sua crença, com a prática de cultos, seitas ou liturgias.

As liberdades religiosas e convicções político-filosóficas podem, todavia, sofrer limitações em duas hipóteses: quando há o descumprimento de uma obrigação legal a todos imposta e o descumprimento de prestação alternativa fixada em lei. Assim, respeitados os fundamentos de ordem pública, no que tange as imposições legais, os indivíduos podem manifestar sua orientação religiosa de forma ampla, sendo-lhes assegurado o direito de recusa a certos atos que atentem contra suas convicções ou ideologias pessoais, respeitados os limites legais.

A garantia da liberdade de crença religiosa e sua manifestação fundamentam-se na liberdade de consciência e crença, resultando na possibilidade de recusa, em determinadas situações, por motivos de convicções religiosas. Resta evidente que, assim como as demais liberdades públicas, a liberdade religiosa também não atinge um grau absoluto, não sendo permitido, a qualquer ideologia religiosa atos que venham a atentar contra a lei, sob pena de responsabilização civil e criminal.

A esse respeito, MARMELSTEIN (2008, p. 368) afirma que

há a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, inclusive o STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

A própria Constituição Federal Brasileira tutela a recusa à prática de determinados atos relacionados à autonomia individual, que pode se justificar em motivações religiosas ou não. Desta forma, afirma-se que a recusa está ligada a elementos de caráter individual, consubstanciados em convicções pessoais, sendo protegido, desde que não violem aspectos de ordem pública ou não afronte outro valor protegido.

A liberdade de crença religiosa pode ser restringida caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionalmente protegidos, até porque a ciência do direito não é estanque ou imodificável. No entanto, isto não significa dizer que os direitos fundamentais possam ser constantemente suprimidos. Ao contrário, qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser impedida, cabendo ao judiciário demonstrar a justificativa da limitação em razão de um interesse mais importante, que possua maior peso no ordenamento jurídico nacional.

5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

È cediço na doutrina constitucionalista que nenhum direito fundamental é absoluto, haja vista as normas constitucionais serem proporcionalmente contraditórias, já que refletem uma

diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito, como bem expõe MARMELSTEIN (2008). Desta forma, em determinadas situações, pode existir, um choque de princípios entre duas ou mais garantias fundamentais.

Quando existir um conflito entre direitos fundamentais, não há uma regra específica para a solução desses conflitos aparentes. Em se tratando de princípios constitucionais que estão na mesma hierarquia jurídica, ou seja, possuem o mesmo status no ordenamento brasileiro, a solução para tais colisões de direitos seria a utilização da hermenêutica constitucional, oportunizada aos julgadores. Ao magistrado cabe uma interpretação mais cuidadosa da norma, para que possa solucionar os conflitos aparentes, fundamentando, desta forma, suas decisões em princípios humanistas, utilizando técnicas hermenêuticas como a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, a proporcionalidade e a razoabilidade.

No tocante a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos que envolvam a hemoterapia, há o fundamento de que tal proibição está na Bíblia, pois o sangue é um componente sagrado e sua utilização seria um desrespeito a lei divina, pois apenas o sangue de Cristo pode salvar a vida de todos. Neste sentido, os adeptos desta crença religiosa não permitem ao médico aplicar tratamentos que envolvam algum componente sangüíneo. A problemática ocorre, exatamente, quando de um lado temos o direito à vida sendo confrontando com a liberdade de crença religiosa, já que não há a permissão da utilização de tais tratamentos.

Neste diapasão, qual direito fundamental deve prevalecer, a vida ou a liberdade de crença religiosa? Qual direito fundamental é mais importante, ou seja, aquele que possui maior peso no ordenamento brasileiro? Perguntas como estas dividem opiniões de vários grupos, como médicos, juristas e até mesmo opinião pública.

Realmente, convém lembrar, que nenhum direito fundamental é absoluto, porquanto na própria Carta Magna existem várias exceções a esses direitos, como a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, a autorização para a realização do aborto em casos de risco de morte para a gestante e gravidez decorrente de estupro, dentre outras.

Neste sentido, cumpre ressaltar, a importância da hermenêutica constitucional para a solução desses conflitos, pois de acordo com os princípios constitucionais hermenêuticos não há propriamente uma colisão, uma vez que há critérios específicos que orientam a jurisprudência para alcançar uma decisão mais justa, utilizando para isso, juízos de valores baseados na ponderação dos bens jurídicos mais importantes.

Quando há colisão entre direitos fundamentais, deve-se ter em mente, a importância dos bens jurídicos protegidos. O confronto entre duas garantias constitucionalmente protegidas, pode ser sanada através das técnicas de ponderação dos bens jurídicos protegidos, suprimindo ou restringindo o exercício de um direito em detrimento de outro, por meio do sacrifício mínimo dos direitos em conflito.

De modo geral, a aparente colisão de preceitos fundamentais, como no caso da recusa à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, ocorre porque há dois preceitos em conflito, de um lado o direito à vida, do outro a liberdade de crença religiosa, diante deste caso, deve-se observar que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo certo que haverá uma relativização desses direitos em casos concretos.

6 A QUESTÃO DOS PACIENTES MENORES DE IDADE

É pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que quando se tratar de crianças e adolescentes que necessitem de procedimentos que envolvam transfusões sangüíneas e sendo seus familiares adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”, tal procedimento não poderá ser impedido pelos familiares do paciente, em virtude da condição de proteção especial à criança e ao adolescente conferida pelo Estado em consonância ao princípio da proteção integral, princípio este consagrado pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

A idéia dominante na doutrina e nos tribunais brasileiros encontra respaldo na legislação que protege a criança e o adolescente frente às situações eventuais que tais indivíduos possam enfrentar. Sendo assim, o poder familiar não é absoluto, os pais não podem impedir procedimentos que possam salvaguardar a vida do menor, e nem mesmo dispor da vida do filho, até porque tal prerrogativa, qual seja, a vida, não interessa apenas ao núcleo familiar, mas a toda sociedade, constituindo tal ação dos responsáveis em exercício arbitrário do poder familiar.

Mais uma vez, a vida é elevada a condição de elemento essencial da existência humana e possui um valor absoluto em determinadas situações, frente ao seu caráter primordial e essencial em contraposição aos interesses individuais de grupos religiosos. Nesta esteira, ver-se a vida como um elemento integrador de todos os demais direitos fundamentais, sem a vida não existiria a materialização dos demais atributos da personalidade, como a liberdade de escolha do indivíduo.

Não se quer oportunamente, violar a liberdade de crença religiosa, prerrogativa consagrada também na Carta Magna de 1988, no entanto, deve-se ter em mente a importância de tal garantia constitucional tanto no direito brasileiro quanto no âmbito internacional, possuindo a vida um valor

preponderante e universal que ultrapassa as vontades individuais de cada ser humano. Viver de forma digna não é uma escolha, mas uma garantia fundamental que está no bojo da Constituição de 1988 e nos tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos.

Quanto à autorização judicial para a transfusão de sangue de menor, o magistrado pode autorizar a transfusão de sangue em hospital no caso de oposição dos genitores ou do responsável legal, todavia, pela literalidade da regra contida no § 3º, inciso I do art. 146 do Código Penal, *in verbis*:

Não se compreendem na disposição deste artigo... a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Para a maioria dos doutrinadores, há o entendimento de que o médico que realiza a transfusão de sangue, mesmo sem o consentimento do responsável legal, desde que haja risco de vida iminente, não comete nenhum ilícito. Nestes termos, o Código Civil de 2002, em seu art. 15 preleciona que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Em princípio, tratando-se de direito da personalidade do indivíduo (o direito à liberdade de crença religiosa), a medida exigiria a necessidade de consentimento. Ocorre que a urgência da medida contrapõe este direito a outro (direito à vida). Portanto, o direito à vida se sobrepõe ao direito de crença, devendo o médico ater-se, em caso de risco de vida, à conduta a transfusão de sangue. Todavia, se houver a possibilidade de utilização de tratamentos alternativos isentos de sangue, estes devem ser aplicados, para evitar um conflito de interesses entre a autonomia do médico e a crença dos familiares do paciente.

Em suma, entende-se que a autorização judicial para transfusão de sangue de criança ou adolescente, desde que presente o iminente perigo de vida para o menor e a adequação da medida, não se mostra processualmente possível. Ao requerente faltaria interesse de agir, pois a conduta do médico, presentes os requisitos, é amparada por lei, ou seja, não é antijurídica, tanto em termos penais como civis. Sobrepõe-se o direito à tutela da vida sobre o direito de crença, devendo a conduta do médico ser amparada pelo bom senso e por sua perícia.

Portanto, a vontade individual dos responsáveis não pode se sobrepor ao direito de viver do menor, direito esse garantido a todos os seres humanos, necessitando para tutelar tal prerrogativa fundamental, a intervenção estatal para garantir a manutenção do tratamento e conseqüentemente, a vida do paciente. Neste sentido, cumpre ao médico proceder com a transfusão sangüínea no menor de idade, e cabe ao hospital, se houver a recusa irredutível dos responsáveis pelo menor em

concordar com a transfusão, interpor uma ação com pedido liminar, solicitando autorização judicial para proceder com o tratamento, protegendo, assim, a vida do menor e não os interesses particulares dos seus responsáveis.

7 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Os tribunais brasileiros vêm se posicionando de maneira diversa, não há um consenso quanto à questão em debate. Ainda assim, ver-se decisões isoladas quanto a responsabilidade do médico concernente a sua conduta profissional em socorrer tais pacientes diante da recusa dos familiares adeptos da religião “Testemunhas de Jeová” em concordar com o procedimento que utilizasse transfusão sanguínea.

Neste sentido, não há registros significativos de demandas judiciais indenizatórias que viessem a condenar o médico à reparação civil por ter procedido ao tratamento utilizando técnicas que envolvam a hemoterapia contra a vontade do paciente ou seu responsável, em virtude de tal atuação ser caracterizada como estrito cumprimento do dever legal do médico. Na seara criminal, quanto à conduta dos familiares do paciente com relação à proibição de utilização de tais procedimentos, existem alguns julgados sobre a matéria que servem de paradigma para futuras decisões jurisprudenciais. Sendo assim, em um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo um dos julgadores assim se manifestou:

A vida humana é um bem primordial e indisponível, que interessa não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade, sendo que a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, não admitindo, data vênia, interpretações que venham a ferir tal dispositivo fundamental em respeito a primazia da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional, assim, uma vez comprovado o efetivo e real perigo para a vida do paciente, não cometeria delito algum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos familiares do paciente, ministre a transfusão sanguínea para salvar a vida do próximo.

Em outro julgado, a Egrégia Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se posicionou acerca do tema de forma bem fundamentada e justa, assim se posicionou o Desembargador Sérgio Gischkow:

Não cabe ao Judiciário, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos ou hospitalares, exceto em casos excepcionalíssimos e salvo quando envolver interesse de menores. Todavia, se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os meios necessários e úteis para salvar aquela vida, empregando, desta forma, todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos se necessário, para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade dos seus familiares, ainda que por convicções ou motivos religiosos, pois a vida não pode ser vista ou avaliada como um objeto, sendo a mesma um dos bens jurídicos mais importantes

da existência humana, haja vista não existir sociedade sem a preservação da vida humana.

Quanto às decisões jurisprudenciais internacionais, os Tribunais Norte-americanos vêm adotando a posição de que se deve respeitar a vontade do paciente independentemente dos riscos de sua escolha individual decorrente da proibição do tratamento hemoterápico. Neste sentido, os hospitais assim como os tribunais vêm adotando a postura de que qualquer paciente adulto e capaz tem o direito de recusar qualquer procedimento, não importando a gravidade do seu estado de saúde. Adota-se nos EUA a teoria do consentimento declarado do paciente para a prática de intervenção médica, todavia, se o paciente for menor de idade ou incapaz, a eventual recusa dos pais ou responsáveis em autorizar os tratamentos com hemoterapia, leva ao imediato suprimento das autoridades judiciárias competentes.

Se a transfusão sangüínea for imprescindível e absolutamente necessária para a manutenção da vida do paciente, sem a possibilidade de aplicação de tratamento alternativo, o procedimento deve ser aplicado para salvar a vida do enfermo mesmo contra a vontade dos seus familiares adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”, desde que haja urgência e perigo iminente de vida, sob o argumento de que o bem jurídico vida antecede o direito à liberdade individual e conseqüentemente, a liberdade religiosa, pois existem princípios morais e éticos, que orientam a ciência jurídica, que precisam se sobressair frente às especificidades culturais ou religiosas, devendo as religiões preservarem o direito à vida e não exterminá-lo.

Na verdade, abrir mão de direitos fundamentais em nome de acontecimentos políticos, religiosos, culturais, seria criar um paradigma negativo frente à luta pelo reconhecimento de um Estado Democrático de Direitos, ainda assim, poderíamos criar caminho para a relativização de tais direitos, sendo certo que o cidadão é um ser humano dotado de prerrogativas constitucionais que devem ser tuteladas pelo Estado.

Neste diapasão, entende-se que vida é um bem supremo, ou seja, um bem maior, sendo o mais fundamental de todos os direitos, já que se reveste de pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais direitos.

Desta forma, os Tribunais Brasileiros vem decidindo pela preferência do direito à vida em detrimento da liberdade religiosa, no caso de incompatibilidade entre tais garantias fundamentais, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que, nos casos de morte iminente, o médico tem o dever legal de ministrar sangue ao paciente, se não houver nenhuma possibilidade de tratamentos isentos de sangue. Todavia, não existe uma regra geral, deve ser analisado caso a caso conforme as provas e circunstâncias que fundamentam tais conflitos.

8 A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA CONDUTA MÉDICA

O Código de Ética Médica, no seu art. 1º assevera que: A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

O médico tem na sua formação o dever de valorizar e salvar vidas, inclusive quando se forma este faz um juramento afirmando tal dever. A medicina deixou de ser uma ciência exclusivamente técnica, para se tornar uma ciência médica humana, com as reais preocupações dos profissionais com o pacientes.

Sendo assim, DINIZ (2009, p. 270) elucida que “a missão do médico é minimizar o sofrimento humano e resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se a tutela estatal, pois a constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado”.

Para a maioria dos doutrinadores, existem duas abordagens. A primeira diz respeito à autonomia plena do paciente reconhecidamente capaz, a segunda trata do paciente incapaz.

Alguns entendem que o paciente capaz deve exercer plenamente sua autonomia em concordar ou não com tratamentos que envolvam a infusão de sangue se não houver iminente perigo de vida. Já a segunda corrente defende que o paciente incapaz deve ser submetido a tratamento médico, mesmo que contrário a ideologias religiosas, todavia, se houver a possibilidade de utilização de tratamentos alternativos, os mesmos devem ser aplicados.

Mais uma vez, cumpre ressaltar a importância do bem jurídico vida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a vida serve de princípio para a interpretação dos demais direitos fundamentais, se posicionando como um bem maior. A conduta do médico em salvar vidas é perfeitamente compatível com o direito à vida e com a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, tornando, desta forma, a realização do ato médico um dever primordial.

É preciso, todavia, ter a consciência de que não se quer aqui desrespeitar o direito fundamental a liberdade de escolha, haja vista, que o próprio comando legal determinar que se existir a possibilidade de tratamentos alternativos e não houver iminente perigo de vida, não deve ser aplicado métodos hemoterápicos, em virtude do respeito a integridade moral dos pacientes adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”.

O Código de Ética Médica tratou de analisar algumas situações que por ventura, pudessem causar algum tipo de conflito entre médico e paciente. Neste sentido, o art. 46 assim dispôs: “É vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente risco de vida”.

O fundamento legal que justifica a intervenção médica nos casos de infusão de sangue não permitida pelo paciente, seria o do estado de necessidade de terceiro. Atente-se para o fato de que a situação deva comportar iminente risco de vida. Neste caso, ao realizar conduta comissiva, o médico estará ao resguardo da lei. Todavia, não estará na hipótese em que não se apresentar esta urgência ou houver possibilidade de tratamento alternativo.

A conduta necessária do médico realizando a transfusão de sangue seria, então, atípica civil e criminalmente, sendo a mesma equiparada, do estado de necessidade (art. 24 do CP) e do aborto necessário (art. 128, I do CP).

A conduta omissiva do médico pode, por outro lado, ser enquadrada no tipo do art. 135 do CP, *verbis*:

Art. 135. Deixar de prestar assistência quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

Realmente, a questão da não autorização da infusão sanguínea, ganha outra interpretação quando da necessidade de urgência do tratamento, como nos casos de acidentes de trânsito ou nos de hemorragia generalizada nos quais perde-se muito sangue, sendo a utilização do mesmo imprescindível neste momento, não podendo o médico ser impedido de proceder com o tratamento, pois caso o faça, o paciente, conseqüentemente, pode vir a falecer.

Sobrevindo o iminente risco de morte do paciente, ao médico não caberá alternativa, a não ser proceder com o tratamento, mesmo contra manifestação contrária dos familiares do paciente, até porque a liberdade de crença religiosa não pode se sobrepor a vida. Ademais, tal atuação do profissional da medicina encontra amparo legal no art. 146, § 3º, I, do Código Penal que permite a atuação forçada do médico em caso de iminente perigo de vida do paciente enfermo.

Em suma, a conduta do médico apenas restará caracterizada para fins de responsabilização apenas nas hipóteses de dolo e culpa. Muitos pacientes processam médicos e hospitais por verem desrespeitadas suas crenças e ideologias religiosas, porém, quanto a essa responsabilização na seara civil, a transfusão de sangue implicaria em obrigação de meio. Caberia àquele que busca a indenização o ônus da prova, que poderia ser invertido a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa

do Consumidor. Com relação aos proprietários do hospital, estes respondem objetivamente, cabendo, contudo, a prova do dolo ou culpa do médico. Quando o hospital for público, a responsabilidade do Estado será objetiva.

De modo geral, presente o perigo iminente, o estado de inconsciência e a urgência na utilização do procedimento, o valor vida prevalece em detrimento da liberdade de crença religiosa, e surge desta forma, para o médico, o dever de agir, sem que com isto, possa recair nenhum tipo de responsabilização pela sua conduta.

9 PRINCÍPIOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Os profissionais da área jurídica têm como premissa básica a interpretação de normas jurídicas. Pode-se definir o Direito como uma ciência interpretativa, portanto, os conflitos existentes nesta ciência devem ser solucionados através da hermenêutica.

Em um primeiro momento, a interpretação da norma jurídica pode gerar dois efeitos, primeiramente, deve-se ter em mente se a norma é justa e se sua aplicação vai gerar efeitos positivos. Em um segundo momento, observa-se se a aplicação da norma, no seu sentido interpretativo, se mostra racional frente ao caso concreto.

A partir do momento em que se admite a aplicação direta e irrestrita dos preceitos fundamentais, o jurista obriga-se a buscar argumentos na própria Constituição. Tornando-se a norma o principal parâmetro da argumentação jurídica.

Existem temas que vão além da esfera jurídica, como as cotas para negros nas universidades públicas, a eutanásia, o aborto, possuindo tais temas aspectos emotivos, ideológicos, políticos, econômicos, e até mesmo religiosos, como o caso do presente trabalho. DORF (2006, p.88) entende que “conseguir extrair todo o significado das normas constitucionais exige uma superação especial do intérprete, inclusive para buscar elementos fora do texto constitucional, devendo os juízes olhar além da constituição”.

Os princípios hermenêuticos ganham visibilidade e importância a partir do momento em que surgem colisões de normas constitucionais, justamente em razão da positivação dos valores e princípios e em virtude da força normativa da Constituição, com a necessidade de desenvolvimento de novas técnicas capazes de adequar à teoria jurídica à nova realidade constitucional. Sendo assim, a utilização de princípios hermenêuticos, como a unidade da constituição, a concordância prática, a harmonização e a proporcionalidade, são essencialmente primordiais para a solução dos conflitos de garantias fundamentais.

Como bem ensina STRECK (2007, p.15)

à medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e à medida que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, entra cada vez mais no espaço reservado à regulamentação legislativa, cresce a necessidade de se colocarem limites ao poder hermenêutico dos juízes.

Em se tratando de direitos fundamentais, há a necessidade constante de exigência de uma carga argumentativa da decisão judicial. Essa carga argumentativa decorre da motivação das decisões judiciais, e é um fator extremamente importante a ser observado pelo judiciário quando se está decidindo acerca de valores constitucionais.

Com o intuito de oferecer critérios mais objetivos na solução de casos concretos envolvendo direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência utilizam alguns princípios interpretativos, que permitem que sejam encontradas soluções justas e acertadas, baseadas em uma carga valorativa dos bens jurídicos mais importantes do ordenamento jurídico.

Neste sentido, certamente os princípios hermenêuticos não fornecem respostas únicas, mesmo utilizando de tais técnicas argumentativas, ainda assim, haverá uma margem de subjetivismo do julgador em virtude da própria ordem de valores que emana do texto constitucional. Sendo assim, nas palavras de MARMELSTEIN (2008, p. 362)

O papel principal dos princípios de interpretação é precisamente ajudar a encontrar respostas racionalmente fundamentadas, com base em parâmetros constitucionalmente aceitos, além de possibilitar maior transparência e objetividade na argumentação jurídica e no processo decisório, conferindo maior legitimidade à argumentação judicial.

9.1 PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DE VALORES NA COLISÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Quando há um conflito de direitos fundamentais de mesma hierarquia, não há uma solução única para todos os casos. Desta maneira, a hermenêutica constitucional, utilizando de princípios informadores para uma melhor interpretação da norma, alberga técnicas interpretativas, com valores constitucionalmente considerados no ordenamento visando à preservação dos bens jurídicos mais importantes.

A técnica da ponderação de valores consiste em ponderar ou mesmo sobrepor à importância dos direitos conflitantes. Retrata-se a importância de garantias constitucionais que entram em choque. Ou seja, busca-se a atribuição real da importância de tal direito e seu peso no ordenamento, para que haja a escolha, no caso concreto, do direito fundamental que deverá prevalecer, sendo que

este direito perdurará naquela situação concreta. Todavia, cabe ressaltar, que a escolha sempre será baseada em um juízo de valor, fundamentada no princípio da proporcionalidade, para que não haja discriminações e arbitrariedades.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro textualiza que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º). Assim, ponderando valores importantes, podemos chegar a uma solução mais justa em um conflito de interesses em que haverá, conseqüentemente, a prevalência de um direito fundamental sobre outra garantia também protegida.

Desta feita, pode-se afirmar que a escolha de um direito fundamental em detrimento de outro, ocorre exatamente pelo grau de importância do direito mais relevante, sendo certo que não se quer violar garantia já consagrada ou despeitar a aplicabilidade e materialização de tais direitos, embora possuam a mesma hierarquia, em determinadas casos, haverá uma preferência por um deles, para tentar dar equilíbrio à relação fundamental, pois não haveria o real senso de justiça se tais direitos não pudessem ser afastados em determinadas situações.

Ademais, quando da análise dos casos concretos, não haverá decisões fundamentadas em injustiças ou arbitrariedades, pois quando da utilização da técnica da ponderação, leva-se em conta os princípios informadores da proporcionalidade e razoabilidade, que alcançam, ou pelo menos, tenta-se alcançar o fim social a que é dirigida toda e qualquer norma, qual seja, a pacificação social dos conflitos.

9.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Embora os direitos fundamentais tenham status constitucional, em determinadas situações, pode haver a limitação ou mesmo restrição a esses mesmos direitos, sob a justificativa de que a limitação servirá para proteger ou preservar outro valor constitucional.

Para justificar a limitação a direitos fundamentais, utiliza-se o princípio da proporcionalidade. É importante observar, que a proporcionalidade é um instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos normativos que restringem direitos fundamentais, sendo necessária para legitimar a própria decisão jurisprudencial. SILVA (2002, p.24) se manifestou acerca do princípio em questão, afirmando que “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, é justamente fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.”

A proporcionalidade nada mais é do que a aplicação do meio mais adequado e menos oneroso para tentar solucionar o conflito, com a utilização da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, não se admite o excesso nas decisões, devendo a decisão do intérprete ser proporcional e a medida ser estritamente necessária, conforme MARMELSTEIN (2008).

Na proporcionalidade tanto está relacionado à idéia de vedação de excesso quanto de vedação de insuficiência, devendo o Estado agir de forma eficaz para prover a prestação jurisdicional, e conseqüentemente, proteger os direitos fundamentais. Sendo assim, quando da necessidade de uma cirurgia que necessite de transfusões sangüíneas, o médico precisará saber se o tratamento escolhido é adequado para alcançar a cura do paciente (adequação), e se o meio empregado (transfusão sangüínea) é o mais eficaz para evitar a morte do paciente.

Portanto, o médico ponderará se os efeitos colaterais, assim como as conseqüências do ato médico que o tratamento terá, compensam o resultado final, que seria a cura da doença ou evitar a morte do paciente. Muitas vezes, o tratamento pode até ser adequado e necessário para salvar a vida do paciente, mas causará danos irreversíveis que podem se equiparar aos danos colaterais que a doença provoca. Então, há de ser feito um sopesamento para saber se é melhor prosseguir com o tratamento doloroso ou conviver com a doença não tão grave, assumindo o paciente, os riscos de sua escolha individual.

9.3 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO OU CONCORDÂNCIA PRÁTICA

A hermenêutica constitucional tem em sua essência o primado de que, o intérprete sempre deve tentar fazer com que o direito fundamental atinja sua finalidade, ou seja, sua realização plena, através da materialização de tal direito beneficiando os indivíduos.

Certamente, o ideal seria a preservação de todos os direitos fundamentais, todavia, não é possível essa realização, em virtude das normas jurídicas naturalmente, se confrontarem em determinadas situações, deste modo, busca-se pelo menos, preservar o núcleo central desses direitos fundamentais, garantindo a preservação da essência desses direitos plenos, e conferindo um aspecto positivo da atuação judicial frente às prerrogativas constitucionais dos valores protegidos.

Na colisão de direitos fundamentais, MARMELSTEIN (2008) admite que sempre haverá uma ruptura na hierarquia desses valores constitucionais, pois certamente um direito prevalecerá em detrimento de outro, em virtude da não compatibilidade dos direitos em conflitos.

O princípio da concordância prática busca exatamente, o equilíbrio entre esses princípios fundamentais, para que não haja uma quebra, uma ruptura de seu elemento central. Neste sentido, o papel do julgador é precisamente tentar solucionar a aparente colisão principiológica, através de uma integração harmoniosa dos valores colidentes.

Ademais, conforme MARMELSTEIN (2008), com a utilização da concordância prática, é possível sim, existir uma harmonização ou ponderação de valores. No caso concreto, não se quer violar a crença religiosa de nenhum indivíduo, portanto, se houver tratamentos alternativos eficientes que possam substituir os procedimentos que envolvam a hemoterapia, a infusão sangüínea não deve ser aplicada. No entanto, se o paciente estiver em estado grave, com risco de morte, e não houver tratamentos alternativos, e a transfusão for o único meio adequado para salvar a vida do enfermo, a transfusão sangüínea deve ser procedida, em respeito ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

9.4 PRINCÍPIO DO SOPESAMENTO DE VALORES

Em determinadas situações, há o reconhecimento de que em decorrência de colisão entre bens jurídicos fundamentais, haverá a violação a outro bem jurídico, pois seria impossível conciliar os interesses em conflito. Neste sentido, um dos mais basilares princípios que integram a hermenêutica constitucional é o sopesamento de valores.

No estado constitucional, há momentos em que não há a possibilidade de harmonização dos valores em conflito, pois a técnica da harmonização dos bens jurídicos mais importantes se mostra insuficiente ou até mesmo inviável, diante da importância dos direitos em jogo. Neste sentido, MARMELSTEIN (2008) confere interpretação aduzindo que em tais situações de conflitos entre direitos constitucionais, tenta-se solucionar a colisão utilizando à técnica da ponderação e do sopesamento, assim, quando duas normas colidem fatalmente, o julgador decidirá qual a escolha da norma menos gravosa, de menor importância no ordenamento para ser sacrificada em razão do bem comum.

Ressalta-se de imediato, que apesar de não existir uma hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos os valores constitucionais possuem o mesmo status no ordenamento jurídico nacional em respeito ao princípio da unidade da constituição, em situações excepcionalíssimas, haverá a preponderância de um valor reconhecidamente fundamental sobre outro, em razão da importância, naquele momento, da aplicação plena do valor colidente que terá um maior peso.

MARMELSTEIN (2008), de modo geral, entende que há princípios constitucionais que possuem uma importância maior do que outros no ordenamento nacional, em virtude de uma carga principiológica mais profunda.

Desta forma, não pode o direito à liberdade de crença religiosa, sacrificar, ou até mesmo, violar o direito à vida do indivíduo, frente às prerrogativas do indivíduo de ter o seu direito fundamental de viver tutelado pelo Estado, possuindo a vida primazia sobre a liberdade religiosa, pois o bem jurídico vida, neste caso, possui uma importância maior.

Ao intérprete da lei, cabe a escolha para indicar qual norma fundamental é mais importante no ordenamento jurídico. Neste sentido, a escolha do princípio do sopesamento, envolve uma grande carga discricionária do magistrado, mesmo assim, a escolha de um direito em detrimento de outro, não será feita de forma abrupta, existindo métodos específicos para cada caso, com as noções principiológicas, utilizando para isso, uma carga valorativa fundamentada na razoabilidade, proporcionalidade, senso de justiça e até mesmo, na situação social concreta que envolve os direitos colidentes, para que haja um fim social necessariamente adequado.

No caso da recusa à transfusão de sangue me Testemunhas de Jeová, tanto a liberdade religiosa quanto o direito à vida possuem proteções, todavia, quando tais direitos se chocam, o magistrado, usando de um juízo de ponderação e sopesamento, permite em situações excepcionais, o afastamento da liberdade de não autorização da transfusão sangüínea, pois caso não houvesse o procedimento necessário, o bem jurídico vida estaria em jogo, e o paciente poderia vir a falecer, não podendo o juiz permitir tal violação a dignidade da pessoa humana.

Em princípio, a hierarquia entre garantias fundamentais, será estabelecida através da análise concreta dos casos, sendo certo que o que vai diferenciar cada princípio e a opção pela sua preponderância, serão as circunstâncias e peculiaridades do caso, fornecendo bases argumentativas para que o magistrado, por fim, consiga descobrir qual garantia constitucional é mais importante naquele caso concreto, usando, para isto de uma alta carga valorativa de ponderação.

10 O SANGUE E A VIDA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RECUSA Á TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

A recusa de hemoterapia por parte das Testemunhas de Jeová provoca a discussão de várias questões de ordem médica e legal. No cerne da questão, está à problemática jurídica e social envolvendo o conflito de interesses entre médicos e pacientes, neste sentido, surgem, então,

questionamentos e discussões acerca da legalidade dessa recusa e da obrigatoriedade, em certas situações, dos pacientes em estado de risco iminente ou perigo de vida, se submeterem a tratamentos que envolvam transfusões sanguíneas.

Logo, quando existir colisão entre direitos fundamentais, deve-se ter em mente, a importância dos bens jurídicos protegidos. O confronto entre duas garantias constitucionalmente protegidas, pode ser sanada através das técnicas de ponderação dos bens jurídicos protegidos, suprimindo ou restringindo o exercício de um direito em detrimento de outro, por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo, assim como assevera BARROSO (2003).

Neste sentido, cabe ao médico a escolha do melhor tratamento ou mais adequado para o paciente? Ou os pacientes têm o seu direito de escolha e a sua liberdade de consentir ou não com tal tratamento? Neste caso, deverá o médico aplicar o procedimento cirúrgico ou terapêutico sem o consentimento do paciente ou de seus familiares?

O exercício hermenêutico, não está relacionado apenas à escolha da lei e sua aplicação dentro do ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, o que se busca para a resolução nesses casos concretos é a ponderação dos princípios e a definição de prevalência naquele caso específico. Claro está que o ideal é a conciliação dos direitos, o que nem sempre é possível. Se não o for, cabe recorrer ao princípio de pertinência que envolve uma avaliação de peso - qual o direito mais “pesado”, mais importante, no caso em discussão, pois a este deverá dar preferência.

Sendo assim, a liberdade individual quando confrontado com o primado vida, em determinadas situações, poderá não prevalecer. O indivíduo para que possa exercer seus direitos de personalidade, como a liberdade de crença religiosa, deverá antes de tudo, estar vivo, para poder exercer sua liberdade de escolha e consciência, pois sem vida não há liberdade.

A esse respeito DINIZ (2009, p. 274) se manifesta no sentido de que

Se entre os direitos à vida e a liberdade de religião apresenta-se uma situação que venha a colocá-los em xeque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é indubitavelmente, o direito à vida.

É salutar, por isso, lembrar que a restrição ou, até mesmo, violação ao direito constitucional da liberdade de crença religiosa não seria ilícita, haja vista que os valores constitucionais em choque possuem a mesma hierarquia, e quando da análise do caso concreto, percebe-se que a vida possui uma importância superior a todos os outros valores, em especial a liberdade de crença religiosa, justamente em virtude de ser considerado o bem mais precioso do ordenamento pátrio. Assim, a

liberdade de crença não se sobrepõe a dignidade da pessoa humana, sendo a vida um dos primados básicos da existência humana.

Na verdade, a liberdade de crença religiosa do indivíduo não deve ser violada sem uma justificativa constitucional, existindo para isso, um respeito à autônima do ser humano. O respeito às ideologias e ao direito de escolha do paciente em não se submeter a tratamentos que não sejam isentos de sangue, deve ser respeitado. Convém lembrar que, tal respeito às ideologias individuais, só será aceita se existir tratamentos alternativos eficazes, e quando o paciente não estiver em iminente perigo de vida, pois caso contrário, será procedido o tratamento o mais urgente possível.

O entendimento dos tribunais brasileiros, assim como o posicionamento de doutrinadores, é pacífico no sentido de que, se a transfusão é absolutamente necessária para a manutenção da vida do paciente, e não há possibilidade de tratamentos alternativos, o médico tem o dever ético profissional de aplicar tratamentos ou ministrar sangue ao paciente, no entanto, não pode existir nenhuma possibilidade de aplicação de métodos alternativos, caso contrário, a conduta do médico em aplicar tratamentos que utilizem hemoterapia não é a mais indicada.

Quanto à conduta profissional do médico, não seria ético, nem moralmente justificável, o profissional da medicina não proceder com os procedimentos cirúrgicos em virtude da proibição do paciente por convicções religiosas. O bem jurídico vida não pode ser restringido em respeito às ideologias individuais, até mesmo porque o valor da vida não interessa apenas ao indivíduo, mas a toda a coletividade, sendo inclusive, anterior a liberdade do ser humano.

Desta forma, DINIZ (2009, p. 274) esclarece que

o sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual da vida. Os valores considerados socialmente importantes e os essenciais à comunidade nacional e internacional são diretrizes ou limites à manifestação da objeção de consciência.

Sendo o Estado o guardião das vontades do seu povo, caso haja a violação a algum preceito fundamental constitucionalmente consagrado, tem o mesmo, o dever de atuação para evitar que bens jurídicos importantes sejam desrespeitados, já que o indivíduo não tem poder decisório sobre o direito de viver, pois a vida é inviolável e indisponível. Portanto, a omissão do Estado caracteriza um desrespeito a própria Carta de Direitos de 1988.

A liberdade pessoal não pode ser tolerada quando valores constitucionais supremos estiverem em jogo, desta feita, não há nenhuma possibilidade de se aceitar a liberdade de morrer em face de uma ideologia religiosa. A dignidade da pessoa humana está acima de todos os outros valores conhecidos na sociedade, pois sem dignidade não há a existência plena do ser humano.

A dignidade humana está ligada a saúde, e conseqüentemente, à vida, restando mais do que plausível e justo, a primazia do direito à vida frente a tais situações de colisões de direitos fundamentais.

Portanto, sendo o Brasil um estado laico, constituído em Estado Democrático de Direito, em que se protegem interesses individuais e coletivos, cabendo, porém, tutelar as invioláveis liberdades de consciência e de crença religiosa, sem, contudo, desrespeitar garantias constitucionais expressas como o Direito à vida, consubstanciado na Supremacia da Dignidade da Pessoa Humana. Sendo a vida um bem inviolável, intransponível, possuindo, assim, valor preponderante sobre os demais direitos. Logo, utilizando-se da técnica de ponderação minuciosa dos bens jurídicos protegidos em conflito, ao julgador será oportunizada a utilização do primado da proporcionalidade, efetuando, desta forma, escolhas com bases valorativas, visando o máximo de valores constitucionalmente tutelados, devendo o intérprete analisar caso a caso.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressaltar a importância da visão principiológica na aplicação do Direito e das garantias constitucionais é de grande valia, pois percebe-se a extensão da aplicação dos princípios, que se ajustam a cada caso concreto, ampliando ou restringindo a interpretação jurídica para dar efetividade aos valores fundamentais na sociedade da época.

Inicialmente, afirma-se que a aparente colisão de preceitos fundamentais, como no caso da recusa à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, ocorre porque há dois preceitos em conflito, de um lado o direito à vida, do outro a liberdade de crença religiosa, diante disto, nota-se que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo certo que há uma relativização desses direitos em casos concretos.

Pela interpretação da Hermenêutica Constitucional as normas constitucionais não entram em colisão, já que em cada caso, a jurisprudência, utilizado de critérios orientadores na prática de juízos de ponderação, decidirá da melhor forma possível, através de uma carga valorativa principiológica. Desta forma, “tenta-se realizar uma necessária e casuística ponderação dos bens envolvidos, visando o sacrifício mínimo dos direitos contrapostos” (BARROSO, 2003, p.13), balizando a ponderação de tais garantias na dignidade da pessoa humana.

A vida ganha um posição privilegiada frente aos demais direitos em evidência, pois tal primado constitucional está diretamente ligado ao respeito à dignidade da pessoa humana. NUNES (2009, p. 47) afirma que

É ela a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional.

Logo, o indivíduo deve buscar a plenitude da vida, e não sua violação com base em aspectos religiosos ou culturais, vilipendiando direito constitucional de importância máxima no ordenamento vigente. Nestes termos, o indivíduo antes de qualquer outra prerrogativa, deve respeitar a própria vida e a do próximo, sendo a mesma inviolável, irrenunciável e indisponível.

O Poder Público tem o dever de preservar e proteger a vida humana. Diante da análise concreta de cada caso, deve-se buscar a ponderação desses direitos, aplicando os princípios constitucionais inerentes a cada uma dessas prerrogativas, quando existir perigo real de vida, e todavia, existir tratamento alternativo, deve-se buscar tal tratamento.

Sendo assim, não se tolera a liberdade religiosa como direito absoluto, pois se assim fosse, estaríamos permitindo a violação a valores indisponíveis. A vida não pode ser relativizada como um conceito variável, pois se reveste de elementos que se sobressaem em relação às demais garantias jusfundamentais, possuindo, desta forma, primazia frente aos demais direitos fundamentais.

A manifestação de vontade dos pacientes quando há a possibilidade de tratamentos alternativos, tão eficazes quanto à transfusão sanguínea, é perfeitamente aceitável, devendo ser respeitada em razão da liberdade de crença religiosa, tendo em vista, que o que se quer preservar além da proteção à vida, é que sejam tuteladas também, as liberdades e convicções de cada ser humano, sem que haja, contudo, colisões de direitos ou violações à consciência dos indivíduos.

O respeito às liberdades individuais e coletivas se tornam muito difíceis em uma sociedade multiculturalista e capitalista. Quando há colisão de direitos, o acionamento do Judiciário é o meio mais adequado para solucionar ou, ao menos, minimizar, os conflitos sociais existentes, através dos princípios constitucionais que norteiam a ciência jurídica, efetivando assim, os direitos e garantias fundamentais, além dos objetivos insculpidos na atual Constituição Cidadã, no que tange a solução dos conflitos e a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto e Ana Paula Barcellos. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. In Dos Princípios Constitucionais- Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003. P.13.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 90. vol.787. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993, p. 503.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. atu. e rev. São Paulo: Saraiva, 2009

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. – São Paulo: LTr, 2009.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 1998.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Liberdade de crença e direito à vida. O caso das testemunhas de Jeová**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/15097>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** – São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional**. 6 ed., Revista e atualizada. Coimbra Ed.,tomo IV, 1996, p.359

- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2006 – (Coleção temas jurídicos ; 3).
- NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. Ver. E ampl – São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 20 jul. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: Revista de Direito do Estado, n.4, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 44.
- STRECK, Lenio Luiz. In. TRIBE, Lawrence. DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.xv.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TJRGS. Apelação Cível. 595000373. 6. C.C. Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira. Julgada em 28.03.1995. Disponível em www.tjrs.gov.br