

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUI – UESPI

Curso Bacharelado em Direito

Campus Torquato Neto

Larissa Alves Leal Damásio

**A ANÁLISE CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA DO DIREITO A VIDA E A
LIBERDADE DE PENSAMENTO: a transfusão de sangue e o pensamento
religioso das Testemunhas de Jeová**

Teresina

2020

Larissa Alves Leal Damásio

**A ANÁLISE CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA DO DIREITO A VIDA E A
LIBERDADE DE PENSAMENTO: a transfusão de sangue e o pensamento
religioso das Testemunhas de Jeová**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.Sc. José Octávio de Castro Melo

Teresina

2020

Larissa Alves Leal Damásio

**A ANÁLISE CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA DO DIREITO A VIDA
E A LIBERDADE DE PENSAMENTO: a transfusão de sangue
e o pensamento religioso das Testemunhas de Jeová**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do
Piauí como requisito parcial a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Prof. Msc. José Octávio de Castro Melo – UESPI (Orientador)

Prof. Msc. Marcos Daniel da Silva Rocha - UESPI (Banca Examinadora)

Prof. Esp. Francisco Ferreira Daves - UESPI (Banca Examinadora)

Teresina-PI, 24 de Janeiro de 2020

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus, por ter me concedido a oportunidade de viver com saúde, dotando-me de coragem e sabedoria, e dando-me todo o apoio espiritual que preciso para seguir adiante, superando cada desafio que a vida impõe.

A minha mãe todo o meu amor e agradecimentos por me ensinar a importância da educação e mostrar que os livros são a ferramenta de acesso a novos mundos.

Minhas homenagens a todos os professores comprometidos com o aprendizado que passaram pela minha vida, desde aqueles que me ensinaram a segurar o lápis até aqueles que me ensinaram a entender as leis.

Ao meu orientador, pelo incentivo, paciência e por suas instruções.

A todos, muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o conflito entre o direito a vida e o da liberdade religiosa no caso da recusa da transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová, a partir do paradigma da atual Hermenêutica Constitucional, adotada nos tribunais, e assim buscar solução da problemática sobre qual direito deve prevalecer, o da vida ou da liberdade. Primeiramente, será abordada a evolução da liberdade de religião e de culto na atual Carta Magna e em outros sistemas, citando também a liberdade de crença, e se falará sobre o dogma religioso das Testemunhas de Jeová, no que tange especificamente ao sangue. Posteriormente far-se-á uma conceituação do direito fundamental a vida, e sua relação com outros direitos; também se vai fazer uma observação sobre a conduta do médico em tal situação; discutir a questão da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová em pacientes menores ou inconscientes. Será debatido também sobre a hermenêutica constitucional na ponderação de tal conflito, ao dizer o que consiste na colisão de direitos fundamentais; ver a evolução do posicionamento jurisprudencial do STF sobre o assunto; e falar sobre as técnicas de ponderação. E, por fim, será feita a análise do caso do Recurso Extraordinário 979742. Este estudo tem por fundamentação o artigo 5º, caput, inciso VI da Constituição Federal de 1988. O embasamento para a resposta está nesses princípios positivados já citados, bem como na Hermenêutica.

Palavras-chave: Direito a vida; Liberdade Religiosa; Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the conflict between the right to life and religious freedom in the case of the refusal of blood transfusion in Jehovah's Witnesses, based on the paradigm of the current Constitutional Hermeneutics, adopted in the courts, and thus seek to solve the problem about which right shall prevail, that of life or liberty. First, the evolution of freedom of religion and worship will be addressed in the current Magna Carta and other systems, citing freedom of belief, and the religious dogma of Jehovah's Witnesses will be specifically addressed in regard to blood. Later a conceptualization of the fundamental right to life, and its relation with other rights will be made. There will also be a remark about the conduct of the doctor in such a situation, discuss the issue of blood transfusion in Jehovah's Witnesses in minor or unconscious patients. It will also be debated about constitutional hermeneutics in the consideration of such conflict, by saying what is the collision of fundamental rights; see the evolution of the jurisprudential position of the Supreme Court on the subject; and talk about weighting techniques. And, finally, the case of Extraordinary Appeal 979742 will be analyzed. This study is based on article 5, caput, item VI of the Federal Constitution of 1988. The basis for the answer lies in these positive principles already mentioned, as well as in the Hermeneutics.

Keywords: Right to life; Religious freedom; Constitutional Hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 LIBERDADE DE CULTO E DE RELIGIÃO NO BRASIL E NO MUNDO	09
2.1 Surgimento da Religião	09
2.2 Surgimento das Testemunhas de Jeová	12
2.3 Liberdade de culto e de religião na Ordem Constitucional Brasileira	14
2.3.1 <i>O Direito à liberdade religiosa</i>	17
2.3.2 <i>Liberdade de consciência, de crença e de culto.....</i>	18
2.3.3 <i>A doutrina religiosa das Testemunhas de Jeová e a questão do sangue no ponto de vista dessa religião.....</i>	20
3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	22
3.1 A polêmica da eutanásia, ortotanásia e distanásia.....	23
3.2 A conduta médica em relação ao tratamento de transfusão sanguínea pela Testemunha de Jeová e as possíveis implicações jurídicas.....	24
3.2.1 <i>A transfusão de sangue em paciente inconsciente e em menor de idade, ambos Testemunhas de Jeová</i>	25
3.3 Outros entendimentos jurisprudenciais.....	28
4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA PONDERAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
4.1 Do regramento jurídico conforme a Constituição	31
4.2 Da Hermenêutica Constitucional	33
4.2.1 <i>A colisão entre direitos fundamentais.....</i>	34
4.3 A técnica da ponderação para a solução de conflitos	35
4.4 A evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito entre direitos fundamentais	37
5 ANÁLISE SOBRE O CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.742	40
5.1 O avanço das ciências médicas.....	40
5.1.1 <i>O Código de Ética da Medicina</i>	42
5.2 O Recurso Extraordinário 979.742	46
5.2.1 <i>A afronta ao princípio da isonomia no prisma da técnica da ponderação</i>	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

De início, é importante ressaltar que o Direito, tal como a própria Medicina, possui a característica de ser dinâmico, no sentido de que a sociedade muda seu padrão de comportamento, alterando, dessa forma, o entendimento de como as leis e os atos jurídicos são interpretados pelos operadores da seara jurídica em determinadas épocas. Assim, algo que possa ser entendido como legal na atualidade pode muito bem, com o passar dos anos, passar a ser interpretado como sendo ilegal, a depender de como a sociedade se comporta em determinados períodos.

Nesse contexto, este trabalho, em sua temática, consistiu na análise constitucional e hermenêutica do Direito à Vida e à Liberdade de Pensamento relacionados à transfusão de sangue e ao pensamento religioso das Testemunhas de Jeová.

Esses preceitos estão elencados no artigo 5º da CF/88 como direitos fundamentais da nossa democracia, sendo dotados de irrenunciabilidade e indisponibilidade.

A temática parte do fato de haver, em algumas religiões, como as das Testemunhas de Jeová, certos dogmas que chegam a colidir com outros direitos fundamentais, que, no caso daquela crença, não é permitida a transfusão de sangue, com fundamentação em alguns versículos bíblicos, indo contra ao direito a vida.

Por conta disso, alguns médicos, em situações de não haver outro tratamento, não sabem como agir para que seu paciente seja curado ou mesmo salvo. Também existem algumas demandas judiciais a fim de que seja dada uma solução justa ao caso, sendo favoráveis ou não de que seja feito tal procedimento.

Para isso, deverá observar-se o que fala o Código de Ética Médica – realizar o procedimento em situação de risco de vida (artigo 31). Também terá por base o artigo 146 do Código Penal.

Deve constar também o trabalho que o aplicador do direito tem em relação ao caso, devendo, pois recorrer às regras da hermenêutica constitucional para tal solução.

Portanto, pesquisas nessa temática são de grande importância, pois permitem que haja um esclarecimento sobre qual melhor solução para o caso da transfusão de sangue e pensamento das Testemunhas de Jeová, e assim não haja uma indefinição a cerca do caso.

A metodologia do Trabalho se deu por meio das referências bibliográficas de doutrinadores e de autores de artigos, bem como consultas a Constituição Federal, a Jurisprudência de Tribunais, ao Código Civil, ao Código Penal e ao Código de Ética Médica.

Esse trabalho foi desenvolvido em 4 capítulos: primeiramente, abordou-se sobre a liberdade de religião e de culto na atual Constituição bem como em outros sistemas, falando-se de suas espécies, e também na doutrina das Testemunhas de Jeová, no que tange especificamente ao sangue; num segundo momento, abordou-se o direito fundamental a vida, relacionando a temas que atentam contra tal direito (eutanásia, distanásia e ortotanásia), discutindo a conduta do médico diante do caso, e analisando a situação do paciente menor de idade e do inconsciente, ambos Testemunhas de Jeová; no terceiro capítulo, em se mostrou o ponto de vista da hermenêutica constitucional na ponderação do conflito dos direitos envolvidos, ao dizer o que consiste a colisão, observando a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto; e por fim, no quarto capítulo, tratou-se da técnica da ponderação e analisou o caso do Recurso Extraordinário (RE) 979742 no ponto de vista da técnica da ponderação.

2 LIBERDADE DE CULTO E DE RELIGIÃO NO BRASIL E NO MUNDO

Antes de tratar a respeito da liberdade de culto e de religião faz necessário explanar, mesmo que rapidamente, a respeito da formação da religião, tendo em vista que o homem sempre teve o interesse de buscar trabalhar a harmonia entre o plano material e o plano espiritual. Assim, se alguém buscasse entender a questão da espiritualidade entre os indivíduos, certamente não se teria como delimitar um marco inicial no sentido de estabelecermos um ponto de partida para o entendimento acerca das crenças religiosas, pois conforme ensina Coulanges (2016, p. 16) “As mais antigas gerações, muito antes que aparecessem os filósofos, acreditaram em uma segunda existência depois da atual. Encararam a morte não como uma dissolução do ser, mas como uma simples mudança de vida”.

2.1 Surgimento da Religião

Logo nos primórdios da história das civilizações, verifica-se que o homem sempre procurou manter a prática de alguns rituais, como por exemplo, os rituais fúnebres, que, apesar de algumas diferenças entre cada família, sempre teve o mesmo intuito, qual seja, o de proporcionar uma melhor condição para que a alma pudesse ter uma vida melhor sobre a terra. Entendia-se que a alma necessitava dos bens da pessoa que faleceu, tanto que era enterrado com o defunto, alguns bens particulares, tais como, a água, vinhos e comidas (COULANGES, 2016, p. 20-23).

A compreensão histórico-jurídica acerca de como se desenvolveu a cidade de Roma serve também para que se possa identificar as principais características do nosso sistema jurídico pátrio e principalmente o sistema adotado pelo Direito em todo Ocidente, bem como na formação do Estado, seja nos aspectos linguísticos, religiosos ou mesmo social. Certamente, a cultura romana influenciou toda uma compreensão do universo jurídico da sociedade e em especial a nossa formação jurídica brasileira.

Nesse período, ainda continuava sendo praticado o culto e a adoração a vários deuses, como por exemplo, o deus Júpiter (deus do céu), Juno (deusa das mães), Marte (deus da guerra), Vênus (deusa do amor), Apolo (deus da luz), Minerva (deusa da sabedoria), dentre outros, e esta variedade de culto a vários deuses se deu a cultura da religião promovida pelos santuários domésticos e sendo controlados pelos governantes (CELLA, 2017, s/p).

Para contrapor a religião adotada no Império Romano, surgiu uma religião que pregou a doutrina que defendia a existência de um único deus, ou seja, a doutrina monoteísta Cristã, que pregava a existência de que havia a vida após a morte, trazendo, dessa forma, a salvação eterna. Como a religião no período Imperial era politeísta, os Cristãos foram constantemente perseguidos, pois o Imperador não aceitou a ideia da existência de uma outra divindade que teria mais força que o próprio Imperador.

Dessa forma, para poderem praticar seus cultos, os cristãos tinham que se reunir de forma clandestina. Durante muito tempo o Estado romano foi prendendo os seguidores da seita cristã e mantendo-os nos calabouços dos castelos. Somente em 313 d. C. foi que o cristianismo passou a ser uma doutrina religiosa aceita pelo Estado, por ato do imperador Teodósio I. Posteriormente, através do Édito de Milão, o Imperador Constantino, estabeleceu tal doutrina religiosa como sendo a religião oficial do Estado de Roma (CELLA, 2017, s/p).

O Cristianismo surgiu de uma doutrina que defendeu a ideia de que Deus, através de seu filho, viria ao mundo para tentar transformar as pessoas através de seus ensinamentos baseados no amor fraternal e na eucaristia entre as pessoas. Tal doutrina baseada nos preceitos fraternais teve uma dificuldade de se impor no início, pois na época o Imperador era o próprio representante da vontade dos deuses na sociedade.

Na realidade, constata-se que tal religião advinda da crença de um único Deus salvador fora fundamentada sobre os fundamentos do livro do velho testamento, que eram os mesmos livros utilizados pelos judeus nas sinagogas. A religião Cristã se baseou nos princípios do judaísmo, conforme ensina Sousa (2018, s/p):

Os principais fundamentos da doutrina cristã são baseados na religião judaica, pois o cristianismo é um ramo do judaísmo. O próprio Jesus era um judeu e ensinava as doutrinas judaicas nas sinagogas. Ele foi ensinado em toda doutrina do judaísmo e guardava essas leis. Afinal de contas a religião judaica, nasceu dos ensinamentos do velho testamento bíblico. E como se sabe a Bíblia é a própria palavra de Deus e Jesus é Deus, então Ele conhece toda a Bíblia. Não há o porquê de não aceitar as leis que foram baseadas no livro do Senhor. Jesus ensinava as leis escritas no velho testamento não discordou de nenhum ponto, exceto ao legalismo, as tradições e alguns costumes judeus.

Tal religião praticada exclusivamente pelos judeus rechaçava os pagãos, discriminando-os perante a sociedade. Ocorre que Jesus veio quebrar tal paradigma,

difundindo dessa forma o amor ao próximo, a fraternidade, a caridade e outros atos que não eram praticados pela religião judaica, o que trouxe muita insatisfação perante os líderes religiosos, pois tais pensamentos buscavam de certa forma, suprir os anseios de um povo que vinha sofrendo com as imposições advindas dos reis e dos líderes religiosos. Vejamos o que relata algumas passagens bíblicas no Capítulo 3, acerca dos ensinamentos que versa sobre a grandeza de Jesus Cristo, segundo Fischer (2014, p. 51):

“Portanto, se fostes ressuscitados juntamente com Cristo, buscai as cousas lá do alto, onde Cristo vive, assentado à direita de Deus. [...]. Quando Cristo, que é a nossa vida, se manifestar, então, vós também sereis manifestados com ele, em glória” (Colossenses 3:1-4). De fato: “Cristo é tudo em todos” (3:11).

Para a fé Cristã, há um dogma relacionado a divina trindade, sendo esta representada por três pessoas incorpóreas e distintas que representam um único Deus, são elas: o pai, o filho e o espírito santo. Para os Cristãos, esta tríade representa a mesma pessoa, qual seja, o poder divino do Grande Arquiteto que construiu o universo.

Com a morte de Jesus, os cristãos foram migrando cada vez mais para outras regiões, chegando a todo o Ocidente. Como a religião adotada por Roma era politeísta, havendo a adoração de vários deuses, os cristãos, durante muitos séculos, foram impedidos de praticar seus cultos na cidade romana, pois os mesmos adoravam um único Deus.

Desde antes o período imperial romano, os governantes de Roma sempre detiveram o poder absoluto no que tange a religião e o próprio poder político e a população não podia adorar nenhuma outra divindade sob pena de não serem considerados cidadãos romanos. Houve várias perseguições aos cristãos, pois o chefe de Estado era tido como o único representante dos deuses na terra. Houve uma verdadeira perseguição aos cristãos, sendo que muitos deles foram torturados e impedidos de praticarem seus cultos. Fischer (2014, p. 51) ensina que “o fato de os cristãos crerem na mensagem do crucificado, que se dirige preferencialmente aos marginalizados e pobres (à 'poeira humana') e que pregue a fraternidade universal (numa sociedade bem escalonada em pirâmide e considerada como 'ordem natural') é outra loucura intolerável, que incomoda, que revira tudo. É preciso eliminar os

Cristãos como transgressores da civilização humana”. Assim, constata-se que muitos seguidores da doutrina monoteísta foram massacrados pelo Estado Romano.

Após vários séculos sendo perseguidos, já no período imperial, Constantino, em aproximadamente no ano 313 d.C., observou que embora minoritários, houve a necessidade de oficializar a religião Cristã, através do Édito de Milão. Contudo, a religião pagã continuava a ser exercida pela maioria dos romanos. Na realidade, viu-se a necessidade desta conversão, devido ao fato de os Cristãos, embora sendo minoria, os mesmos continuavam a manter sua fé na crença de um único Deus, ou seja, não dava para continuar dizimando os mesmos. Além do mais, o próprio imperador passou a ser praticante da religião monoteísta. Muitos, com o intuito de manter relações próximas com o Imperador, foram sendo convertidos gradualmente, buscando manter seus status dentro da corte do Império.

Com o passar dos anos a religião cristã passou a ser a grande maioria do povo, pois confortava a população pelo fato de defender a ideia de um outro mundo de salvação eterna, conseguindo, por conseguinte, alcançar a confiança da massa populacional. Teodósio, em aproximadamente no ano 380 d.C., oficializou a prática da religião cristã, consolidando o poder da Igreja Católica no Estado.

2.2 Surgimento das Testemunhas de Jeová

Com o passar dos séculos houve a necessidade de se buscar definir uma homogeneidade nos estudos acerca de como seria tratado Jesus Cristo, pois uns queriam tê-lo como o representante de Deus na terra através de um homem (ebionismo), enquanto outra corrente desejava focar na ideia de divindade (docetismo).

Segundo Firmino (2014, p. 101) o homem precisava “aprender da História para não repetirmos seus erros. A doutrina da pessoa de Cristo é uma das colunas principais da fé bíblica e deve ser claramente compreendida, exposta e praticada. Assim, o Redentor teria que possuir as duas naturezas (Divina e Humana) pelas seguintes razões: 1. O Redentor tinha que ser homem para poder substituir homens. 2. O Redentor tinha de ser um homem ideal, não simplesmente um homem real. 3. O Redentor tinha de ser verdadeiro Deus para que pudesse salvar os pecadores. 4. O Redentor tinha de ser verdadeiro Deus para que pudesse suportar a ira Divina. Negar uma das naturezas ou mal compreendê-las é extremamente danoso a vida, doutrina

e culto da Igreja”. Posteriormente, com as diversidades de interpretações acerca das passagens bíblicas, o homem foi criando outras doutrinas a partir dos ensinamentos dos textos sagrados.

A seita Testemunha de Jeová é considerada uma religião que prega pela existência de um único Deus, sendo este denominado Javé, não aceitando dessa forma a existência no mesmo Deus a figura tríade que fora abordada pela Igreja Católica. Atualmente, o grupo atua em 239 países, contando ainda com 7.965.954 obreiros adeptos a doutrina e 113.823 congregações espalhadas pelo planeta (SOUSA, 2018, s/p).

Tal doutrina religiosa foi fundada por Taze Russel, em meados de 1872, tendo recebido a denominação quando de sua fundação de “A Sentinela Anuncia o Reino de Jeová”. Posteriormente, foi lançado uma revista que levou o nome da seita que ajudou a divulgar a ideologia do grupo. No início Taze não aceitou a condenação do inferno e também negou a questão da trindade imposta pela religião católica, utilizando da hermenêutica religiosa para pregar que a sua interpretação seriam as corretas em relação ao texto bíblico, conseguindo trazer para o grupo muitos adeptos. Em meados do ano de 1931, após a morte de seu maior líder, o grupo recebeu a denominação de “Testemunhas de Jeová”, onde tal denominação prevalece até os dias atuais (COULANGES, 2016, p. 108).

O grupo é conhecido pelos trabalhos que fazem de evangelização da população indo de casa em casa, com o fim de pregar a palavra da salvação, sendo também conhecidos como propagandistas da fé cristã. Também são conhecidos por não aceitarem alguns tratamentos médicos hospitalares como no caso em estudo, a própria transfusão de sangue (SOUSA, 2018, s/p). Atualmente, conforme consta no próprio site da seita, seus seguidores não utilizam dos tratamentos médicos cirúrgicos que seja a base de transfusão de sangue, conforme verificamos no texto extraído no próprio site, senão veja-se:

Nós procuramos para nós e nossa família o melhor tratamento médico possível. Quando ficamos doentes, consultamos médicos com experiência em realizar tratamentos e cirurgias sem sangue. [...] os tratamentos sem sangue desenvolvidos para ajudar pacientes Testemunhas de Jeová agora são usados para beneficiar outros pacientes [...].

Não obstante, na exposição dos motivos utilizados pelos adeptos, o grupo deixa claro que a decisão dos seguidores de não receber sangue de terceiros, propicia que

eles evitem contrair doenças transmissíveis, evitem reações imunológicas, bem como, beneficia para que outros pacientes possam receber sangue para procedimentos cirúrgicos. Além do mais, eles defendem que há outros meios de tratamentos que são economicamente viáveis de forma a substituir a Transfusão de Sangue.

O corpo máximo da Ordem fundamenta tal decisão a partir de passagens bíblicas que, segundo o grupo, proíbe seus seguidores de tomar sangue seja por meio intravenosa, ou mesmo, por meio oral. Entendem os mesmos que o sangue representa a vida sendo dessa forma algo sagrado para Deus e que para chegar ao reino do céu, não podem ingerir o sangue humano.

Conforme consta em algumas passagens da Bíblia, a seita proíbe a seus seguidores o procedimento de consumo de sangue:

Gêneses 9:4. Embora tivesse permitido que Noé e sua família passassem a se alimentar de carne animal após o Dilúvio, **Deus os proibiu de comer o sangue.** Ele disse a Noé: “Somente a carne com a sua alma — **seu sangue — não deveis comer.**” Desde então, isso se aplica a todos os humanos, porque todos são descendentes de Noé.

Levítico 17:14. **“Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne,** porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.” **Para Deus, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Ele.** Embora essa lei tenha sido dada apenas à nação de Israel, ela mostra a importância que Deus dava a não comer sangue.

Atos 15:20. **‘Abstenham-se do sangue.’** (GRIFOS NOSSOS).

Deus deu aos cristãos a mesma proibição que deu a Noé. A História mostra que os primeiros cristãos não consumiam sangue, nem mesmo para fins medicinais. Contudo, tal entendimento provoca uma série dos mais diversos entendimentos e até mesmo sentimentos negativos perante a sociedade, pois muitos definem os adeptos que seguem a seita Testemunha de Jeová como um grupo extremista e que agem de forma negativa, pois não respeitam o bem maior que é a própria vida. O entendimento é que o grupo se utiliza de algumas passagens bíblicas e esparsas para fundamentar tal decisão de não receber sangue.

2.3 Liberdade de culto e de religião na Ordem Constitucional Brasileira

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto vários direitos fundamentais que ao longo de muitos anos foram conquistados pelos povos, isto é, são frutos de um determinado contexto histórico e social. Dentre muitos, encontram-se os direitos a liberdade religiosa e de culto constitucionalmente.

Por serem garantidos na Carta Magna como fundamentais, formam as bases da organização política, e aponta que nem todos os direitos reconhecidos são abordados na área do direito constitucional. São consideradas cláusulas pétreas garantidas constitucionalmente – conforme o art. 60, § 4º da CF/88 (FIGUEREDO, 2015, p. 207).

Nas palavras de Dimoulis (2017, p. 54), podemos conceituá-los como sendo:

(...) direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Uma das ideias acerca desses direitos, de acordo com Diniz (2018), remonta a Magna Carta, a qual foi outorgada por João Sem-Terra em meados do século XII por conta de pressões feitas pelos barões devido ao aumento das cobranças fiscais a fim de que fossem financiadas campanhas bélicas, e pressões da Igreja com o intuito de o rei ser submetido à autoridade do papa. Por isso, esse documento declarou legítimos muitos direitos, como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, sem anuências dos contribuintes, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca.

Mas foram com os ideais jus-naturalistas e do Iluminismo, os quais vieram a influenciar as Revoluções Gloriosa (com o *Bill of Rights*), Americana (independência, declaração da Virgínia e a própria constituição) e Francesa (ideais de liberdade, igualdade e fraternidade), bem como as Constituições, que se conhece esses direitos fundamentais. Conforme Martins e Marta (2010), o jus-naturalismo está pautado na noção de direitos naturais aos indivíduos; são representantes da expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana, ao serem reconhecidos que esses direitos do homem independem da existência de normas, e que por isso se deveria respeitá-los por meio da limitação da atuação estatal. O Estado está para agir em prol do comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade. No Iluminismo tem-se a concepção do individualismo (o indivíduo vem primeiro, e depois o Estado, por ser esse criado por aquele); também se deve conter os abusos empregados pelo Estado nessa época.

Vale frisar, conforme os dois autores acima citados, a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, em que

se destacou a internacionalização dos direitos humanos, fazendo parte de um contexto internacional os direitos fundamentais, prevalecendo mais no ordenamento jurídico interno.

Segundo a doutrina, tem-se a ideia que existem dimensões no qual cada direito se originou. Assim, diz-se que há os direitos de primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira dimensão (fraternidade), mas há doutrinadores que abordam uma quarta e quinta dimensão.

A primeira dimensão diz respeito aos direitos de liberdade. Teve origem nos séculos XVII e XVIII, advindo dos ideais iluministas – o Estado era absoluto, no qual o regime político suprimia o livre pensamento dos indivíduos. Foi um dos primeiros direitos reconhecidos pelas constituições. Tem por característica principal a inibição do arbítrio político do Estado sobre a esfera particular do indivíduo, isto é, de interferir minimamente na realidade privada de alguém (SILVA JUNIOR, 2018).

Abrange, essa dimensão, o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, religião, culto, locomoção, dentre outros.

Já a segunda dimensão, que são os direitos de igualdade, tem origem em meados do século XIX, a partir da Revolução Industrial, e início do século XX – não bastava o Estado garantir as liberdades, já que nesse tempo havia muitas desigualdades sociais, principalmente em relação às jornadas exorbitantes de trabalho e a falta de qualidade de vida da maioria da população. Por isso, a necessidade de o Estado prestar assistência aos menos favorecidos (SIMAN, 2019). Essa dimensão tem por característica a igualdade material. Por isso, essa dimensão compreende os direitos a saúde, a educação, moradia, direito dos trabalhadores, dentre outros.

Sobre os direitos da terceira dimensão ou direitos de fraternidade/solidariedade, com origem logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, segundo Bonavides (2009, p. 523) são:

(...) direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Estão inclusos nessa geração o direito a dignidade da pessoa humana, ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente sustentável, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, e etc.

Visto a evolução e as dimensões de tais direitos, vamos focar sobre o direito a liberdade, no tocante as suas espécies, as quais interessam para a explanação do capítulo, que são os direitos à liberdade religiosa, a liberdade de consciência, de crença e sua livre manifestação.

Nos dois subtópicos seguintes, serão abordados, com mais detalhes, os dois principais direitos constitucionais relacionados à essa pesquisa.

2.3.1 O Direito à liberdade religiosa

O direito à liberdade, de forma ampla, abarca direitos fundamentais a liberdades específicas, que dentre algumas está a liberdade de religião.

De acordo com Moraes (2018), essa garantia de liberdade, no prisma da religião, compreende a faculdade de livre escolha pelo indivíduo da sua crença religiosa e não se esvai no plano de credo individual, no íntimo, mas engloba a prática religiosa, chamado de liberdade de culto.

Entende-se que o Estado não pode impor religião alguma ou a proibir alguém de professar uma crença. Ou seja, o Estado deve consentir ou assegurar o direito de uma pessoa a seguir uma religião - a obediência aos deveres que dela se procede. Mas caso o Estado não garanta, ou impunha condições, não se pode falar em liberdade religiosa.

Há de lembrar-se de que se devem respeitar os preceitos religiosos de quem seguem determinada religião em face das imposições legais, ou seja, é-lhes garantido o direito de recusa à prática de atos que vão contra as suas convicções (artigo 5º, inciso VIII da CF/88). Assim, podemos citar o exemplo dos fiéis da Adventista do Sétimo Dia – no caso de uma prova de vestibular que porventura seja em um sábado, e candidato for um adventista, para não causar ofensa a esse, marca-se a prova para ser aplicada depois do horário ou dia que não coincida com o dia que se é respeitado (o descanso no dia de sábado, o qual começa às 18h de sexta-feira e termina às 18h do sábado). Todavia, em muitos casos, como o da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová, pode haver uma colisão a outros direitos, como será analisado bem adiante.

2.3.2 Liberdade de consciência, de crença e de culto

A atual Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso VI, fala que não se pode violar a liberdade de consciência e de crença, e assegura o livre exercício dos cultos religiosos, sendo garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

Segunda a doutrina de Novellino (2018), a liberdade de consciência diz respeito a certos valores morais e espirituais, o que independe de qualquer aspecto religioso, e abrange a liberdade de crença, que é crer em algo ou não possuir crença alguma.

Já a liberdade de culto fala da exteriorização da crença, isto é, a prática religiosa. De acordo com Silva Junior (2018, s/p):

Liberdade de culto - a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

Vale destacar a evolução da liberdade de culto nas constituições anteriores a de 1988 e em outros sistemas estrangeiros. A Constituição de 1824, em relação ao aspecto religioso e de culto, é adotado no país o catolicismo apostólico romano como religião oficial do império, sendo permitido de se cultuarem outras religiões somente no lar. O artigo 5º dessa Constituição diz que:

A religião Católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas, para isso destinadas, sem forma alguma, exterior do Templo.

Mas é a partir da Constituição Republicana Democrática de 1891 que não se adotou mais uma religião oficial, passando a ser o Brasil (até hoje) um Estado laico, no qual é garantida a liberdade de crença e de culto. Essa carta faz previsão desses direitos em seu artigo 72, §§ 3º, 5º ao 7º, 28 e 29:

Art 72- A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º - 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.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

(...)

§ 28- Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

§ 29- Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

Conforme Háck (2017), a Constituição de 1934 também prevê no artigo 113, item 1, e 4 a 6, a liberdade religiosa, ao vedar a discriminação por motivo de religião, e permitindo a assistência religiosa em hospitais, expedições militares, nas penitenciárias, bem como em outras instituições oficiais. Já a de 1937 (na época de implantação da ditadura Vargas) só faz menção à liberdade de culto e das confissões religiosas, garantindo-os (de forma vaga), sendo ainda permitido o ensino religioso nas escolas.

A Constituição de 1946, com a volta da democracia, faz abordagem da liberdade religiosa e de culto em seus artigos 141, §§ 7º a 9º, e 168, inciso V. Além de assegurá-los (da mesma forma que na Constituição de 1934), inova ao incluir a prestação alternativa a brasileiro e estrangeiro que se escusam por motivo de crença religiosa (artigo 141, §8º). E silencia quanto aos custos à assistência religiosa em caso de guerra, ao ficar subentendido que caberá ao Estado fazê-los. Porém, com um novo golpe militar em 1964, fez com que o país regredisse democraticamente, especialmente pela falta da garantia dos direitos fundamentais (as liberdades principalmente). Ainda assim garante a liberdade de consciência e de culto ao disciplinar em seu artigo 5º que: “É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”.

A Carta Magna de 1969 (ou como outros falam - a emenda à constituição de 1967) manteve a redação do texto da outra carta, sendo em que ambas são omissas em relação à prestação alternativa por escusa religiosa.

Já com a redemocratização, em meados dos anos de 1980, fez com que fosse feita a atual Constituição e dessa forma assegura as liberdades de consciência, de religião, de culto e crença, ao dar maior tutela.

Em outros sistemas, como na antiga União das Repúblicas Socialistas, Silva Junior (2018, s/p), em relação à liberdade religiosa e de culto, aborda que:

(...) o artigo 124 da Constituição Soviética de 1936 previa: “A fim de assegurar a liberdade de consciência ao cidadão, a Igreja na URSS está separada do Estado e a escola da Igreja”. Lenin, em seu trabalho Socialismo e religião, afirma que “a religião é uma das formas daquele jogo espiritual que sempre e em toda a parte, foi imposto às massas populares pela miséria” A religião é o ópio do povo, disse ele, uma espécie de aguardente espiritual que visa manter os escravos do capitalismo. Na atualidade, depois de uma intensa luta religiosa, a própria União Soviética (hoje extinta) assegurava não só a liberdade de crença como a de culto (...).

Na atual Constituição de Portugal, prevê no artigo 41, preceito nº 1, que “a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”. Canotilho e Moreira (2007), ao comentarem esse dispositivo, dizem que são direitos distintos, no entanto conexos, e que a liberdade de culto faz parte da dimensão da liberdade religiosa, a qual abrange o direito individual ou coletivo de praticar/expressar atos externos de adoração peculiares de uma determinada religião.

2.3.3 A doutrina religiosa das Testemunhas de Jeová e a questão do sangue no ponto de vista dessa religião

Conforme abordado, as Testemunhas de Jeová tiveram origem na década de 1870, nos Estados Unidos, por um grupo de estudo bíblico liderado por Charles Taze Russell (ZATZ, 1999). Hoje conta com mais de sete milhões de adeptos distribuídos em pelo menos 230 países.

Com relação a sua doutrina, dentre alguns pontos, acreditam que há só um Deus (Jeová) – negam a trindade, composta pelo Pai, Filho e Espírito Santo; Jesus não é Deus, mas apenas um anjo; que o Espírito Santo é como se fosse uma força (também não é Deus); que somente eles serão salvos, pois estão entre os 144.000 (cento e quarenta e quatro mil) escolhidos por Jeová (SOUSA, 2018, s/p).

Sobre o sangue, não podem entrar em contato com ele, comer, bem como receber transfusão sanguínea (ZATZ, 1999). Quem ditou essa proibição entre os seguidores dessa crença religiosa foi Nathan Homer Knorr ao falar que a não-autorização de comer sangue está na Bíblia em algumas passagens, já mencionadas anteriormente, do Antigo e do Novo Testamento: Gênesis 9.4: “A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis”. Em Levítico 3.17, nesse mesmo sentido, há disposição de que no “Estatuto perpétuo será nas vossas gerações, em todas as vossas habitações: nenhuma gordura nem sangue algum comereis”. No mesmo livro, Levítico, porém no capítulo 7.27, salienta-se o mesmo ditame, quando é expressado que “Toda pessoa que comer algum sangue, será extirpada do seu povo”. Posteriormente, no livro de Atos 15.20, dita-se “Que se abstenham das contaminações dos ídolos, da prostituição, do que é sufocado e do sangue”. Esta proibição deveria ser abrangida aos tratamentos médicos, bem como a sangue de animais, transplantes de órgãos e tecidos e vacinas.

Diante disso, surge a problemática da liberdade religiosa das Testemunhas *versus* a vida, já que o médico tem o dever de zelar pela saúde do paciente em contrariedade a autonomia e crença desse, levando essa questão a desdobramentos éticos-jurídicos. No capítulo seguinte abordar-se-á com mais detalhes esses desdobramentos.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A vida é um direito fundamental que possui garantia constitucional como sendo um bem inviolável, máximo do nosso ordenamento e tutelado pelo Estado de forma prioritária, visto que constitui base essencial para o exercício de todos os demais direitos.

Esta garantia à vida deve ser compreendida como o direito a uma existência que possibilita exercer os outros atributos da personalidade, isto é, o direito da pessoa humana de ter uma vida de forma digna. Por isso esse bem está relacionado à dignidade da pessoa humana, por ser essa “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida” (MORAIS, 2018, p. 61).

O seu início e consequente aquisição da personalidade civil dar-se-á, conforme o artigo 2º do Código Civil, com o nascimento com vida, sendo que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. O seu fim será com a morte natural ou presumida (artigo 6º do CC/02).

No caso de o direito à vida for considerado como o principal dos direitos fundamentais, já que dele decorrem todos os demais direitos, então o mesmo é dirigido pelos pressupostos constitucionais da inviolabilidade e irrenunciabilidade. Esse fato quer dizer que o direito à vida não pode ser violado por terceiros, nem mesmo pelo Estado, não podendo dispor dele o indivíduo almejando sua morte (NOVELINO, 2018, p. 388).

Nesse sentido, Roberto (2018, p. 53), em seu artigo, fala que:

Assim, o direito à vida deve ser associado a um direito à conservação da vida, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, mas não pode dela dispor, apenas justificando ação lesiva contra a vida em casos de legítima defesa e estado de necessidade.

Portanto, o Estado deve zelar pelo direito à vida, não apenas no sentido de viver, como também em dar garantia a pessoa uma vida de modo digna quanto à sua subsistência, ao respeitar a dignidade da pessoa humana. Mas no caso de haver violação pelo indivíduo, ou mesmo pelo Estado, ambos serão responsabilizados, penalmente (crime de homicídio, aborto, infanticídio, instigação ao suicídio) ou civilmente (danos morais), a depender da situação.

3.1 A polêmica da eutanásia, ortotonásia e distanásia

A eutanásia e distanásia são práticas que muitos consideram reprováveis, já que atentam contra a vida (mais precisamente ao processo de morte que deve ocorrer de forma digna). Já a ortotonásia é uma conduta aceita eticamente. Passaremos, pois a abordar e diferenciar o que consiste cada uma.

Sobre a eutanásia, que também é designada de homicídio médico, no sentido etimológico da palavra significa morte suave, sem dor (NUCCI, 2011, p. 637). Aqui o paciente não se encontra enganado pelos médicos. Existem dois tipos: a voluntária, na qual o paciente pede para o médico livrar logo a sua dor, ao ser injetado naquele remédio que cause de forma imediata morte; e a involuntária, em que não há o consentimento do doente. Mas eticamente e juridicamente não se aceita essa ação, tendo em vista que, de acordo com Nucci (2011, p. 638):

a) a santidade da vida humana, sob aspecto religioso e sob o aspecto da convivência social; b) a eutanásia voluntária abriria espaço para a involuntária; c) poderia haver abuso de médicos e familiares, por interesses escusos; d) há sempre possibilidade de diagnóstico errôneo; e) há possibilidade do surgimento de novos medicamentos para combater o mal (...).

Em se praticando tal conduta, o médico será responsabilizado pelo crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal).

Em relação à ortotonásia (que pode ser chamada de eutanásia omissiva, ou homicídio piedoso omissivo), Nucci (2011, p. 638) diz que ocorre quando se deixa de administrar remédios que posterguem um pouco mais, de forma artificial, a vida do paciente em estado terminal e incurável. Dessa forma, também incorre em homicídio doloso praticado por omissão. Destaca-se ainda questão da possibilidade de ser acolhido no nosso direito (Penal) como uma excludente de ilicitude, por conta do consentimento da vítima, e na impossibilidade dessa, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro e irmão.

Já a distanásia “é a morte lenta e sofrida de uma pessoa prolongada por recursos que a medicina oferece”, de acordo com Nucci (2011, p. 638). Tal prática não é considerada boa pelo Código de Ética Médica, visto que o médico está para amenizar a dor e sofrimento do paciente em estado terminal e não lhe causar mais dor.

3.2 A conduta médica em relação ao tratamento de transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová e as possíveis implicações jurídicas

Um questionamento é feito quanto à conduta do médico em testemunhas de Jeová – se deve realizar o procedimento ou não, diante da crença e autonomia desse tipo de paciente. Por esse fato, o Código de Ética Médica aborda qual procedimento deve ser tomado a depender do caso, bem como o Código Penal dá o respaldo legal dessa atuação. Passa-se a falar cada um.

O Código de Ética Médica diz que o médico deve agir em favor da saúde do ser humano, isto é, sempre em benefício do paciente. Não deverá utilizar seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, ou atentar contra a sua dignidade e integridade do enfermo. Ainda aduz que é proibido o profissional desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, exceto em situação de iminente perigo de vida.

Na situação de haver necessidade de transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová, o médico deverá respeitar a sua crença, quando aquele não estiver em perigo de vida e tiver outras formas de tratamento, pois do contrário, deverá realizar tal procedimento. Dessa forma, deve-se atentar ao posicionamento do Conselho Federal de Medicina em sua Resolução n.º 1.021/80:

RESOLUÇÃO Nº 1.021/80 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis (GRIFO NOSSO).

Destaca-se também que a atuação do profissional está assegurada pelo artigo 146, §3º, do Código Penal, como se ora vê:

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

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

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

Aumento de pena

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

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

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

II - a coação exercida para impedir suicídio (GRIFO NOSSO).

Observa-se, portanto, que o referido artigo trata a conduta como atípica quando o médico realiza o tratamento, ainda que contra vontade do paciente ou de seu representante, quando o mesmo estiver em iminente risco de vida. Ou seja, no caso de o médico fazer a transfusão em paciente de tal religião, não será responsabilizado penalmente, o que torna a prática legal.

3.2.1 A transfusão de sangue em paciente inconsciente e menor de idade, ambos Testemunhas de Jeová

Como se sabe, o paciente tem a faculdade de escolher o tratamento que lhe convém, bem como não ser tratado, ainda mais por motivos de convicções religiosas. Isso o faz de forma consciente. Mas um fato tem despertado a atenção sobre a transfusão sanguínea em paciente inconsciente ou menor da referida religião, no que diz respeito à autonomia desses: é legítimo o procedimento nesses indivíduos quando se encontrarem em tais situações (viola as suas liberdades de escolher sobre o melhor tratamento)?

O Código Civil de 2002 faz exposição de duas modalidades de incapacidades: o absolutamente incapaz, sendo o menor de 16 anos representado pelos seus pais ou responsáveis; e os relativamente incapazes correspondente aos maiores de 16 anos e menores de 18 dentre outras situações, nos quais são assistidos pelos pais ou responsáveis.

Dessa forma, na situação de inconsciência do doente em que não pode declarar sua vontade, estando em risco de vida, e seus parentes ou representantes legais não se manifestarem contra ou favor pela transfusão de sangue, o médico deverá realizá-la, mesmo que contrarie a vontade destes.

Corroborando esse entendimento, interessante é a jurisprudência abaixo:

TRANSFUSÃO DE SANGUE. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. LIBERDADE DE RELIGIÃO. DIREITO A VIDA E A SAÚDE. PREPONDERÂNCIA. APELAÇÃO. CAUTELAR INOMINADA. HOSPITAL. PRETENSÃO DE RESGUARDO DA VIDA DO PACIENTE E DE POSSÍVEL FUTURA RESPONSABILIDADE. TRANSFUSÃO DE SANGUE. CONVICÇÃO RELIGIOSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

Disposições contidas no artigo 15, do Código Civil e 56, do Código de Ética Médica **não prevalecem quando houver iminente risco de vida. Existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, já que não haveria sentido proclamar qualquer outro direito se, antes, não se assegurasse o direito de estar vivo para usufruí-lo. Bem supremo que prepondera sobre demais direitos, como o da liberdade religiosa.** Manutenção da sentença. Não provimento do recurso.

Apelação cível nº 0007768-02, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Des. Katya Monnerat, julgado em: 09/02/2011 (GRIFO NOSSO).

Da mesma forma, o médico poderá proceder no tratamento quando o paciente estiver inconsciente e sem acompanhamento, e portar um documento que o identifica como membro dessa crença religiosa, ainda que seja oposta a vontade presumível.

Com relação à transfusão em menores, ainda que sejam representados ou tutelados, Pessini (2016, p. 145) explana que:

(...) a grande maioria dos operadores do direito defende a implementação da transfusão de sangue, em desfavor da oposição manifestada pelos pais, considerando tal decisão como abuso do poder familiar. Desse modo, a vida do menor deve ser sempre preservada, tendo o médico que obter do Poder Judiciário a autorização para a realização da operação.

Sobre o caso envolvendo menores, o Tribunal do Rio Grande do Sul entende da seguinte maneira:

CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.

Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionais e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O Judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente,

mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc. I, do Código Penal (...)).

TJ-RS - AC: 595000373.

Em uma outra situação, envolvendo a União como demandada, o Tribunal Regional da 3ª Região também compreende pela impossibilidade de recusa a tratamento de transfusão sanguínea em menor (seguidor de tal religião) quando o mesmo corre risco de vida, e que, a depender do caso, a vontade dos pais pode ser substituída pela manifestação judicial, veja-se então:

DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL.

(...) A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. (...) No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar 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 (...).

TRF4 - 3ª T. - Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6 (GRIFO NOSSO).

O Tribunal de Justiça, ao julgar um agravo de instrumento, em que os pais do menor (da referida religião) recorreram de decisão de indeferimento da tutela antecipada, entendeu que na situação não havia outra terapia que pudesse ser realizada no menor, além de que estava em iminente risco de vida em caso de não-realização da transfusão de sangue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA.

Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido.

TJRJ - 18º C. Cível. - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 05/10/2004.

Portanto, com base na doutrina e jurisprudências majoritárias, em ambos os casos o tratamento deve ser feito, visto que o médico está apenas cumprindo com seu papel que é de garantir a saúde do paciente, ou melhor, preservar a sua vida, tendo, pois garantia legal, observando-se a situação de iminente risco de vida.

3.3 Outros entendimentos jurisprudenciais

Acerca da ponderação dos princípios constitucionais em cada caso concreto, podemos verificar que os Tribunais Superiores vêm buscando cada vez mais conciliar possíveis incongruências em relação aos princípios da Carta Constitucional. De certa forma, quando ocorre uma demanda em que há um controle difuso, o magistrado deve ter em mente que a sua decisão efetivamente afetará o texto constitucional, seja de forma positiva, seja de forma negativa. Tem-se que quando as partes vão buscar uma tutela no Poder Judiciário, o Estado-Juiz deverá decidir o conflito de interesse entre as partes conflitantes.

Em alguns casos, nos quais a vida esteja efetivamente sendo ameaçada, há situações em que o juiz deverá decidir liminarmente a favor ou contra a parte autora, que muitas vezes será o hospital temendo uma possível ação de danos materiais e/ou formais. Nestes casos vão em busca de uma medida cautelar, de forma a garantir antecipadamente o pedido ao juiz, entretanto, quando há a possibilidade de haver tratamentos alternativos, o Poder Judiciário vem negando tais pleitos, valorizando dessa forma o direito de culto garantido pela Constituição Federal.

Observa-se que em muitos casos, os seguidores da seita buscam outras alternativas menos invasivas na área médica, no sentido de evitar o tratamento através da transfusão de sangue e isto gera despesas aos Estados da Federação. O juiz, ao analisar um determinado caso concreto dá prosseguimento na análise com um maior detalhamento, no sentido de procurar analisar a capacidade cognitiva do paciente em relação ao caso concreto, ou seja, se há a escusa consciente do mesmo em se recusar do tratamento transfusivo sanguíneo. Dessa forma, verifica-se que há uma análise em cada caso. Vejamos algumas decisões acerca do tema:

SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ.

Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Negado seguimento ao recurso.

Apelação Cível N° 70061159398, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/08/2014.

No julgado, a sentença de primeiro grau foi de improcedência. O autor pleiteou ao Poder Judiciário o direito subjetivo de ser atendido pelo Estado para a prestação diferenciada no serviço público, contudo, o juízo de primeiro grau sentenciou negando ao mesmo, julgando dessa forma improcedente a demanda. No mesmo sentido foi julgado o recurso de Agravo de Instrumento 70058469362, do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme podemos constatar logo abaixo:

SAÚDE. CIRURGIA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. LIBERDADE DE RELIGIÃO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ.

Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Recurso desprovido.

Agravo de Instrumento N° 70058469362, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 24/04/2014.

Em outro julgado, no mesmo Tribunal, o Hospital Cristo Redentor S.A., de forma a antecipar uma medida jurisdicional, buscou provimento da justiça para obter que o juiz garantisse uma cautelar autorizando ao Hospital a submeter o paciente a transfusão de sangue. Entretanto, conforme consta nos autos, o paciente se recusou ao tratamento. O juízo *a quo* decidiu a favor do seguidor da seita, tendo o hospital apelado da decisão, conforme vemos a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida,

empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido.

Apelação Cível N° 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2017.

Em outras demandas, ocorrida no Distrito Federal, os pacientes eram menores, onde os pais, seguidores da seita tentaram impedir o tratamento transfusivo em seus filhos, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENOR - PAIS SEGUIDORES DA RELIGIÃO 'TESTEMUNHAS DE JEOVÁ' - AUTORIZAÇÃO DADA AO HOSPITAL PELO JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - APELAÇÃO - FUNGIBILIDADE RECURSAL - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

1. A autorização para transfusão de sangue em menor, dada pelo juízo da infância e juventude, desafia a apelação. Não constitui, porém, erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento, cujo prazo recursal é o mesmo da apelação prevista no ECA, sendo aplicável a fungibilidade recursal. 2. A ciência inequívoca dos pais acerca da transfusão sanguínea antes da intimação formal do advogado constituído elide a exigência de fazer constar expressamente na procuração '*et extra*' os poderes especiais para citação. Na hipótese, o prazo do recurso deve ter início a partir da intimação do advogado nos autos. 3. Recurso não conhecido. Unânime.

TJ-DF - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 45003620068070000 DF 0004500-36.2006.807.0000 (TJ-DF). Data de publicação: 31/08/2016.

No entanto, conforme pôde ser visto acima, o juiz da infância e da juventude autorizou o hospital a submeter os menores ao tratamento, tendo os representantes dos mesmos, agravado a citada decisão.

4 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA PONDERAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A hermenêutica é de suma importância para o operador do direito que irá aplicar a norma ao fato, pois cuida da sistematização de regras e princípios da interpretação do Direito, isto é, “decifra o modo pelo qual poderá se dar a interpretação” (BASTOS, 2015, p. 25). Desse modo, percebe-se que a interpretação é prática e revela o significado da norma bem como seu alcance, com o objetivo de fazer incidir em um caso concreto.

No entanto, antes de estudar sobre a hermenêutica, que é a etapa final do processo interpretativo, faz-se necessário apresentar alguns elementos do regramento jurídico que conforma a atual Constituição brasileira.

4.1 Do regramento jurídico conforme a Constituição

A Constituição Federal vigente em nosso ordenamento jurídico é tida como rígida, no sentido de que para haver uma alteração no texto constitucional, deve-se haver todo um procedimento legislativo de adequação para que um Projeto de Lei, ou mesmo uma Emenda a Constituição, possam ser positivadas na sociedade e que não venham a confrontar o texto da Carta Magna, ou seja, a norma infraconstitucional deverá obedecer a lei maior sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade. Conforme afirma D'Oliveira (2017. p. 79), o mesmo ensina que:

Nesse sentido nos referimos ao ordenamento civil brasileiro, ou seja, às normas de direito civil de nosso país. Sob esse diapasão, integram o ordenamento todas as normas jurídicas legislativas, judiciais consuetudinárias e convencionais. Destarte, ordenamento é próprio direito positivo, organizado em forma de pirâmide, tendo a lei constitucional em seu ponto mais alto. Dessa maneira temos, em linhas gerais, a Constituição como lei maior; as emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções, decretos e provimentos; normas convencionais em geral, como ordens de serviços e portarias e sentenças.

Ao analisar a Carta Magna em seu artigo 60, mais especificamente no § 4º, inciso IV, percebe-se claramente que o constituinte originário buscou tratar como cláusula pétrea a manutenção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no sentido de não poder haver propostas de emendas que busquem tais garantias. Nesse

sentido tem-se que a Constituição é tratada como sendo rígida, pois não se pode alterar tais garantias. Vejamos o citado artigo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; [...] § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Para Futterleib (2012, p. 32-34), a Constituição Federal é formada por um sistema aberto de normas jurídicas que leva em consideração as regras do direito e seus princípios. A autora informa que no sistema jurídico aberto admite-se a alteração inserindo novas ideias sem que necessariamente haja a alteração da estrutura interna da norma jurídica. Por outro lado, no sistema fechado, segundo a mesma, sempre haverá a necessidade de se alterar a estrutura da norma.

Dito isso, percebe-se que mesmo sendo rígida a Constituição, há a possibilidade de haver uma certa flexibilização no tocante ao entendimento das normas superiores através da análise dos princípios.

Observa-se que, desde sua origem, um ato praticado pelo Estado deve estar dentro do que fora estabelecido pela Carta Magna, na qual, qualquer procedimento que o ente possa exercer além do que foi delegado pela Constitucional, estará sujeito ao controle pelo Poder Judiciário. Diz-se que o Estado deve agir dentro do princípio da legalidade para poder ter valia o seu procedimento de atuação administrativa perante a coletividade.

No tocante aos direitos e garantias fundamentais, inseridos no artigo 5º da Carta Magna, conclui-se que todos os brasileiros são iguais no que diz respeito aos direitos e deveres, devendo o ente estatal proteger o direito à vida, à liberdade, à igualdade, bem como a segurança e a propriedade de todos os cidadãos. Dessa forma, qualquer atividade estatal deverá respeitar tal norma, sob pena de agir fora da legalidade. No inciso VIII do mesmo artigo, percebe-se que a Constituição determina que todos os brasileiros possuem o direito da prática da religiosidade, neste sentido, o Estado deve garantir a todos o direito de exercer a sua prática do culto religioso, entretanto, verificaremos mais detalhadamente o assunto quando formos tratar dos princípios constitucionais. Vejamos o citado artigo em seu artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

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

Tem-se que a Carta Constitucional garante a todos os brasileiros o direito de praticar o culto que melhor o satisfaça, devendo o Estado garantir tal preceito fundamental. Barroso (2010, p. 446) informa que “É evidente que aqueles que acreditam em Deus, devem ter assegurada essa crença”. Contudo, se faz necessário observar que tal prerrogativa que tem o cidadão, não necessariamente deverá ser defendido sob todas as formas, até porque o Estado é laico, devendo levar em consideração outros princípios e garantias fundamentais.

4.2 Da Hermenêutica Constitucional

Existem métodos clássicos que se deve levar em conta durante o processo de interpretação e aplicação. Barroso (2010, p. 131-145) explica que o primeiro é o da interpretação gramatical, que aborda o sentido semântico das palavras da lei (compreender o que essas dizem) – formulado na Escola Exegética; o outro é a interpretação histórica, que revela o sentido de uma lei por meio do contexto histórico em que se originou - remonta a Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito; a sistemática aduz que uma norma não pode ser vista de forma isolada e sim em um conjunto de preceitos que pressupõe ordem e unidade, e dessa maneira, busca estabelecer as relações umas com as outras (é muito utilizado pelo STF). E por último a teleológica, formulada pelos estudos de Heck, Geny e Ihering, que objetiva dizer a finalidade da regra ou princípio positivado - é também de alguma forma empregado pelo STF.

Mas quando houver lacuna na lei, isto é, não existe uma norma que regule um caso concreto, como resolver tal situação? Para tanto, vai ser realizado a integração para preenchimento desse vazio normativo, que se dá por: analogia - o processo no

qual o operador do direito aplica uma regra jurídica que regula uma situação a uma outra parecida, que o legislador não previu; costumes – é a visualização de uma norma que não seja escrita, a qual se dá por um comportamento habitual (elemento objetivo) e aceito (elemento subjetivo); princípios gerais do direito – princípios que não estão explícitos ou ditados pelo legislador mas contidos implicitamente e irradiante no ordenamento jurídico.

Quando envolver normas constitucionais, essas devem ser interpretadas de maneira especial, já que são regras e princípios que servem de parâmetros para todo o ordenamento jurídico. Pode até serem adotados aqueles métodos já vistos para interpretação e aplicação das mesmas. Mas ressalta-se que elas estão em um mesmo nível de hierarquia – nenhuma se sobrepõe a outra, e fazem parte de um conjunto (unidade constitucional). Além do mais, em caso de acontecer conflito entre duas ou mais normas, a doutrina elenca diversas regras a fim de que haja ponderação entre aquelas, porque somente a subsunção não é o suficiente para uma decisão judicial (BARROSO, 2010. p. 359-360). Ou seja, existem casos que tal prática torna-se um tanto inviável diante de algumas circunstâncias, o que requer técnicas que solucionem tal problemática.

Por tudo isso, vamos aqui mostrar o que consiste na colisão entre os direitos fundamentais, destacando a evolução do entendimento do STF acerca do tema, e fazendo-se uma abordagem da hermenêutica quanto à ponderação.

4.2.1 A colisão entre direitos fundamentais

A colisão entre direitos fundamentais acontece quando do exercício dos mesmos, existe o confronto entre esses direitos ou, entre eles e outros bens jurídicos tutelados pela Constituição.

A recusa às transfusões de sangue por pacientes adeptos da crença Testemunha de Jeová envolve uma colisão de direitos fundamentais, sendo o da vida e, o outro, o direito de recusa por convicções religiosas, os dois amparados, sem ordem hierárquica, pela Constituição Federal, na qual o legislador não instituiu cláusula de reserva. Desse modo, como não existe prevalência *in abstracto* por algum destes direitos, como encontrar uma solução em face dessa colisão?

Na concepção de Tokarki (2015, p. 102) é assim que deve ser solucionada a colisão entre os direitos fundamentais:

O legislador pode resolver esse confronto na medida que cria a reserva de lei na Constituição, ou seja, quando restringe o exercício de um direito à observância do outro. Por outro lado, em se tratando de direitos fundamentais não acobertados pela "reserva de lei, a solução fica a cargo da jurisprudência, a qual deve realizar a ponderação dos bens envolvidos", com o intuito de resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em jogo.

Ainda segundo Tokarski (2015, p. 110), também é verdade que se trata apenas de um conflito *aparente* de direitos fundamentais, já que, conforme os princípios da Hermenêutica Constitucional, as normas constitucionais não se colidem, posto que existem critérios a fim de que a jurisprudência faça o juízo de ponderação.

O Supremo Tribunal Federal expressou o seguinte entendimento sobre o assunto:

Observou-se que ambas as garantias, as quais constituem cláusulas elementares do princípio constitucional do devido processo, devem ser interpretadas sob a luz do critério da chamada **concordância prática**, que consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum. HC 89544 do Supremo Tribunal Federal (GRIFO NOSSO).

Em razão disso, esse conflito deve ser solucionado por meio de observação das peculiaridades do caso, buscando-se estes critérios para resolver essa colisão aparente de direitos, nos princípios e regras da Hermenêutica Constitucional.

4.3 A técnica da ponderação para a solução de conflito

Como já fora citado anteriormente, não bastam os métodos ou regras básicas para ser solucionado o conflito entre normas fundamentais. Para isso faz-se necessário saber o princípio da proporcionalidade e por fim a técnica de ponderação para a devida resolução.

O princípio da proporcionalidade é de primordial importância a fim de que haja uma justa interpretação de uma norma constitucional, e assim seja feita a ponderação para a solução (CARVALHO, 2010). Ainda de acordo com Carvalho (2010, p. 278):

(...) a regra da proporcionalidade se desdobra em três outras sub-regras, a saber, a regra da adequação (ou pertinência), a da necessidade (ou da

exigibilidade, ou ainda da escolha do meio mais suave) e a da proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação à ponderação, primeiramente o intérprete vai identificar as normas relevantes para a solução do caso, e assim, saber de eventuais conflitos que exista entre as mesmas (BARROSO, 2010, p. 360). Desse modo, inicialmente o intérprete tem duas obrigações: i) identificar as normas aplicáveis no caso; ii) identificar os conflitos aparentes entre as normas.

Depois se observará os fatos e as circunstâncias da situação em dinamismo com os elementos normativos – com as normas apontadas e feito o exame do caso, é que poderá revelar o objetivo de cada uma delas e sua extensão (BARROSO, 2010, p. 361). Nesse sentido, após a identificação das normas aparentemente conflitivas, o autor explana que é necessário analisar as peculiaridades do caso prático.

Por último se fará a apuração de pesos e contrapesos, ao se examinar os variados grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto. E, assim, deverá decidir sobre a intensidade (grau) de qual grupo de normas a prevalecer (qual a solução a ser aplicada). Nota-se aqui, como fio condutor desse processo, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (BARROSO, 2010, p. 361-362). Na terceira e última parte do processo de ponderação, o Ministro do STF aduz que deve ser feita uma análise a respeito da aplicação das normas, de modo que haja uma maior intensidade de uma sobre a outra ou a substituição de uma pela outra.

Insta ressaltar, nas palavras de Moraes (2018, p. 16), que:

(...) a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garantam maior e mais ampla proteção.

Em relação ao tema trabalhado (transfusão de sangue em Testemunha de Jeová), como já é de conhecimento, os princípios visualizados são o da vida e o da liberdade religiosa, havendo a colisão entre ambos. Na situação, há algumas circunstâncias em que vai prevalecer um ou outro direito: o paciente, em iminente perigo de vida, será favorável o direito à vida, ao garantir dignamente esta; e não estando correndo esse risco, prevalecerá a sua vontade e autonomia, ao se respeitar sua crença.

Desta maneira, o operador, diante de um conflito entre normas constitucionais deverá solucioná-lo conforme o caso, tendo por base as regras e princípios da Hermenêutica Constitucional, e, assim, assegurar a eficácia e segurança jurídica ao aplicar a norma.

4.4 A evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito entre os direitos fundamentais

Desde que o STF fora criado em 1890 havia-se muitas expectativas sobre sua atuação na tutela dos direitos e liberdades individuais. De acordo com Carvalho (2010, p. 15), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América exerceu grande influência sobre a Corte brasileira - Rui Barbosa era influenciado pelas ideias constitucionais daquele país; e o mesmo fora o autor do anteprojeto da Constituição de 1891.

O Supremo Tribunal Federal prolatou no ano de 1893 a primeira decisão no tocante à proteção desses direitos, ao determinar a soltura de algumas pessoas que foram presas após a apreensão do vapor Júpiter.

Mas foi em 1951 que o STF proferiu decisão sobre uma situação que envolvia a colisão entre direitos fundamentais. Segundo Carvalho (2010, p. 18),

(...) o caso referia-se ao Recurso Extraordinário nº 18.331/SP, tendo como relator o Ministro Orozimbo Nonato. Tratava-se da majoração de imposto de licença sobre cabines de banho cobrado pelo Município de Santos, em que a empresa Marques & Viegas se sentiu prejudicada, alegando que tal reajustamento afetava o seu direito fundamental à liberdade do exercício profissional. O juiz de 1º grau reconheceu a inconstitucionalidade da elevação do valor do imposto, considerando que esta estaria colidindo com o princípio da liberdade de exercício de qualquer profissão. Já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve o imposto cobrado como perfeitamente exigível e constitucional, haja vista que a desproporção entre o aumento do tributo e a capacidade econômica do contribuinte foi em decorrência de contratos onerosos celebrados pela empresa. Então, esta interpôs Recurso Extraordinário perante o STF. O Supremo Tribunal Federal suscitou no julgamento do caso em tela a colisão entre o poder de taxar e o direito à liberdade profissional, vislumbrando possível aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a denominação da Teoria do Desvio de Poder (...).

Destaca-se, no caso, que o STF teve que decidir por um dos direitos em confronto, o direito à liberdade de taxar do Poder Público *versus* o direito fundamental à liberdade do exercício profissional, ao dar prevalência ao primeiro, levando em consideração que o último direito não foi violado.

A referida autora, a fim de evidenciar a evolução jurisprudencial do STF, faz citação de um caso julgado em 17/03/05 (em sede de Recurso Extraordinário de número 413.782/SC), que é sobre um conflito entre lei estadual a qual proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, na situação de o contribuinte encontrar-se em débito para com o fisco, ao sujeitá-lo ao requerimento de expedição deste documento avulso, e o direito fundamental ao exercício da atividade comercial. A ementa do referido julgado dispõe que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGISLAÇÃO LOCAL.

A apreciação do recurso extraordinário faz-se considerada a Constituição Federal, descabendo interpretar normas locais visando a concluir pelo enquadramento no permissivo do inciso III do artigo 102 da Carta da República. TRIBUTO – FISCALIZAÇÃO – REGIME ESPECIAL – “SANÇÃO POLÍTICA” – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo.

RE 787241 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL.

A situação iniciou um debate acerca da possibilidade constitucional de o Poder Público estabelecer restrições, mesmo que embasadas em lei, com objetivo de obrigar o contribuinte inadimplente a pagar o tributo, impossibilitando o exercício da atividade econômica pela empresa devedora. O voto do relator foi em declarar que inciso IV do artigo 19 do Decreto nº 3.017/89 do Estado de Santa Catarina era inconstitucional, o que gerou a regulamentação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Aponta-se também, atualmente, o parâmetro que STF utiliza para a solução de tal conflito - além do princípio da proporcionalidade, também faz uso do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser essa a norteadora de todo o ordenamento jurídico pátrio. Eis um exemplo de um julgado o qual a Suprema Corte menciona tal princípio:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à honra e à dignidade humana, uma vez que estes princípios se originam de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta Magna de 1988 (fl. 288). (...)

Colisão entre direitos fundamentais, que se resolve, em cada caso, pelo método da ponderação concreta de valores. Magistério da doutrina. O exercício abusivo da liberdade de informar, de que resulte injusto gravame ao patrimônio moral/material e à dignidade da pessoa lesada, (...).

STF - AI: 763043 MT, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/09/2009. Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07/10/2009 PUBLIC 08/10/2009.

Nota-se, portanto, ao longo da história da Corte Suprema que para a mesma solucionar de forma justa esses tipos de conflitos vale-se do princípio implícito constitucionalmente da proporcionalidade, e o da dignidade da pessoa humana, resultando em um sacrifício mínimo de um dos princípios fundamentais.

5 ANÁLISE SOBRE O CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.742

O caso que gerou o dissídio, ao ponto de chegar ao Supremo Tribunal Federal para que este fizesse a análise e decidisse sobre ele, é de grande relevância para o nosso mundo jurídico, pois se trata de Recurso Extraordinário interposto pela União a qual recorre de acórdão proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima, a qual havia condenado o Estado do Amazonas em conjunto com o Município de Manaus e a União a viabilizarem aos pacientes tratamentos alternativos de maneira que a liberdade religiosa desses pacientes (Testemunha de Jeová) seja respeitada, isto é, que eles sejam submetidos a outro tipo de tratamento que não se faça por meio da transfusão sanguínea, já que aqueles não estão disponíveis na rede pública de saúde do Estado.

Contudo, antes de adentrar no cerne da análise, torna-se necessário, para melhor compreensão da lide e da decisão do Supremo, temas que permeiam a Medicina e o seu Código de Ética.

5.1 O avanço das ciências médicas

Após vários anos, observando a natureza dos animais, os estudiosos foram descobrindo novas técnicas, novos aparelhos cirúrgicos e também meios para aliviar as dores nos procedimentos cirúrgicos. Averiguou-se que através do Óxido Nitroso, segundo Gordon (2015, p. 127), tal meio de aliviar as dores poderia ser útil em operações cirúrgicas, dessa forma aduz que “Se um homem estivesse imobilizado, poderia se submeter a uma cirurgia sem sentir dor”. Mais adiante, Gordon (2015, p. 131) informa que em 21 de dezembro de 1846, foi realizada a primeira cirurgia sob os efeitos de anestesia, onde fora amputada uma perna de um paciente num período equivalente a dois minutos e meio de procedimento cirúrgico. Tal procedimento conquistou a mídia tendo sido amplamente difundido na sociedade. Após estas descobertas, a Medicina foi melhorando cada vez mais suas técnicas cirúrgicas e seus meios de utilizá-las. Vale ressaltar que aproximadamente, em 2000 a.C., os chineses já detinham conhecimentos acerca de produtos naturais que induziam ao sono, fabricados com pó de jasmim e rododendro.

Com a intervenção da religião nos procedimentos transfusionais, houve a necessidade de se procurar outras técnicas que pudessem substituir o procedimento

pelos mais diversos, tais como, de se contrair outras doenças e outros. Uma das alternativas sugeridas pela ciência foi a Hemodiluição (PISCIOTO, 1999). Tal procedimento é realizado nos procedimentos cirúrgicos que possam acarretar grande perda de sangue, aumentando, assim, o risco de queda da pressão arterial.

Na hemodiluição o próprio paciente é quem doa e recebe o seu próprio sangue. A principal vantagem deste procedimento é que o próprio paciente estaria livre de contrair doenças, tais como a AIDS, Hepatite, Malária, dentre outras doenças infectocontagiosas haja vista que o mesmo receberia seu próprio sangue. Tal procedimento alternativo foi introduzido no ano de 1972, por Messmer. Na realidade é uma prática antiga que deixou de ser aplicada, talvez por falta de interesse dos profissionais de Medicina ou mesmo, pelo fato de os bancos de sangue terem dificultado a expansão desta técnica (PISCIOTO, 1999). Acredita-se que por ser um procedimento simples, de fácil execução, baixo custo e sem riscos de transmissão de doenças veiculadas pelo sangue, no futuro possa ser utilizado de forma mais constante no sistema de saúde.

No mesmo contexto, Piscoto (1999, p. 156) adiciona que:

Um outro procedimento utilizado pelos médicos se dá através dos expansores plasmáticos, onde, a partir do plasma pode-se extrair a Albumina, uma proteína plasmática que é sintetizada no fígado e que é obtida a partir da doação de sangue, capaz de promover um aumento do volume plasmático no organismo.

Com o passar dos anos, a ciência foi adquirindo novos conhecimentos e melhorando sua técnica de transfusão de sangue. No procedimento de autotransfusão o paciente retira seu próprio sangue para ser utilizado por ele mesmo num procedimento cirúrgico futuro. Ocorre que em alguns casos, tal procedimento se torna inviável, por exemplo, em situações em que não dá para prever uma necessidade de cirurgia, como ocorre em acidentes automobilísticos.

Para regulamentar tal procedimento transfusivo a Anvisa regulamentou em 2013, a Portaria N° 2.712, de 12 de novembro de 2013, em seu artigo 37, § 2º, dispondo que:

Artigo 37: A frequência máxima admitida é de 4 (quatro) doações anuais para o homem e 3 (três) doações anuais para as mulheres, exceto em cirurgias especiais, que devem ser avaliadas e aprovadas pelo responsável técnico do serviço de hemoterapia.
(...)

§ 2º – Em caso de doador autólogo, a frequência e o intervalo entre as doações devem ser programados de acordo com o protocolo aprovado pelo responsável técnico do serviço de hemoterapia.

A religião, mais precisamente, Testemunhas de Jeová, também contribuiu efetivamente para que houvesse uma procura de novas técnicas que substituísse a transfusão de sangue, pois seus seguidores vinham se recusando em receber sangue de outras pessoas se baseando em algumas passagens bíblicas.

5.1.1 O Código de Ética da Medicina

Como visto anteriormente, houve a necessidade de se buscar uma regulamentação nas pesquisas médicas, pois os estudos relacionados com a Medicina estavam evoluindo consideravelmente em relação aos mais diversos tipos de procedimentos. O primeiro documento que buscou estabelecer algum parâmetro para a Ética Médica que se tem notícia está num antigo manuscrito indiano, o Ayurveda (TEIXEIRA, 2000). Posteriormente, no fim do século 16 a.C., tem-se que o próprio Código de Hamurabe estabeleceu severas punições pelos maus serviços prestados pelos médicos, como também, o pagamento pelos bons serviços dos mesmos (TEIXEIRA, 2000).

O Código de Ética Médica, que entrou em vigor em 23 de abril de 2010, traz determinações legais no sentido de que o médico possa pautar sua conduta no exercício da profissão, tratando desde seus direitos, versando também sobre a responsabilidade do mesmo, e sua relação para com seus pacientes, dentre outros assuntos. O novo Código traz por sua vez, algumas novidades como, por exemplo, a questão dos cuidados paliativos e também a autonomia de vontade do paciente.

No capítulo da “Relação com Pacientes e Familiares”, trata o Código de Ética Médica de uma série de deveres e obrigações a que estão sujeitos os médicos no exercício de suas atividades profissionais, e cujo descumprimento configura infração aos postulados ético-morais da profissão. Além dessa exigência de conduta, no que diz respeito à postura do médico no exercício da Medicina, exigem-se dele também outros deveres, como o de informar, de colocar à disposição do paciente e da sociedade os recursos disponíveis, de dar acessos à documentação médica, de tratar o paciente qualquer que seja o prognóstico e de não abandonar seu assistido.

O sentido dessa relação, que França (2019, p. 85) classifica como mais íntima e mais responsável do médico com os pacientes e seus familiares, tem o propósito de democratizar o tratamento e fazer dessa interação uma convivência mais participativa, transparente e respeitosa. Essa consideração que se deve a eles faz parte das conquistas inalienáveis da cidadania e dos princípios consagrados na luta pelos direitos humanos.

Assim, a relação médico-paciente-familiares deve ser sempre no sentido do respeito recíproco e na indispensável cordialidade que se exige em qualquer forma de exercício profissional (FRANÇA, 2019, p. 102). Muitos desses deveres são cobrados na Constituição da República Federativa do Brasil, entre eles o direito à informação, consagrado pelo instituto do habeas data, em que todo cidadão tem assegurado o acesso aos registros a seu respeito.

No momento em que essa relação torna-se desrespeitosa e trágica, golpeia-se a urbanidade, criam-se cidadãos de terceira categoria e subverte-se o Estado de Direito. Essa é uma forma de humilhação que depõe contra todos e nos compromete como pessoas.

Complementando a ideia do autor mencionado, Teixeira (2000, p. 508) esclarece que:

Outro dado importante é que o paciente e seus familiares começam a entender que a Medicina, pelo seu alto envolvimento tecnológico, passou a criar riscos. Não existe médico, por menos experiente que seja, ou paciente, por mais ingênuo que possa parecer, que não estejam cientes do risco gerado na relação profissional quando se cuida da saúde de uma pessoa. Este é o preço que vêm pagando todos pelos mais espetaculares e prodigiosos avanços que a tecnologia tem emprestado à medicina. É o tributo que pagam todas as comunidades beneficiadas pela civilização hodierna. Chegar-se-á, creia-se ou não, a uma verdadeira tecnologia de catástrofe, a rapidez alucinante dos transportes, o uso indiscriminado de algumas modalidades de energia e o emprego assustador das substâncias nocivas, possibilitando, assim, a oportunidade das grandes tragédias.

A ideia geral é a de que todo ato médico representa uma aliança de uma consciência e de uma confiança. Isso não quer dizer que, pelo fato de o paciente confiar, venha o médico a fazer tudo o que ele admite poder realizar, mesmo supondo estar agindo em favor do paciente (paternalismo). É falso também dizer-se que “devemos fazer aquilo que gostaríamos que nos fizessem”, pois isso é impor às outras pessoas os gostos de outras. O paciente, salvo nos casos de comprovada iminência

de morte, pode decidir não aceitar certas práticas propedêuticas ou terapêuticas, e o médico terá de respeitar essa decisão (princípio da autonomia).

Assim, para que tenha validade a aceitação de uma prática diagnóstica ou de uma forma de tratamento, deve o paciente ter informações em linguagem simples e acessível sobre riscos, vantagens e desvantagens, a fim de configurar-se um consentimento livre e esclarecido (princípio da informação adequada).

Entretanto, ainda que se diga ser o princípio da autonomia o mais importante e mais fundamental na estrutura da dignidade humana, não se pode dizer que ele seja absoluto e capaz de por si só resolver todos os dilemas éticos verificados no decorrer da relação profissional, pois nem sempre o paciente se encontra em condições psíquicas ou emocionais capazes de lhe permitir o entendimento de fatos à altura das suas necessidades, ora por não entendê-los, ora por lhe faltarem condições para decidir. Não é por outra razão que autores de peso, como Zarts (1999), defendem a denominação do princípio de permissão como o modelo de considerar as escolhas individuais. Isso nada tem a ver com um regresso à época do paternalismo médico intransigente (*hard paternalism*), nem uma abdicação do que representa a dignidade e a cidadania. Essa abordagem casuística não exclui a importância que se deve à introdução da assimilação principialista aos problemas de bioética.

No exercício da profissão, o médico deverá exercer com autonomia o seu trabalho, não estando, por assim dizer, atrelado obrigatoriamente a decisão do seu paciente, senão vejamos o que nos informa o Capítulo II, inciso VIII, do Código de Ética Médica que trata dos direitos do médico:

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

Trata-se de um assunto polêmico no que tange à responsabilização do médico, haja vista que a lei infraconstitucional lhe autoriza agir dentro do seu entendimento em relação à melhor forma de como proceder num caso concreto, entretanto, a mesma lei estabelece que o mesmo deverá agir dentro do que é decidido pelo seu paciente, conforme consta no artigo 41 do mesmo Código, que trata da vedação do exercício do médico, veja-se:

Art. 41 - Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e

terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Contudo, poderá o profissional da Medicina renunciar um tratamento em seu paciente, neste caso, deverá alegar que, por impossibilidade de relacionamento, tal fato pode interferir no seu desempenho profissional. Dessa forma, o mesmo deverá comunicar expressamente o seu paciente ou o seu representante legal tal renúncia e prestar as informações necessárias ao outro profissional que por ventura assumirá a responsabilidade em relação ao paciente.

Conforme ensina Gordon (2015, p. 223), até o início do século XX, a relação entre médico e paciente era tida como uma relação familiar, onde o médico era tido como o pai e o paciente, por sua vez, o filho. Antes o médico tinha uma autonomia maior, no sentido de se buscar uma determinada forma de procedimento para a cura de uma enfermidade. Por fim, com o passar dos anos e a partir de sentenças judiciais, percebeu-se que os pacientes, seriam pessoas capazes e que poderiam decidir a partir da sua autonomia de vontade, enquanto sujeito capaz de assumir obrigações.

Percebe-se que atualmente, com o advento do avanço da tecnologia e das informações as relações entre as pessoas não ocorrem como outrora, pois a sociedade, apesar de ter uma maior proximidade no que diz respeito à velocidade das informações virtuais, vem ocorrendo um distanciamento entre as pessoas. Assim, no tocante a relação entre o médico e seu paciente, verificamos que a globalização dos procedimentos da saúde, ocasiona o distanciamento entre as pessoas, pois a comunicação vem perdendo a sua essência. Acredita-se que a relação entre aquele médico que acompanhava pessoalmente uma determinada família, era muito mais eficaz, pois este tinha um entendimento muito mais efetivo de toda uma conjuntura sociocultural daquela linhagem, podendo, dessa forma, detectar possíveis anomalias fisiológicas a partir de informações pessoais.

O Código de Ética da Medicina informa que o profissional deverá acompanhar seu paciente em todos os seus aspectos, enquanto perdurarem os cuidados. Veja-se o que ensina o artigo 36 e seus parágrafos, a respeito da relação entre o médico e seu paciente, quando dos procedimentos da prestação de serviços da saúde:

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

(...)

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Busca-se dessa forma orientar o profissional, de forma a expor uma ideia de se buscar o bom relacionamento entre o mesmo e o seu paciente, no sentido de se auferir uma maior credibilidade entre ambos. Entretanto, condiciona-se também, a possibilidade de se legitimar uma possível desistência do profissional quando da impossibilidade de o mesmo permanecer com seu paciente nos casos em que possa ocorrer um conflito de interesses.

5.2 O Recurso Extraordinário 979.742

A Turma Recursal entendeu que os três entes federativos têm a responsabilidade/dever de custear uma cirurgia de artroplastia total primária cerâmica sem transfusão de sangue, em hospital público ou particular de outros Estados. A decisão ainda ordena que a Administração Pública deve oferecer cobertura assistencial integral (além do procedimento, consultas, rotinas médicas e medicamentos) para que os pacientes tenham uma recuperação completa de sua saúde, além de ter que arcar com os custos, ao paciente e a um acompanhante, de passagens aéreas, traslados, hospedagem, alimentação realização integral do seu tratamento.

A fundamentação utilizada no acórdão está no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, em que o Poder Público deve garantir o direito à saúde de forma compatível com as crenças religiosas do cidadão, “uma vez que não basta garantir a sua sobrevivência, mas uma existência digna, com respeito às crenças de cada um”.

Sobre o recurso impetrado no STF, a União alega que o deferimento do pedido de custeio de tratamento médico fará com que haja uma preferência do recorrido em relação aos demais pacientes, afrontando o princípio da isonomia. Argumenta, também, que tal acórdão viola o princípio da razoabilidade, pois qualquer

procedimento cirúrgico existe a possibilidade de ter complicações e, por alguma eventualidade, ser exigida a transfusão de sangue.

Diante disso, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal resolveu atribuir o efeito *erga omnes*, isto é, repercussão geral na seguinte decisão:

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. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Repercussão geral em RE n.º 979.742 – AM (GRIFO NOSSO).

Esse recurso ainda não fora julgado pela Suprema Corte Brasileira até o presente momento, mas há uma grande expectativa de sua decisão, uma vez que o caso envolve a Associação das Igrejas das Testemunhas de Jeová e os Entes Federativos, e o acórdão sobre o mesmo repercutirá em relação as demais situações semelhantes que porventura venham ocorrer. Enquanto isso, far-se-á uma breve análise sob o olhar da regra da hermenêutica constitucional.

5.2.1 A afronta ao princípio da isonomia no prisma da técnica da ponderação

O caso retratado no RE 979742 é muito emblemático, pois além de envolver a colisão de direitos fundamentais entre a vida e a liberdade religiosa, observa-se certa afronta ao princípio constitucional da isonomia. E foi justamente este último que a União enfocou no recurso, pois, como já mencionado, alegara que com a medida provida pela Turma Recursal, dar-se-á preferência aos pacientes que professam tal crença religiosa a aqueles que não são Testemunhas de Jeová, sendo considerada, dessa forma, desproporcional e sem razoabilidade.

Face às alegações feitas pela União, pergunta-se: de que forma isso atinge a isonomia? Será mesmo desproporcional a medida imposta pela Turma Recursal aos Entes Federativos?

Sobre os princípios, podemos conceituar como sendo verdades fundamentais que dão suporte ou mesmo a salvaguarda de segurança/firmeza a um conjunto de juízos. Além disto, devemos considerar esses postulados como bases de cânones dogmáticos que conduzem a aplicabilidade das normas, ao orientarem sobre as quais atuarão (ROTHENBURG, 2018).

Em relação ao Princípio da Isonomia, esse é o postulado que garante a igualdade entre todos os indivíduos, sem fazer alguma distinção de qualquer característica particular ou de algo que diferencie um indivíduo dos outros. Nesse contexto, a Carta Constitucional Brasileira, dispõe, em seu artigo 5º que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A concepção desse princípio se divide em duas esferas: igualdade formal e igualdade material. Segundo D'Oliveira (2017, p. 770),

(...) igualdade formal, deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, devendo ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classes, como igualdade diante dos administradores e dos juízes.

Já a igualdade material é o meio (instrumento) pelo qual se concretiza a igualdade em sentido formal, ao fazer com que a letra fria da lei se torne viável no mundo prático (D'OLIVEIRA, 2017). Dessa forma, necessita de uma atuação positiva dos Entes Federativos para que assegurem no plano concreto um tratamento de forma equânime a todos.

No caso *sub judice*, o tratamento buscado pelo paciente, e deferido no primeiro grau e na Turma Recursal, é bem diferenciado dos demais, uma vez que, o mesmo por professar a religião Testemunha de Jeová, e, por conseguinte, se recusar a ser submetido à transfusão de sangue, todos os Entes são obrigados a arcar com as despesas do procedimento (a ser realizado no recorrido) em hospital ou clínica

particular. Ou seja, um tratamento desigual em relação aos que não creem na religião mencionada, o que afronta o princípio da isonomia.

Vale recordar no capítulo anterior que a colisão entre direitos fundamentais consiste na afronta de direitos protegidos pela atual Constituição, mas que não se prevalecem, e para solucionar esse conflito de normas constitucionais, deve-se utilizar a técnica da ponderação, observando-se o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, e a aplicação do princípio basilar da Constituição de 1988, o da dignidade da pessoa humana, e, assim, decidir a norma que vai prevalecer.

Ainda que o tratamento despendido pela Justiça seja desigual, não chega ser um tanto ou demasiadamente desproporcional, porque se buscou fazer um sacrifício mínimo de normas a fim de se garantir a dignidade da pessoa do paciente ao se respeitar a sua fé, e ao mesmo tempo assegurar a sua saúde/vida por meio do tratamento almejado. E aqui se ressalta que este caso só gerou toda essa celeuma jurídica devido à omissão dos Entes que não deram (e não dão) uma boa atenção na rede de saúde pública (o famoso SUS) a esses tipos de pacientes que se veem na necessidade de recorrerem à justiça para valerem o seu direito a saúde, respeitando ao mesmo tempo a religião. Ou seja, nota-se a ausência de tratamento equânime (diga-se, isonomia material) do Poder Público com todos os cidadãos em relação à saúde, ficando apenas a letra da letra fria da lei com pouca ou quase eficácia, por não a colocar em prática.

Logo, esperamos que a decisão (o acórdão) do Supremo Tribunal Federal seja ponderada, proporcional e razoável, e garanta a dignidade da pessoa humana do paciente de tal religião.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi tratado primeiramente, viu-se que os direitos fundamentais são muito importantes, por serem conquistas da sociedade ao longo do tempo, formam as bases da nossa democracia, e estão interligados ao princípio fundamental do nosso ordenamento, o da dignidade da pessoa humana. Assim, observou-se a evolução e as dimensões em que cada um se originou. E sobre o tema, abordou-se o direito a liberdade religiosa, sendo assegurada desde a constituição de 1891 a crença e o culto, sendo que o Estado não pode interferi-lo, pois, afinal, faz parte do ser humano a necessidade da busca por algo que está além desse mundo físico. E assim, em relação à temática, dedicou-se a doutrina das Testemunhas de Jeová, que, segundo a sua crença, não é permitido a transfusão de sangue aos seguidores.

Posteriormente falou-se do direito a vida, sendo essa um bem maior do ponto de vista social e jurídico, devendo o Estado garanti-la a todo custo, e principalmente de forma digna. É a partir desse direito que os outros são garantidos, já que em não se tendo vida, não há o que se falar dos demais. Pela sua relevância, pune-se penalmente quem atenta contra a mesma. Sendo assim, também observamos a questão da eutanásia, distanásia e ortotanásia – a primeira não sendo aceita, ao ser responsabilizado quem pratica pelo crime de homicídio; a segunda não é aceita pelo Código de Ética Médica; e a última sendo vista como uma conduta boa eticamente.

A propósito da conduta médica sobre como proceder na situação de realizar a transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová, não cabe ao mesmo realizar julgamento se é certo ou errado fazer o tratamento, visto que a lei já ditam (dão respaldo, no Código de Ética Médica e o Código Penal) a situação de sê-lo feito – em iminente risco de vida. Hoje há vários tratamentos que podem substituir aquele e assim assegurar a saúde e a vida desse paciente, respeitando a sua autonomia, o seu pensamento religioso e sua dignidade.

Ressalva-se o caso de ser legítimo ou não ser feito tal procedimento em Testemunhas de Jeová, sendo essas menores de idade ou inconscientes – quando esses estiverem em iminente risco de vida, independente da vontade dos familiares e da religião, deve-se realizar, pois a missão do médico é a de resguardar a vida de seu paciente.

A respeito de o operador do direito solucionar o conflito entre os direitos fundamentais, atentar-se-á para as regras e princípios fundamentais da hermenêutica, com destaque ao princípio da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana para uma eficaz resolução. Sendo assim, sobre a colisão entre o direito a vida e a liberdade religiosa no caso da transfusão de sangue em praticantes da crença das Testemunhas de Jeová, levar-se-á em conta a situação de o paciente estiver na iminência de risco de vida, devendo dar prevalência ao direito a vida, e não ocorrendo, deverá ser a liberdade religiosa respeitada.

Fez-se também uma breve análise do caso do Recurso Extraordinário (RE) 979742, em que falamos sobre a situação que deu ensejo ao recurso, e foi levantado o questionamento se o acórdão da Turma Recursal afronta a isonomia, e se é desproporcional e sem razoabilidade. Chegou-se a conclusão que fere o preceito da igualdade, mas não chega a ser muito desproporcional, por se fazer um sacrifício mínimo de normas, ao dar-se a dignidade da pessoa do paciente com respeito a sua fé, e ao mesmo tempo assegura a sua saúde/vida através do tratamento pleiteado.

A autora, em sua pesquisa revisada, mudou seu ponto de vista, que antes era totalmente favorável à prevalência do direito à vida, por considerar essa o início e o fim do direito, e a liberdade possui o dever de satisfazer e não de ir contra a mesma. Porém agora a mesma leva em consideração a situação fática para a aplicação de uma norma em detrimento de outra, ou a vida ou a liberdade religiosa, ainda mais que não se podem esquecer os valores intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana, devendo-se respeitar a liberdade, já que é uma maneira de garantir a dignidade da pessoa do paciente, Testemunha de Jeová.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA. **Trechos diversos**. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2018.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Portaria no 2.712/2013**. O regulamento técnico de que trata esta Portaria tem o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no País, de acordo com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue. Disponível em: https://www.segurancadopaciente.com.br/central_conteudo/portaria-no-2712-de-2013/. Acesso em: 22 nov. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4. ed. São Paulo: Editora Coimbra, 2007.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33100-41716-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

CELLA, Wilsandrei. **A história da medicina**. 2017. Disponível em: <http://www.historiadamedicina.med.br/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.246/88. Rio de Janeiro: Ideia & Produções, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Parecer Processo CFM nº 21/80**. Resolução CFM nº 1.021/80. Rio de Janeiro: Ideia & Produções, 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2016.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve análise do princípio da isonomia**. 2017. Disponível em: http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIGUEIREDO, Sylvia de Castro. **A Interpretação Constitucional e o princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: Editora RCS, 2015.

FIRMINO, Pedro Paulo. **Grécia e Roma: repensando a história**. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

FISCHER, Gary. **Cristo versus Confusão Religiosa**. 2014. Disponível em: <http://www.cacp.org.br/cristo-versus-confusao-religiosa/>. 15 out. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2019.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecher. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Intersaberes, 2012.

GORDON, Richard. **A Assustadora História da Medicina**. 6. Ed. São Paulo: Editora Prestígio, 2015.

HÁCK, Érico. **Direito Constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos**. Curitiba: Intersaberes, 2017. <http://www.estudosdabiblia.net/d18.htm>. Acesso em: 1 dez. 2019.

MARTINS, Fernando Batistuzo Gurgel; MARTA, Taís Nader. **Direitos fundamentais: marcos históricos**. 2010. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/595/868. Acesso em: 29 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2016.

PISCIOTO, Patrícia. **Terapêutica Transfusional**: Manual para Médicos. Rio de Janeiro: Editora Âmbito, 1999.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Direito a vida. 2018. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva**: O Princípio da Isonomia. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em: 1 nov. 2019.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988**. 2018. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7101. Acesso em: 10 nov. 2019.

SIMAN, Felipe Valente. **Recusa de transfusão de sangue e direito da personalidade sob a perspectiva civil-constitucional**. 2019. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7032. Acesso em: 1 out. 2019.

SOUSA, Carlos Augusto. **As Histórias das Testemunhas de Jeová**. 2018. Disponível em: <http://carm.org/languages/portuguese/hist%C3%B3ria-das-testemunhas-de-jeov%C3%A1>. Acesso em: 30 nov. 2019.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito e Medicina**: Aspectos Jurídicos da Medicina. Rio de Janeiro: Editora Del Rey, 2000.

STF, Supremo Tribunal Federal. **AI: 763043 MT**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/PORTAL/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=153&dataPublicacao=10/08/2006&incidente=2204403&capitulo=6&codigoMateria=3&numeroMateria=108&texto=1612708>. Acesso em: 1 out. 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **RE 787241 AgR /RS**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816024>. Acesso em: 10 out. 2019.

STF, Supremo Tribunal Federal. **RE 979742/AM.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312131513&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

TJ-DF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento nº 45003620068070000.** Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4248609/agravo-de-instrumento-ai-20060020045004>. Acesso em: 1 nov. 2019.

TJ-RJ, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229.** Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417145973/agravo-de-instrumento-ai-98131320048190000-rio-de-janeiro-meier-regional-3-vara-civel?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 nov. 2019.

TJ-RJ, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 0007768-02.** Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/transfusao_sangue1.pdf. Acesso em: 1 dez. 2019.

TJ-RJ, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 70020868162.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>. Acesso em: 10 dez. 2019.

TJ-RS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Cautelar nº 0007768-02.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs?ref=feed>. Acesso em: 20 dez 2019.

TJ-RS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70058469362.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117929789/agravo-de-instrumento-ai-70058469362-rs?ref=serp>. Acesso em: 31 out. 2019.

TJ-RS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70061159398.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157526/apelacao-civel-ac-70061159398-rs>. Acesso em: 28 out. 2019.

TRF 4, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6.** Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155>. Acesso em: 1 nov. 2019.

TOKARSKI, Mariane Cristine. **Liberdade e vida**: a recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7711>. Acesso em: 23 dez. 2019.

ZATZ, Isaías. **Transfusão de Sangue**. 3. Ed. São Paulo: Livraria Editora Artes Médicas, 1999.