



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
MONOGRAFIA JURÍDICA**

TIAGO CRUZ DE MENEZES

**TRANSFUSÃO DE SANGUE: FACULDADE OU IMPOSIÇÃO
CONFERIDA AO PACIENTE? UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E
BIOÉTICA.**

FORTALEZA

2008

TIAGO CRUZ DE MENEZES

**TRANSFUSÃO DE SANGUE: FACULDADE OU IMPOSIÇÃO
CONFERIDA AO PACIENTE? UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E
BIOÉTICA.**

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.
Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

FORTALEZA

2008

A meus pais, por representarem peças fundamentais em todas as minhas conquistas, e à Jeová Deus, por proporcionar-me a força necessária para nunca desistir.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Flávio José Moreira Gonçalves, por ter aceito orientar-me, indicando-me valiosas fontes de pesquisa.

A minha irmã, professora Léia Cruz de Menezes, por realizar a correção do texto deste trabalho segundo os padrões da gramática normativa da língua portuguesa.

A minha amiga, professora Joyce Ferreira de Melo, pelos relevantes incentivos para a escolha do tema objeto de exposição.

Aos professores Glauco Barreira Magalhães Filho e Raimundo Bezerra Falcão, por aceitarem compor a banca examinadora desta monografia.

“Apesar de acreditarmos freqüentemente que alguém cometeu um erro ao avaliar quais são seus interesses, a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, nós é que erramos ao pensar assim”.

Ronald Dworkin

RESUMO

A pesquisa relata o conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, evidenciado na recusa de pacientes, geralmente identificados como Testemunhas de Jeová, em receber transfusão de sangue em qualquer circunstância. Esses pacientes desejam ser tratados com métodos alternativos às transfusões de sangue, de forma que não transgridam as suas crenças religiosas. Procura-se elucidar, mediante métodos clássicos de interpretação, bem como através de técnicas de interpretação especificamente constitucional, se o posicionamento dos referidos pacientes deve ser respeitado e garantido pelo ordenamento jurídico vigente. O conceito de saúde é abordado, destacando-se seu aspecto mental e psicológico, bem como sua relação com a dignidade da pessoa humana, idéia que norteia toda a interpretação da questão sob análise. Os princípios bioéticos da autonomia, beneficência e justiça também são analisados dentro da relação médico-paciente.

Palavras-chave: Transfusão de sangue. Liberdade religiosa. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia.

ABSTRACT

The research presents the conflict between the essential rights to the life and the religious freedom, evidenced on patient's refuse to blood transfusions in any circumstances. These patients, usually Jehovah's Witnesses, are willing to be treated with alternative methods, though. By doing so, they wouldn't violate their religious beliefs. Based on interpretation classic methods, as well as constitutional based ones, this research tries to elucidate whether the position of the mentioned patients should be respected and guaranteed by the effective legal ornament. The concept of health is discussed, highlighting its mental and psychological aspect, and its relationship with human being dignity, idea that guides the whole interpretation of the issue under analysis. The bioethic principles of autonomy, hypocratic oath and justice are also analyzed in the doctor-patient relationship.

Keywords: Blood Transfusion. Religious freedom. Right to life. Human being dignity. Autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O ESTADO E A LIBERDADE RELIGIOSA	9
3 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI SUPREMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	12
3.1 O Fenômeno da Normatividade e da Constitucionalização dos Princípios Fundamentais	13
4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	17
4.1 Métodos Clássicos de Interpretação	18
4.1.1 Métodos Gramatical e Sistemático - Direito à Vida e Livre Disponibilidade ...	18
4.1.2 Métodos Histórico e Teleológico.....	22
4.2. Interpretação Especificamente Constitucional	24
4.2.1 O Princípio da Proporcionalidade e seus Subprincípios.....	25
4.3 Liberdade de Consciência e de Crença	29
4.4 Liberdade de Culto	31
5. CONCEITO DE SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
5.1 O Direito Individual à Saúde e a Disponibilidade de Métodos Alternativos à Transfusão de Sangue	36
6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA APLICÁVEIS AO CASO	41
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
8 REFERÊNCIAS	50
ANEXO	53

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um dos valores mais significativos do ser humano. Somente através dela, torna-se possível atingir as consecuições pessoais. O termo *liberdade* é plurissignificativo, sendo possível defini-lo como a faculdade que cada pessoa possui de agir segundo sua própria determinação. No âmbito social e jurídico, pode-se conceituá-lo como sendo o poder de ação de cada pessoa, desde que respeitados os limites impostos pela lei. Também é possível concebê-lo como a faculdade de fazer tudo aquilo que está no campo da licitude, isto é, que não é proibido em lei.

Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade compõe o núcleo do ordenamento jurídico, desdobrando-se, dentre outras acepções, em liberdade de locomoção, de pensamento, de associação, de expressão, comunicação, consciência e crença. É a esta última que este trabalho dará um maior enfoque, mais especificamente na crença religiosa.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput* e incisos VI, VIII e X, garante a inviolabilidade da vida, da liberdade religiosa, da intimidade e da vida privada. Veremos, na exposição que se seguirá, o aparente conflito existente entre os direitos fundamentais mencionados, conflito este decorrente da recusa de pacientes, geralmente identificados por sua denominação religiosa, a saber: Testemunhas de Jeová, em aceitar transfusões de sangue por motivos de crenças religiosas.

Será feita uma análise constitucional e bioética da questão em epígrafe, envolvendo o direito à saúde, suas características e repercussões. Enfatize-se que o tema é delicado, pois tem sido alvo de acirradas discussões no campo médico e jurídico. Apesar de a presente questão envolver três áreas do conhecimento: Direito, Medicina e Religião; ressalte-se que esta monografia se concentra, essencialmente, em argumentações jurídicas. Esperamos contribuir para uma melhor compreensão, bem como suscitar discussões acadêmicas sobre tão relevante tema.

2 O ESTADO E A LIBERDADE RELIGIOSA

O conflito entre deveres religiosos e comandos estatais é registrado desde a Antigüidade, podendo ser visto como uma das primeiras antinomias jurídicas relatadas na história. A Bíblia relata exemplos do embate em questão, sendo um deles registrado no livro de Daniel 6:1-28. O relato situa-se no período entre 607 a.C a 537 a.C, época em que a nação de Israel encontrava-se cativa em Babilônia. Ocorreu que o rei Dario emitiu um estatuto, estabelecendo a proibição de qualquer jurisdicionado fazer petições a algum deus ou homem que não fosse o próprio rei, sendo o infrator lançado numa cova de leões. Entretanto, apesar desta norma estatal, o judeu Daniel continuou a orar, como era seu costume, com as janelas do seu quarto abertas, para o Deus Jeová¹. Assim que foi descoberto, Daniel sofreu a sanção preconizada no estatuto, sendo, entretanto, milagrosamente salvo por seu Deus, segundo o relato.

Um dos maiores dramaturgos clássicos, Sófocles, abordou também essa espécie de conflito na sua peça teatral *Antígona*, apresentada pela primeira vez provavelmente em meados de 441 a.C. A história passa na cidade de Tebas e retrata a batalha dos sucessores do trono de Édipo, isto é, os irmãos Polinices e Etéocles. O rei Etéocles, por não ter cumprido sua promessa de revezamento anual do trono com Polinices, sofreu deste um ataque armado, que culminou na morte simultânea de ambos. Dessa forma, o tio dos falecidos, Creonte, assumiu o trono e realizou o enterro de Etéocles com as honrarias tradicionais. Entretanto, através de um decreto, o rei proibiu qualquer cidadão tebano de sepultar ou chorar o corpo de Polinices. Na época, o principal aspecto da religião consistia no culto aos mortos. Segundo Fustel de Coulanges², o culto aos antepassados parece ser a origem do sentimento religioso, a mais antiga demonstração religiosa organizada entre os homens. Nesse contexto, *Antígona*, irmã de Polinices, desafia bravamente o rei Creonte, ao demonstrar a transcendência do direito familiar-religioso de sepultar os

¹ Jeová: Versão mais próxima na língua portuguesa do tetragrama hebraico original YHWH, o qual representa o nome de Deus descrito na Bíblia. Este nome é também traduzido como Iavé ou Javé.

² BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *Antígona: a mãe da individualização do Direito*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1308, 30 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9440>>. Acesso em: 20 de maio 2008.

parentes. Assim percebe-se claramente o conflito entre a liberdade de religião e a lei do Estado.

No início da era cristã, a história registra as perseguições movidas pelo Império Romano aos primeiros cristãos. Muitos pagaram com a vida pelo fato de observarem a lei de Deus, apesar dos editos dos Césares. Os cristãos pregavam o amor ao próximo, por isso eram totalmente opostos à escravidão, sendo que esta representava a essência da mão-de-obra do Império Romano. O cristianismo também se opunha às guerras e, em decorrência disso, seus adeptos não prestavam serviço militar, enfraquecendo, assim, as fileiras combatentes romanas. Os cristãos adoravam a Deus e rejeitavam a adoração ao Imperador. Eles respeitavam as normas do César, mas no caso de conflito entre estas e as normas divinas, eles não hesitavam em obedecer às últimas. Em decorrência do exposto, a perseguição de Roma aos cristãos foi cruel e implacável. Acusados de subversão da ordem pública, inúmeros deles foram torturados, queimados vivos e dilacerados por feras em arenas públicas.

Durante a Idade Média o poder estatal e o da Igreja Católica estavam intimamente relacionados. Foi um período de ausência de qualquer liberdade religiosa, a Igreja perseguia e matava aqueles que ousassem discordar de suas normas ou dogmas. Após a reforma liderada por Lutero no século XVI, a liberdade religiosa ganha destaque no mundo ocidental. A divisão da Europa do Oeste entre católicos e protestantes provocou diversas perseguições, bem como as sangrentas guerras de religião, que tumultuaram o velho mundo por um século e meio.

Desses conflitos, iria resultar a reivindicação da liberdade em geral que cresce no século XVIII, culminando com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Entretanto, nesta famosa Declaração, a liberdade religiosa ficou praticamente reduzida à liberdade de opinião, aparecendo timidamente no art. 10: “Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”

No Brasil, no período colonial, não existia a liberdade religiosa. Com a proclamação da independência, a Constituição de 1824 estipulou a tolerância

religiosa em seu art. 179, §5º: “Ninguém poderá ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública”. Entretanto, a religião oficial do Estado brasileiro continuava sendo a Católica Apostólica Romana.

A Constituição de 1891 consagrou a liberdade religiosa no art. 72, §3º, que reza: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publicamente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. Enfatize-se que esta Carta Magna estabeleceu o Estado laico, separando religião e Estado, conforme o art. 11, §2º: “É vedado aos Estados, como à União: (...) §2º Estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;(...). Este princípio está presente em todas as demais constituições brasileiras: 1934, Art. 17, II; 1937, Art. 32, b; 1946, art. 31, II, 1967, art. 9º, II; 1969, Art. 9º, II; 1988, Art. 5º, VI.

Sabendo da elevação da liberdade religiosa ao status de norma constitucional e, mais ainda, a princípio fundamental na atual Carta Magna, qual o significado e a relevância disto? No próximo capítulo, analisaremos este aspecto.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI SUPREMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

As revoluções inglesas e francesa, de fins do século XVII e XVIII respectivamente, romperam politicamente com um modo de organização visto como irracional, decadente e opressor, baseado no absolutismo e na tradição, e estabeleceram a transição para uma nova forma de convívio estruturada sob a égide do Estado de Direito. Este buscou estabelecer a razão como padrão para todas as suas relações. Conforme afirma Rodolfo Viana Pereira:

A Constituição é, portanto, o símbolo dessa nova filosofia política e, como se verá, assumirá a forma escrita como exigência típica dessa nova perspectiva. Ela representa para o espírito entusiástico da época o auge da consagração do ideal de liberdade humana, conquistado paulatinamente, através dos tempos.³

A Constituição passou a traduzir a certeza, a segurança e a previsibilidade no uso do poder do Estado em face do respeito pela dignidade humana. A Constituição traduz a idéia de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, tal hierarquia inerente ao espírito do Estado Constitucional constitui um critério de resolução de conflitos.

No entanto, essa idéia hierárquica da Constituição, surgida com o advento do Estado Liberal, não foi recepcionada uniformemente na América e na Europa, devido a diferenças culturais e políticas entre o Novo e o Velho Mundo. Nos Estados Unidos da América, tal idéia foi absorvida gradativamente desde o advento da Constituição de 1787 através do “*judicial review of legislation*”. Segundo este método, o Poder Judiciário, ao exercer a atividade interpretativa das leis, teria de avaliar a compatibilidade destas com a Constituição. Rodolfo Viana Pereira, citando José Acosta Sánchez faz a seguinte afirmação: “*De la 'judicial review of legislation' se há dicho que es piedra angular de toda la estructura constitucional de los Estados Unidos y la más original contribución del gênio americano a la ciência política.*”⁴

³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 89.

⁴ Idem, p. 93.

Na Europa, cujas origens do moderno constitucionalismo europeu têm inspiração na Revolução Francesa, percebe-se que a lei foi, por bastante tempo, considerada suprema, e não a Constituição. Tal se deveu ao medo de que a Constituição, advinda da Assembléia Constituinte, impusesse limitações ao Parlamento ou Poder Legislativo. A consagração de uma jurisdição constitucional na Europa ocorre com o surgimento dos sistemas de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Nesse aspecto, a nação europeia pioneira a criar um sistema de controle de constitucionalidade foi a Áustria, na sua Constituição de 1º de outubro de 1920.

A Constituição passou a ocupar o *locus* hermenêutico, sendo a lei suprema de um ordenamento. Além do exposto, o direito constitucional passou a compreender que as normas de uma Carta Magna não são todas iguais, isto é, não possuem a mesma relevância jurídica. Algumas normas, por seu espírito, significação e abrangência constituem verdadeiros alicerces da ordem jurídica nacional. Estas foram denominadas de **princípios fundamentais**.

O Artigo 5º de nossa Lei Maior elenca alguns desses princípios, estando a vida, a liberdade religiosa e a intimidade dentre eles. A questão que nos propomos a discutir envolve um conflito entre esses direitos fundamentais, qual seja, a recusa de um paciente de receber transfusão de sangue por motivos religiosos. Antes de nos determos na análise específica desse ponto, discorreremos brevemente sobre as diferentes acepções históricas do significado dos princípios fundamentais.

3.1 O Fenômeno da Normatividade e da Constitucionalização dos Princípios Fundamentais

Conforme já afirmado, os princípios fundamentais são os alicerces de uma ordem jurídica, são verdadeiras premissas a partir das quais todo o sistema se desenvolve. Mas nem sempre foi essa a concepção de princípios. Segundo Paulo Bonavides, em sua obra Curso de Direito Constitucional, a mais antiga concepção teórica acerca da natureza dos princípios é a jusnaturalista. De acordo com ela, os princípios tinham um valor transcendental, sendo apreendidos pela razão universal. Os princípios estavam inexoravelmente ligados a um ideal supremo de justiça,

constituindo “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”⁵. Por isso, representavam idéias abstratas e carentes de juridicidade. A formulação axiomática e onipresente dos princípios fundamentais acabou por conduzi-los a um estado de descrédito, transformando-os em idéias excessivamente genéricas, desprovidas de normatividade.

A segunda fase de concepção dos princípios foi a juspositivista. Esta desenvolveu-se juntamente com o movimento de elaboração dos Códigos durante o século XIX e primeira metade do século XX, sendo um dos precursores deste movimento o Código Civil Francês ou Código Napoleônico de 1804. Os princípios passaram a ingressar nos códigos, sendo, entretanto, apenas fontes normativas subsidiárias. Como afirma Gordillo Cañas:

Os princípios entram nos Códigos unicamente como “válvulas de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.⁶

Para o positivismo, os princípios derivavam das próprias leis, tendo função apenas complementar e secundária no ordenamento jurídico. Assim, do ponto de vista de aplicabilidade prática, eram irrelevantes.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, diminuem os adeptos do positivismo jurídico, sobretudo, tendo em vista as barbaridades cometidas durante a guerra, grande parte delas foram fundamentadas numa ordem jurídica escrita e formalmente válida. Esse período do pós-guerra até os dias atuais têm sido chamado de pós-positivismo. Luís Roberto Barroso, assim o define:

Um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.⁷

⁵ VALDÉS, Flórez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 234.

⁶ CANÁS, Gordillo *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op.cit*, p. 235

⁷ BARROSO, Luis Roberto *apud* LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 12. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008.

É importante destacar que as Cortes Internacionais de Justiça forneceram as primeiras idéias do pós-positivismo ao acenarem para os princípios gerais de direito como aptos para solucionar controvérsias, conforme mencionou o art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1920.

O pós-positivismo realiza críticas severas tanto ao naturalismo como ao positivismo ortodoxo. O jurista da universidade de Harvard, Ronald Dworkin, bem como o alemão Robert Alexy, contribuíram muito para definir a normatividade dos princípios. Entretanto, antes destes insígnies juristas, na opinião de Paulo Bonavides, Boulanger foi o precursor da idéia em questão ao concluir que: “a verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica. Contêm em estado de virtualidade grande número de soluções que a prática exige”⁸.

Nas últimas décadas do século XX, os princípios passaram a ingressar no texto das Constituições, veiculando valores, bens a serem protegidos. Esse fenômeno da constitucionalização dos princípios foi fundamental para a melhor compreensão da relevância destes. Os princípios possibilitaram a formação de um sistema, de uma estrutura normativa ordenada, ao invés da existência de normas desconexas e descontextualizadas.

Os princípios, contudo, antes de atingirem essa normatividade plena e preponderante, mesmo presentes nos textos das constituições, foram considerados apenas como idéias jurídicas norteadoras, sem uma efetiva força cogente, idéia que estava ainda impregnada pela concepção positivista da estrita legalidade. Essa fase inicial ficou conhecida como fase programática na qual os princípios possuíam mera “aplicabilidade diferida e, portanto, normatividade mínima, eis que são vistos como programas normativos a serem concretizados aos poucos pelos operadores jurídicos”⁹ Com os avanços dos estudos constitucionais evoluiu-se para a concepção já exposta, com a qual se coaduna o pensamento do jurista italiano Perassi:

⁸ BOULANGER, Jean *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 240.

⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 129.

“As normas constitutivas de um ordenamento não estão insuladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de sorte a constituírem um bloco sistemático”.¹⁰

Essa nova e última fase de evolução dos princípios é denominada de não programática, na qual “os princípios passam a ser considerados em sua dimensão objetiva e concretizadora, tendo, pois, aplicação direta e imediata”¹¹.

¹⁰ PERASSI *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 240.

¹¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 129.

4. COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Conforme já dito no capítulo anterior, os princípios preconizam valores fundamentadores da ordem jurídica, compondo-se de mandamentos gerais e abstratos de conteúdo essencialmente axiológico. Não raro, mais de um princípio pode ser aplicado a um caso concreto, muitas vezes essa aplicação ocorre de forma coordenada e complementar, mas, há situações, nas quais torna-se impossível a aplicação simultânea de dois ou mais princípios, tendo em vista a incompatibilidade dos valores neles contidos para uma determinada circunstância fática. Nesta hipótese, deve ser feito um juízo de valor ou de peso para avaliar qual comando principiológico tem maior relevância e, assim, afastar os demais, com ele incompatíveis. Obviamente que esta solução dá-se em último caso, uma vez que o aplicador do Direito deve buscar a interpretação que confira a máxima efetividade dos princípios colidentes.

Numa ordem jurídica pluralista, existem diversos valores consagrados, que são, por vezes, contrapostos. Esta colisão é inerente à lógica do próprio sistema, que é dialético. Dessa forma, um princípio não pode ser excluído do ordenamento por ter colidido com outro num caso concreto. O meio através do qual se resolve essa situação conflituosa é mediante a técnica da ponderação dos bens, valores ou interesses, que será oportunamente explanada posteriormente.

O conflito entre regras não segue as mesmas orientações acima dispostas. Regras que expressem comandos contrários não podem conviver harmonicamente dentro do mesmo sistema. Primeiro é necessário aferir a validade da lei; em não sendo constatada, será excluída da ordem jurídica. Posteriormente, analisa-se a sua compatibilidade com a Constituição ou constitucionalidade. Depois disso, devem ser utilizados os critérios de resolução de antinomias, quais sejam: o hierárquico (lei superior derroga lei anterior), o cronológico (lei posterior derroga lei anterior) e o da especialidade (lei específica deve ser aplicada em detrimento de lei geral). Assim, por intermédio dessas análises, é possível identificarmos qual norma é válida e eficaz para ser aplicada a um caso concreto, e qual deverá ser excluída do ordenamento.

A doutrina convencionou subdividir as normas em princípios e regras. Para Bonavides, “o conflito de regras se resolve na dimensão da “validade”, a colisão de princípios na dimensão do “valor”¹². O referido autor, citando Robert Alexy diz ainda que “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”.¹³

Já apontamos que a técnica da ponderação de bens é a que deve ser aplicada para um problema de colisão de princípios fundamentais. Entretanto não se pode esquecer dos métodos clássicos de interpretação propostos por Savigny. Estes, apesar de não solucionarem em definitivo o problema, são úteis para esclarecê-lo. A seguir, discutiremos sobre os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico; buscar-se-á aplicá-los à questão central desse trabalho.

4.1 Métodos Clássicos de Interpretação

Segundo o entendimento de Savigny, a interpretação, apesar de ser um todo complexo, compõe-se de um processo uno. Entretanto, é possível dividir abstratamente o processo interpretativo a fim de compreender suas diversas particularidades. Assim, quanto à natureza, a interpretação pode ser dividida em técnicas ou métodos.

4.1.1 Métodos Gramatical e Sistemático - Direito à vida e Livre Disponibilidade

O primeiro método interpretativo é o gramatical, também chamado de literal ou semântico. Ele busca delimitar o conteúdo das palavras mediante análise morfológica e sintática do texto. Para determinar o verdadeiro sentido de uma expressão, é necessário fazer uma ponderação entre seu uso cotidiano e seu significado normativo, isto é, precisa-se avaliar se a expressão normativa traduz apenas o significado usual ou se a norma empresta ao termo um sentido que lhe é peculiar.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 251.

¹³ ALEXY, Robert *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit*, p. 251

Para auxiliar o método gramatical, é vital o analisarmos em conjunto com outro, qual seja, o sistemático, tendo em vista que a interpretação literal realizada isoladamente, sem a consideração do contexto no qual a expressão normativa está inserida, pode conduzir o intérprete a verdadeiros absurdos. A interpretação sistemática considera o ordenamento jurídico como um todo coerente e harmônico. O professor Glauco Barreira, faz a seguinte afirmação:

A interpretação sistemática é a interpretação da norma à luz de outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes (corpo), mas uma síntese (espírito) delas. A interpretação sistemática procura compatibilizar as partes com o todo – é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo.¹⁴

Analisando primariamente o método gramatical aplicado ao objeto desta monografia, observa-se que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade. A inviolabilidade consiste “na prerrogativa ou privilégio outorgado a certas coisas ou pessoas, em virtude do que não podem ser atingidas, molestadas ou violadas”¹⁵. A inviolabilidade não se confunde com a indisponibilidade. Esta indica a proibição de despojar-se de um bem, no sentido de que o titular da coisa ou do bem não pode renunciá-lo ou abrir mão dele. A indisponibilidade significa que a ordem jurídica não reconhece ao titular do bem qualquer discricionariedade para desprender-se dele. Por outro lado, a inviolabilidade compreende “a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros”¹⁶; ela “sugere a proibição de outros indivíduos molestarem ou atingirem direito alheio”¹⁷.

Portanto, a interpretação gramatical do termo "inviolabilidade" limita-se à vedação de terceiros causarem dano ao bem de alguém, permitindo o despojamento do bem pelo próprio titular quando a lei não proíba expressamente essa conduta.

¹⁴MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Heremênutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 37.

¹⁵ Conceituação fornecida por De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, vol. II, p. 865.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas, p.09. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. 23 de novembro de 2000.

¹⁷ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 12. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008.

Para atestar a veracidade desta conclusão, observe-se a questão sob a ótica da interpretação sistemática.

O mesmo *caput* do art. 5º, inciso X da CF/88, menciona ser inviolável a intimidade e a vida privada. Significa isto que o titular desses bens não pode deles dispor? Ora, sabe-se que, mediante um simples contrato, pessoas permitem que os mencionados bens sofram despojamento a fim de participar de *reality shows*, tais como *Big Brother*.

A propriedade é outro valor considerado inviolável (art.5º, *caput* da CF/88), entretanto, o próprio inciso XXIII do mesmo artigo estabelece que ela “atenderá sua função social”. Isto significa que o proprietário pode dispor do seu bem até o limite em que a função social dele seja atendida. O titular da propriedade, dessa forma, pode dela dispor, vendendo-a, alugando-a e assim por diante. Em relação ao direito à vida, o sistema não pune a tentativa de suicídio, nem a auto-lesão. Se a vida fosse um bem indisponível, essas condutas deveriam sofrer uma sanção jurídica. Em relação ao suicídio, a sua prevenção é, não raro, apresentada como um interesse do Estado que invalida a recusa de uma Testemunha adulta de aceitar sangue. Percebe-se que tal argumento subentende a certeza de que o sangue tem valor salvador de vidas, o que carece de apoio na ciência médica, uma vez que esta expõe a incerteza inerente às transfusões de sangue e seu perigos potencialmente letais. Estes perigos serão abordados no item 5.1 deste trabalho. Sobre a alegação de suicídio, vejamos o que o Tribunal Superior de Justiça de Madrid decidiu em 23 de dezembro de 1992 sobre a recusa de sangue:

Não se trata de um auxílio omissivo ao suicídio, uma vez que as Testemunhas de Jeová não querem morrer, mas sim viver, porém, não a qualquer custo nem a qualquer preço, desprezando suas crenças, de modo que sua atitude não pode ser qualificada de suicídio, tanto duma perspectiva sociológica quanto jurídica.¹⁸

¹⁸ DEL CLARO, José Claudio. Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue. p.33. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. novembro de 1994.

Continuando a análise da interpretação sistemática, o ordenamento brasileiro não permite as práticas do aborto ou da eutanásia. O aborto consiste em interromper o processo de gravidez, levando à morte do feto. Essa prática só é admitida se praticada pelo médico nas hipóteses de ser o único meio de salvar a vida da gestante ou no caso de a gravidez ter sido consequência de estupro e houver o consentimento da gestante para o aborto (art. 128 do Código Penal). Já a eutanásia consiste em matar intencionalmente uma pessoa por razões de benevolência, geralmente para pôr fim ao sofrimento de doentes em estágio terminal. Essa conduta é punida como crime de homicídio ou crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, a depender do fato concreto.

A conduta de um paciente de rejeitar um tratamento médico, transfusão de sangue, mesmo sendo o único meio disponível de salvar sua vida numa determinada circunstância, tem o mesmo significado das práticas acima citadas? A resposta parece ser negativa. Senão vejamos, no caso do aborto, há uma diferença que salta aos olhos, uma vez ocorrer a eliminação voluntária da vida do feto, sem qualquer consentimento deste, por motivos óbvios de impossibilidade fática de tal. Já na eutanásia, as similaridades são maiores com o caso em tela, tendo em vista a manifestação volitiva de encerrar a vida de outrem por motivos de misericórdia. Este ato é geralmente precedido da anuência do paciente ou de seus parentes, na impossibilidade de o primeiro consentir. Contudo, tanto no aborto quanto na eutanásia há uma escolha pela morte, são atitudes que optam pelo encerramento da vida física, ocorrem atitudes positivas ou negativas que ocasionam a morte de uma pessoa ou de um ser vivo, o feto. Já na recusa da transfusão de sangue não existe esta opção pela morte, o que o paciente Testemunha de Jeová deseja é receber um tratamento médico que seja compatível com suas mais profundas convicções religiosas.

Portanto, é importante enfatizar que a interpretação sistemática revela ao intérprete a conclusão de que não existem direitos fundamentais absolutos. Eles sofrem limitações expressas ou implícitas, decorrentes da existência de outros direitos principiológicos, e com o direito à vida isso não é diferente. A interpretação sistemática também demonstra o verdadeiro sentido da expressão inviolabilidade, conceito que não se confunde com indisponibilidade. No próximo tópico

analisaremos a contribuição dos métodos histórico e teleológico para elucidar a questão posta.

4.1.2 Métodos Histórico e Teleológico

A interpretação histórica é feita através da análise da evolução temporal de um determinado instituto até que se possa compreender sua regulamentação na atualidade. Este método foi introduzido na Hermenêutica Jurídica por Savigny e sua Escola Histórica ao tentar enquadrar o direito no rol das ciências do espírito. Já o método teleológico busca atingir a finalidade social a que a norma se destina dentro do contexto do ordenamento jurídico.

Os fins que o intérprete procura alcançar, não raro, encontram-se fora da expressão normativa e, às vezes, para melhor compreendê-los, faz-se necessário aquilatar a vinculação histórica normativa. Segundo Paulo Bonavides, “a conexão histórico-teleológica prosperou consideravelmente na moderna hermenêutica jurídica, sobretudo em consequência de seu emprego pelos juristas da chamada escola da jurisprudência de interesses”¹⁹. E Segundo o Prof. Glauco Barreira:

A interpretação teleológica é fruto das formulações teóricas de Ihering (...). Para Ihering, o Direito não evoluiu espontaneamente, como pensou Savigny, mas sim pela luta. As conquistas dela oriundas são manifestas em interesses que passam a ser protegidos pela ordem jurídica sob a forma de direitos subjetivos. As normas devem ser consideradas pelos interesses que se pretende nelas proteger.²⁰

Para melhor compreender a finalidade dos princípios colidentes, direito à vida e à liberdade religiosa, é mister considerar um outro princípio, fundamentador do Estado Democrático de Direito brasileiro, que está elencado em um dos incisos do Art. 1º da CF/88, artigo que transcrevemos na íntegra:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 407.

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 41

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
V- o pluralismo político

O inciso III descreve o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta diretriz é fundamental para a resolução do problema que é apresentado e será objeto de maiores considerações em capítulo próprio. Entretanto, teceremos agora breves comentários sobre este princípio, associando-o ao método hermenêutico teleológico-histórico. De acordo com Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana está relacionada “tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência (...) representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”.²¹

É impossível haver dignidade quando os valores morais e religiosos mais profundos de um ser humano são violados. Transfundir sangue contra a vontade do paciente Testemunha de Jeová é um exemplo nítido de desrespeito e desprezo a sua dignidade.

Do ponto de vista histórico, observa-se que as três Constituições anteriores à de 1988, isto é, as de 1969, 1967 e 1946, contêm garantias e direitos fundamentais semelhantes aos da atual. Todas asseguravam a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros. Isto demonstra a importância que os direitos fundamentais passaram a ter ao longo do século XX e, mais importante, especialmente no fim deste século, a sociedade passou a preocupar-se em aplicá-los, conferindo-lhes eficácia.

Aspecto interessante é que, nas últimas três Constituições anteriores à vigente, os direitos e garantias fundamentais estavam contidos no final dos textos normativos, enquanto na atual eles são enunciados logo no início do diploma legal. De maior relevância ainda é a inovação, trazida na Constituição de 1988, da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Isto deve, portanto,

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 38, pág. 110.

orientar toda a atividade estatal, seja executiva, legislativa ou judiciária, sendo inadmissível encarar a mencionada expressão como vazia de conteúdo ou com mera característica programática.

Além da contribuição dos métodos hermenêuticos expostos, a Constituição deve ser interpretada segundo princípios específicos. É sobre eles que se discorrerá no próximo tópico.

4.2 Interpretação Especificamente Constitucional

Como já foi visto, a Constituição ocupa a posição hierárquica mais elevada dentre as normas do ordenamento jurídico. A interpretação que se dá a ela influencia todas as relações jurídicas.

Devido ao seu caráter soberano, a linguagem da Carta Magna apresenta um nível maior de abstração e de generalidade, veiculando normas principiológicas, de natureza programática, as quais contêm “valores a serem preservados e fins sociais a serem atingidos”.²² Outra peculiaridade das normas constitucionais é que elas possuem caráter político, uma vez que estabelecem a estrutura do Estado, a repartição dos Poderes e funções. Por essas e outras características, a interpretação da Constituição observa aspectos próprios. Os Professores Rodolfo Viana²³ e Glauco Barreira²⁴, apresentam os princípios a seguir expostos.

O primeiro deles é o Princípio da Unidade da Constituição, segundo o qual a Carta Magna precisa ser coerente e harmônica, superando contradições não através de uma lógica de exclusão de uma parte a favor de outra, mas através de uma lógica dialética de síntese, através de uma solução de compromisso. O segundo é o princípio do efeito integrador, o qual decorre do primeiro e preceitua a necessidade de uma integração dos valores político-ideológicos, de modo a

²² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 105.

²³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 103, 104.

²⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 79-81.

contribuir para a comunhão social. O terceiro é o da máxima efetividade, ou seja, em face do aspecto pragmático do método, deve-se preferir a interpretação da norma que lhe confira a maior eficácia. Outro princípio é o da força normativa da Constituição, sob a ótica deste, a Carta Magna, para efetivamente ter normatividade, deve ser interpretada em consonância com os valores da sociedade. O quinto princípio é o da interpretação conforme a Constituição, o qual estabelece que as normas infraconstitucionais devem ser compreendidas a partir da Constituição. Assim, se uma norma infraconstitucional admite várias interpretações, dar-se-á preferência àquela que reconheça a constitucionalidade da norma e realize melhor os fins constitucionais. O último princípio que será citado é o da harmonização prática ou concordância prática. Este é uma projeção do princípio da proporcionalidade. No caso de colisão de princípios fundamentais, deve-se buscar a interpretação que harmonize e dê eficácia máxima aos princípios colidentes, será feita uma hierarquização dos valores na situação fática para encontrar-se a solução ótima.

Tendo em mente os citados princípios, far-se-á uma consideração da proporcionalidade como critério de resolução de conflito de princípios fundamentais.

4.2.1 O Princípio da Proporcionalidade e seus Subprincípios

A proporcionalidade, dado seu caráter intuitivo, é um princípio mais fácil de ser compreendido do que conceituado, mas procurar-se-á delimitá-lo nas linhas a seguir. Longe de ser apenas um critério hermenêutico de resolução de conflitos, o princípio em questão é “consustancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados”.²⁵

A proporcionalidade é um princípio muito antigo, tendo aplicação tradicionalmente no Direito Administrativo, como meio de impor limites ao poder de polícia da Administração Pública. Até a metade do século XX, tal princípio esteve

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359.

intimamente vinculado ao mencionado ramo jurídico, mas, após a Segunda Guerra Mundial, ele passou a ser aplicado no âmbito do Direito Constitucional. Isto guarda estreita relação com a mudança do Estado de Direito pautado na estrita legalidade para aquele fundamentado no constitucionalismo, no qual os direitos fundamentais ocupam o centro da ordem jurídica. Assim, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais”.²⁶

Segundo Wilson Antônio Steinmetz, “apenas no pós-guerra que o princípio passa a se desenvolver amplamente, em razão de que a jurisprudência e a doutrina alemãs justificaram o princípio da proporcionalidade com base na Lei Fundamental”.²⁷

O princípio em epígrafe busca estabelecer um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados pelo sistema a fim de estabelecer qual direito deverá ter prevalência e quais sofrerão limitações em um caso concreto. Trata-se de um “princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”.²⁸

A proporcionalidade tem três subprincípios ou elementos parciais, o primeiro deles é a adequação, também chamando de idoneidade ou conformidade. Ele intenciona fazer uma relação de equilíbrio e adequação entre o meio utilizado e o fim colimado com a realização de determinado ato. “Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido”²⁹. Não raro, há mais de um meio para a consecução de um certo fim, e o subprincípio da adequação determinará quais são os meios hábeis para tal, não lhe sendo possível determinar qual meio é o mais eficaz.

²⁶ Idem

²⁷ STEINMETZ, Wilson Antonio *apud* LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 19. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 364.

²⁹ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 20. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008

O segundo elemento da proporcionalidade é a necessidade. Por este, “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”.³⁰ “Importa em escolher o meio menos gravoso ao exercício do direito fundamental”.³¹ É necessário aferir se o meio que fora escolhido é o que mais satisfaz o exercício dos direitos fundamentais em questão. O intérprete precisa se perguntar: é este meio necessário e indispensável para o atendimento do direito individual do indivíduo ou existem outros meios menos gravosos que da mesma forma são capazes de alcançar o fim pretendido?

Nessa perspectiva, o paciente Testemunha de Jeová que recusa a transfusão de sangue e deseja ser tratado com um tratamento alternativo, este, se estiver disponível ou for possível obtê-lo, deve ser utilizado sem sombra de dúvidas. A terapia médica que utiliza um tratamento alternativo à transfusão de sangue confere máxima eficácia aos direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa. É também o método mais adequado e necessário, uma vez compatibilizar integralmente os meios e os fins objetivados pelo ordenamento jurídico.

Neste aspecto, as Testemunhas de Jeová estão muito bem organizadas, pois possuem uma rede internacional, formada por médicos e outros profissionais voluntários, para auxiliar o tratamento médico de membros da religião, realizando uma intermediação entre a equipe médica e o paciente, buscando fazer prevalecer a vontade deste. Esta rede é composta de “Comissões de Ligação com Hospitais (COLIH), que atualmente trabalha com cerca de 100.000 médicos ao redor do globo em programas de desenvolvimento de tratamentos e técnicas cirúrgicas sem sangue. No caso de determinados médicos que não estão dispostos a atender à vontade do paciente ou na hipótese de inexistir alternativas à transfusão disponíveis em uma determinada clínica ou hospital, as mencionadas comissões possuem listas de médicos colaboradores para os quais o paciente é encaminhado.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 360.

³¹ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 20. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008

O terceiro e último subprincípio da proporcionalidade é o da proporcionalidade *stricto sensu*. Por ele, deve-se buscar a ponderação dos valores ou interesses envolvidos. A medida será inconstitucional quando não se perfectibilize com a proporcionalidade.

Há uma gradação lógica entre os três subprincípios, sendo necessário aferir, portanto, se a decisão a ser tomada é adequada, necessária e estritamente proporcional. A partir da situação sob análise, qual decisão melhor atende ao princípio da proporcionalidade? Obrigar o paciente a receber a transfusão de sangue ou respeitar o seu desejo mesmo não havendo tratamento alternativo? Percebe-se que ambos os meios são prejudiciais ao direito que for preterido. Dessa forma a proporcionalidade em sentido estrito ajuda o intérprete a determinar qual valor tem maior peso no sistema jurídico brasileiro no caso em tela. Segundo a teoria da ponderação de Robert Alexy, “quanto maior for o sacrifício de um direito, maior deve ser a importância do outro que for protegido”.³² Assim, num caso extremo, a liberdade religiosa pode permitir o sacrifício do direito à vida?

A resposta é positiva, uma vez que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Assim de que vale, em nome de um suposto direito à vida, o Estado impor uma transfusão de sangue em uma Testemunha de Jeová, violando suas convicções mais íntimas? De que vale então uma vida sem dignidade ou subexistência com a dignidade profundamente violada? A dignidade deve proteger a autonomia do indivíduo, deve permitir a garantia das suas convicções de foro íntimo. Sobre isto, Ronald Dworkin, faz a seguinte afirmação:

As pessoas as quais se nega a dignidade podem perder o amor-próprio que ela protege, e tal recusa, por sua vez faz com que mergulhem em uma forma ainda mais terrível de sofrimento: o desprezo e a aversão que passam a sentir por si próprias.³³

³² ALEXY, Robert *apud* LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa.p. 23. **Jus navigandi**, maio. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio 2008

³³ DWORKIN, Ronald *apud* LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Op. Cit*,

Existe um impulso natural do ser humano de preservar a vida física a qualquer custo, devido à incerteza e ao vazio que a idéia da morte traz. Isto é perfeitamente compreensível, entretanto não se pode esquecer que para alguns indivíduos incerteza maior é uma vida na qual suas convicções mais profundas foram violadas de forma irreparável.

Não cabe ao Estado ou a terceiros avaliar ou julgar os valores de outrem. Se o Estado impõe a um jurisdicionado uma transfusão sanguínea contra a vontade deste, alegando a supremacia da vida humana, deve reestruturar o alicerce do Estado Democrático, começando por promulgar uma nova Constituição na qual não conste o art. 1º, inciso III da Carta Magna, estabelecendo como fundamento a hierarquia absoluta da vida física. Um estado que pratica o mencionado juízo de valor deveria ser coagido a alimentar centenas de pessoas que morrem de fome todos os anos; a fornecer medicamentos para todos os que não têm recursos para adquiri-los, evitando a morte de inúmeros; a dar condições e estrutura para que os hospitais possam atender os cidadãos e não deixá-los mendigando nos corredores devido à falta de leitos. Enfim, existem incontáveis formas de se proteger o direito à vida e, simultaneamente, a dignidade do ser humano, sendo incorreto alegar proteção àquele numa raríssima hipótese em que esta está sendo desprezada.

Analisaremos, nos próximos subtópicos, direitos fundamentais específicos desta exposição.

4.3 Liberdade de Consciência e de Crença

O art. 5º, inciso VI da Constituição Federal afirma que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. A liberdade de consciência ou crença é uma projeção da liberdade de pensamento ou do espírito. Pietro de Lucca assim a conceitua:

Faculdade humana de autodeterminar-se, positiva ou negativamente, em relação aos atos exteriores, conforme as próprias convicções religiosas, sem qualquer coação externa física ou jurídica (...) O direito de viver e praticar a religião, seja com o espírito, seja com o corpo, seja mediante a

associação a outros, seja com atos meramente espirituais, seja com atos espirituais-corporais, seja com atos sociais.³⁴

A liberdade religiosa, como os demais direitos fundamentais, preceitua comandos oponíveis ao Estado, o que significa afirmar que não é suficiente o Estado dizer que a consciência e a crença de cada cidadão é livre, ele precisa criar mecanismos para assegurar tal liberdade. Em consonância com isto, Jorge Miranda diz:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado **permitir** ou **propiciar** a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o estado **não impor** ou **não garantir com as leis** o cumprimento desses deveres³⁵

A última parte da transcrição acima citada refere-se a separação entre a Igreja e o Estado. Por razões óbvias, só é possível falar-se em liberdade religiosa se o Estado for laico.

O vocábulo "consciência" é bem mais abrangente do que crença. Aquele envolve as convicções em geral, tais como as morais, filosóficas, políticas e ideológicas; já este restringe-se apenas às de natureza religiosa. A liberdade de espírito, em matéria religiosa e moral, não se manifesta apenas no âmbito do foro íntimo de cada um. Ela, não raro, tem repercussões jurídicas, como demonstra o objeto deste trabalho.

A liberdade religiosa é uma das formas pelas quais se manifesta a liberdade, pode-se dizer que esta, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é ela "a principal especificação da natureza humana, que se distingue dos demais seres

³⁴ DE LUCCA, Pietro *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. p. 06. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro de 1994.

³⁵ MIRANDA, Jorge *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. p.06. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro 1994.

animais pela capacidade de autodeterminação consciente de sua vontade”³⁶. Nas palavras do mesmo autor, observamos o seguinte:

Se cabe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, esta, pela importância dos valores que tutela, a liberdade é o primeiro dentre todos. Com efeito, de quanto vale a vida, a segurança, a igualdade, a propriedade, sem a liberdade? Talvez esta colocação peque por estar vinculada a uma cultura, ou eivada de subjetivismo, mas é a cultura greco-romana-cristã, a que o Brasil incontestavelmente pertence.³⁷

Em um conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, a escolha de qual deve prevalecer deve ser do titular deles. Este posicionamento está em profunda consonância com a história, uma vez que, para manter a liberdade, o indivíduo, não raro, corre o risco inexorável de morrer. Aqueles que rejeitam tal argumentação devem estar dispostos, sob pena de incoerência, a retirar das ruas as estátuas de inúmeros heróis e dos altares da Igreja as de numerosos santos.

4.4 Liberdade de Culto

As liberdades de pensamento não se contentam, em regra, com sua dimensão meramente espiritual, ou seja, enquanto realidade inerente apenas à alma do indivíduo. Elas tendem a manifestar-se externamente, e isto é observado de forma acentuada na liberdade religiosa. Esta espécie de liberdade, não raro, busca um aparato, uma cerimônia, uma solenidade, normalmente denominada de culto. A liberdade de culto é expressamente garantida no art. 5º, inciso VI da CF/88: “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 suas liturgias”.

O exercício dos cultos religiosos pode dar-se em qualquer lugar e não necessariamente nos templos religiosos. Toda e qualquer prática que envolva a opção religiosa do indivíduo deve ser respeitada. Logicamente que não existem

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. p.06. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro 1994.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. p.06. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro 1994.

direitos absolutos, assim é necessário preservar a ordem pública e os bons costumes, valores que devem sempre ser observados por serem estruturantes de qualquer ordenamento jurídico. O douto Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos assim afirma: “não há verdadeira liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas”.³⁸

Assim, é importante questionar: o paciente que se recusa a receber transfusão de sangue por motivo de crença religiosa está violando a ordem constitucional vigente? Não, pois, como visto, trata-se de uma seara exclusiva do próprio indivíduo, não sendo permitido o Estado nela penetrar. A orientação religiosa é seguida pelo indivíduo em todos os momentos de sua vida, não podendo restringir-se apenas às reuniões periódicas nos templos. O culto, portanto, deve ser entendido de forma extensiva, abrangendo as manifestações religiosas de alguém em todas as circunstâncias de sua vida. Essa é a inteligência do citado inciso VI do art. 5º da CF/88, caso contrário a esta norma teria mencionado apenas “proteção aos locais de culto e suas liturgias” e não garantiria a “liberdade no **exercício** dos cultos religiosos” (destaque acrescido).

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas, p.14. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. 23 de novembro de 2000.

5 CONCEITO DE SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A saúde está intimamente relacionada com a vida, e mais ainda com a dignidade da pessoa humana. Ao longo dos séculos o conceito de saúde revelou-se impreciso, o que se justifica pela dificuldade de conceituá-la. Tal se deve a ser a saúde um processo em evolução, além de um termo que envolve circunstâncias individuais e culturais.

O conceito de saúde dado pela Organização Mundial da Saúde é o seguinte: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doenças e enfermidades”³⁹. Tal definição é um tanto irrealista, “pois descreve um estado estático de perfeito bem-estar, em vez de um processo em constante mudança e evolução”⁴⁰. Todavia, ela é bastante significativa, pois revela a natureza holística da saúde, ou seja, não se restringe à mera inexistência de patologias físicas, mas abrange aspectos psicológicos, espirituais e sociais. Esta noção abrangente da saúde é indispensável para compreendermos se uma transfusão de sangue forçada está realmente zelando pela saúde de um indivíduo. Tendo em vista que a concretização da saúde do ser humano envolve diretamente a medicina, teceremos breves comentários acerca da relação entre esta ciência e a saúde.

O modelo biomédico ainda possui resquícios de influência do sistema cartesiano, o qual estabelece a divisão completa entre corpo e mente. Antes de René Descartes, a maioria dos terapeutas, ao tratar seus pacientes, consideravam a interação existente entre corpo e alma, e percebiam a importância de considerar o meio ambiente social e cultural nas terapias. A filosofia de Descartes alterou significativamente essa compreensão, segundo ele:

O corpo humano é considerado uma máquina que pode ser analisada em termos de suas peças; a doença é vista como um mal funcionamento dos mecanismos biológicos, que são estudados do ponto de vista da biologia celular e molecular; o papel dos médicos é intervir, física ou quimicamente, para consertar o defeito no funcionamento de um específico mecanismo enguiçado.⁴¹

³⁹ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982, pág. 117.

⁴⁰ Idem

⁴¹ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982, pág. 116.

Os conhecimentos científicos tendem a especializar-se, de modo que os cientistas concentram-se em objetos de estudo cada vez mais particularizados, perdendo, muitas vezes, a noção do todo, do procedimento científico integral. A tendência para a especialização, que atingiu seu auge no século XX, foi impulsionada pelos estudos de Louis Pasteur, o qual desenvolveu a tese de que doenças específicas são causadas por micróbios específicos. Na Medicina, a tendência citada é notória, os médicos concentram-se em partes cada vez menores do corpo humano, perdendo, às vezes, de vista o paciente como ser humano. Apesar da crítica exposta, não se quer com ela dizer que a especialização do saber científico seja ruim. Sabe-se que ela é útil e necessária para o desenvolvimento de qualquer ciência, tanto que, por exemplo, os médicos especialistas em estudar o sangue humano já desenvolveram diversas técnicas que substituem a transfusão de sangue eficazmente e ainda trazem menores riscos à saúde do paciente, possibilitando, dessa forma, o atendimento à vontade do seguidor da religião Testemunhas de Jeová.

A influência da filosofia de René Descartes na Medicina gerou, nesta Ciência, dificuldades no que tange a ocupar-se com o fenômeno da cura. Isto ocorre por que tal fenômeno não pode ser entendido em termos reducionistas. A cura de doenças “envolve uma complexa interação entre os aspectos físicos, **psicológicos**, sociais e ambientais”.⁴²

“O estado psicológico de uma pessoa não é só importante na geração da doença, mas também fundamental para o processo de cura”. “Induzir a paz de espírito e a confiança no processo de cura sempre foi uma finalidade primordial do encontro terapêutico entre médico e paciente”.⁴³

Infelizmente têm-se observado que alguns médicos demonstram total desrespeito por esse estado mental do paciente, desrespeitando suas crenças ao fazer comentários irônicos tais como: você vai morrer se não tomar sangue logo. As testemunhas de Jeová não desejam morrer, muito pelo contrário demonstram grande respeito à vida, tanto que não utilizam armas, não praticam esportes violentos ou radicais, bem como procuram se empenhar pela paz. Entretanto, por

⁴² CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982, pág. 117.

⁴³ Idem

entenderem que a Bíblia considera o sangue sagrado, pois representa a vida, bem como estabelece que o verdadeiro cristão deve abster-se de sangue (Atos 15:28), compreendem que não seria correto receber uma transfusão de sangue.

Portanto, tratar o paciente com um procedimento médico que ele aceite e deseje, indubitavelmente contribui para que seu período pré-operatório (se for o caso de cirurgia) seja bem-sucedido, bem como sua recuperação seja bem mais eficaz, uma vez que o paciente estará psicologicamente tranqüilo, sabendo que sua vontade foi ou será respeitada. Como já visto, o estado mental e emocional é fundamental para a determinar o estado de saúde de qualquer pessoa. Assim é mister indagar: de que adianta impor uma transfusão sanguínea a uma testemunha de Jeová sob justificativa de proteção à vida se para esta pessoa tal imposição significa a morte de seu espírito, de sua moral? Do ponto de vista mental e psicológico, como a transfusão forçada afetará a recuperação do paciente?

As perguntas reflexivas acima formuladas levam à conclusão que qualquer ordenamento jurídico verdadeiramente democrático deve garantir o direito de cada indivíduo decidir por si mesmo a questão sob análise. De forma que um governo que nega o direito à consciência e suas repercussões é, no dizer de Ronald Dworkin, “totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes”⁴⁴.

A questão em epígrafe deve ser observada, como já afirmado em tópico anterior, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana. Esta é, no dizer do Prof. Glauco Barreira, “a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo estes senão emanações do valor básico mencionado”⁴⁵. O Prof. Ronald Dworkin apresenta uma noção mais limitada de dignidade, compreendendo a idéia “de que as pessoas têm o direito de não ser vítimas da *indignidade*, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito”⁴⁶.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 342.

⁴⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 136.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 333.

A dignidade envolve o direito de viver em condições nas quais é pertinente cultivar o amor-próprio, sendo a liberdade exigência fundamental e absoluta desse amor. As decisões referentes à vida e à morte são as mais importantes a serem tomadas e refletem a expressão da personalidade de um ser humano. Apesar de todos querermos que elas sejam tomadas de forma correta, desejamos que nós mesmos a tomemos, que estejam em consonância com nosso modo de ver as coisas. Não é difícil entender que uma sociedade, cujos valores são predominantemente materialistas e existencialistas, busque proteger a vida física a qualquer custo. No entanto, essa sociedade precisa compreender que, para alguns, a verdadeira proteção à vida é não violar o que consideram mais sagrado nela, o sangue. De fato, não cabe a outros a possibilidade de julgar a validade desta motivação, porque pertence à esfera exclusiva de cada pessoa. Rejeitar esta linha de raciocínio é tornar inócuo e desprovido de conteúdo o fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

É pertinente terminar esta parte do capítulo com o seguinte pensamento de Ronald Dworkin: “uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente (...) em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais.”⁴⁷

5.1 O Direito Individual à Saúde e a disponibilidade de métodos alternativos à transfusão de sangue

A Constituição Federal Brasileira de 1988 refere-se várias vezes à saúde, direta ou indiretamente. Logo no preâmbulo encontramos que a Assembléia Nacional Constituinte se reuniu “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar ...”. Indubitavelmente, o conteúdo do direito à saúde precisa observar a responsabilidade do Estado em assegurar o bem-estar. O Art. 1º, inciso III, estabelece ser um fundamento do Estado Democrático brasileiro a “dignidade da

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 342.

pessoa humana”; o Art. 3º, IV, preceitua ser um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos”; o Art. 5º, *caput*, garante ser inviolável o “direito à vida”; o Art. 6º, *caput*, reconhece ser a saúde um direito social; o Art. 196 menciona que a saúde é um direito de todos e dever do Estado; o Art. 225 ressalta a expressão “sadia qualidade de vida” e o Art. 227 mostra-nos ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à saúde. Percebe-se que o termo saúde, bem como alguns aspectos a ele relacionados, são reiteradamente mencionados em nossa Carta Magna.

A lei 8.080/90, conhecida lei do SUS (Sistema Único de Saúde), em seu artigo 2º, inciso III assim preceitua: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício.” O art. 3º, parágrafo único diz: “ Dizem respeito também à saúde as ações que (...) se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, **mental e social**” (destaque acrescido). O art. 7º, inciso III da mesma lei estabelece:

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas na Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

III – **preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.** (negrito acrescido)

Percebe-se, então, que lei do SUS está em consonância com o conceito holístico de saúde, ou seja, abrangendo o ser humano na sua integralidade física, psicológica, mental e espiritual. Além disso, o inciso III do art. 7º estabelece como princípio basilar do Sistema Único de Saúde a preservação da autonomia do paciente, idéia sobre a qual discorreremos em detalhes no próximo capítulo.

Para que estas normas e princípios sejam realmente efetivadas no que se refere ao objeto deste trabalho, o SUS deveria disponibilizar os métodos alternativos à transfusão de sangue, de forma a preservar a autonomia das pessoas na escolha de tratamento médico, bem como dar aplicabilidade ao amplo conceito de saúde, como já visto. Além disso, a própria Constituição Federal expressa coerência com a argumentação citada, senão vejamos:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar **procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos**, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (destaque acrescido)

(...)

V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

Os métodos alternativos à transfusão sangüínea são produtos do desenvolvimento científico e tecnológico da Medicina moderna e compõem-se de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde. Nas últimas quatro décadas, vem aumentando o interesse da medicina pelas alternativas às transfusões. Registra-se que, no dia 16 de maio de 1962, o Dr. Denton Cooley realizou a primeira cirurgia de coração aberto, sem sangue, em uma Testemunha de Jeová. Posteriormente, em 1967, o Dr. Cooley publicou um relatório de 542 cirurgias cardiovasculares em Testemunhas de Jeová sem realizar transfusão de sangue, declarando que os riscos eram baixos e aceitáveis.⁴⁸

A Medicina tem buscado alternativas às transfusões não apenas para respeitar a decisão dos pacientes, mas também por dois outros motivos: o primeiro refere-se a evidências de transfusões desnecessárias, dado que foi concluído pelo estudo “Sanguis” realizado pela Comissão Européia em 1998. O segundo motivo diz respeito à necessidade de evitar os inúmeros riscos médicos das transfusões. Por exemplo: estima-se que várias infecções bacterianas são transmitidas durante a doação ou por conseqüência de armazenamento incorreto. A Organização Mundial da Saúde calcula que, em todo o mundo, transfusões e práticas de injeções inseguras causem uns cinco milhões de infecções pelo vírus da hepatite C a cada ano. Outro risco é que as transfusões de sangue, em geral, causam no receptor um estado imuno-supressivo, isto é, enfraquecem o sistema imunológico.

As técnicas alternativas às transfusões usadas com êxito podem ser expressas mediante três princípios básicos: o primeiro é a tolerância apropriada a anemia, segundo o qual podem ser utilizados expansores do volume do plasma

⁴⁸ ALTERNATIVAS à transfusão: série de documentários. Produzido por Watchtower Bible and Tract Society fo New York, Inc. 25 Columbia Heights, Brooklyn, NY 11201-2483, U.S.A.

sangüíneo para manter a pressão do sangue. O segundo consiste em estimular a produção dos glóbulos vermelhos ou eritrócitos, o que pode ser feito utilizando um hormônio produzido principalmente pelos rins, a eritropoetina (EPO). Muitos médicos têm obtido êxito ao utilizar eritropoetina recombinante juntamente com ferro cerca de 10 (dez) a 21 (vinte e um) dias antes da cirurgia. Isto aumenta a sobrevivência, o amadurecimento e a diferenciação das células esteróides na medula óssea. O terceiro princípio consiste em reduzir a perda sanguínea, para a qual existem vários mecanismos, tais como: o posicionamento do paciente na hora da cirurgia, quanto maior a contração abdominal maior a perda de sangue; a anestesia local é importante; a manutenção da temperatura ambiente compatível com a do paciente, mantendo a sala de cirurgia em torno de 27°; a hemodiluição, que consiste na retirada de sangue do paciente imediatamente antes ou depois da anestesia e substituí-lo por fluido acelulares, quando o paciente sangrar intraoperatoriamente, a perda de glóbulos vermelhos será menor; hipotensão induzida; utilização de agentes homeostáticos; recuperação intra-operatória de células e outros mecanismos. Como este trabalho não tem finalidade médica, não nos delongamos na explicação destes e de outros procedimentos alternativos.

Esses e outros métodos alternativos já são amplamente utilizados nos grandes centros hospitalares da Europa e dos Estados Unidos. Aqui no Brasil, alguns hospitais já disponibilizam tais alternativas, principalmente na região sudeste, tais como o Hospital Paulo Sacramento, em Jundiaí, e o Hospital Panamericano, em São Paulo. Importante é o que afirma o Prof. Richard K. Spence, de Birmingham, Alabama, EUA: "O interessante sobre as alternativas à transfusão é que as mais eficazes, em geral, são as mais baratas"⁴⁹. Complementando essa idéia, o Prof. Philippe L. Brele, de Louvain University, Brussels diz: "É preciso mais dedicação do que recursos técnicos. Obtiveram-se resultados positivos sem o uso de equipamentos caros"⁵⁰. Portanto, essa noção de que as alternativas não envolvem necessariamente altos custos para serem implantadas é fundamental para realidades como a do nosso país.

⁴⁹ ALTERNATIVAS à transfusão: série de documentários. Produzido por Watchtower Bible and Tract Society fo New York, Inc. 25 Columbia Heights, Brooklyn, NY 11201-2483, U.S.A.

⁵⁰ Idem

Esperamos que tais mecanismos sejam difundidos e amplamente utilizados, pois além de serem uma tendência da medicina, representam o respeito à autonomia e à saúde do paciente em sua inteireza física, mental, social e espiritual.

6 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA BIOÉTICA APLICÁVEIS AO CASO

O próprio termo bioética, ou ética da vida, já indica a enorme abrangência desta ciência, ou seja, tudo o que diz respeito à vida faz parte do seu objeto de estudo. A bioética, portanto, não tem fronteiras ou limites pré-estabelecidos. Entretanto, analisar-se-á, neste capítulo, a citada ciência no âmbito da relação médico e paciente.

Há várias explicações para a origem da bioética. Alguns defendem que ela é fruto da evolução dos países do Primeiro Mundo, sendo um reflexo da democracia e do pleno exercício da cidadania de uma sociedade pluralista. Seria, portanto, um produto da expansão dos direitos humanos de terceira geração, tais como: a defesa do meio ambiente, o respeito ao patrimônio comum da humanidade, o desenvolvimento sócio-cultural. Outros entendem que a bioética seria fruto dos questionamentos surgidos após a Segunda Guerra Mundial na seara das ciências biológicas. Diante da perspectiva de armas nucleares capazes de destruir a humanidade, indagou-se que limites a sociedade deveria impor à ciência e a tecnologia.

Outra explicação para a origem da bioética está relacionada aos progressos do homem no campo médico-biológico, tais como os avançados transplantes, uso de respiradores artificiais, surgidos em meados da década de 60; e, mais recentemente, o desenvolvimento da genética, a fertilização artificial, os estudos referentes à clonagem de células. Todo esse progresso científico provoca discussões de natureza ética, envolvendo, por exemplo, o direito de escolha de pacientes e o conceito de “morte digna”. A *Encyclopedia of Bioethics* define bioética como: “Estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de sua saúde, na medida em que esta conduta seja examinada à luz de valores e de princípios morais (...).”

Este conceito já demonstra ser a bioética essencialmente interdisciplinar, prezando pelo diálogo e a tolerância. “A ética da vida aplica-se às investigações biomédicas e às de comportamento, independentemente de influírem ou não de

forma direta na terapêutica”⁵¹. Os três princípios basilares da bioética são: autonomia, beneficência e justiça. Estes princípios foram produto da criação, pelo Congresso Norte-americano em 1974, da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Esta comissão tinha como objetivo “levar a cabo uma pesquisa, e estudo completo, que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e da biomedicina”⁵². Após quatro anos, a mencionada comissão publicou o Relatório *Belmont*, o qual consagra os três princípios já mencionados, sobre os quais passamos a discorrer.

O primeiro é o da autonomia, o qual significa a capacidade da pessoa governar a si mesma sem restrições internas ou externas. “A autonomia assume a vanguarda na ética médica a partir da década de 70, fruto de forças sociopolíticas, conferindo-lhe estatuto legal e filosófico mais delineado”⁵³. Nesta década, começou-se a compreender que a relação entre médico e paciente não podia continuar sendo vertical, isto é, médico como sujeito agente e paciente como simples objeto recipiente. Era necessário, então, encarar a referida relação como sendo composta de dois sujeitos autônomos que desejam estabelecer relações interpessoais, compartilhando decisões em parceria. O pensamento de Kant define autonomia como sendo a capacidade do indivíduo guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Assim, “a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas”⁵⁴. Entretanto, o conceito de autonomia contido no relatório *Belmont* é bem mais concreto, objetivo e empírico que o kantiano. A autonomia é compreendida como a “capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem coação externa”⁵⁵, e esta capacidade só se torna realmente autônoma se for guiada pelo crivo do consentimento informado.

⁵¹ PESSINI, Léo. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 33

⁵² Idem, p. 51

⁵³ Idem, p. 40

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.26

⁵⁵ PESSINI, Léo. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 52

Sobre o princípio em análise, o artigo “A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas diz:

O respeito à autonomia do paciente estende-se aos seus valores religiosos. Tais valores não podem ser desconsiderados ou minimizados por outrem, em particular pelos profissionais de saúde, a despeito dos melhores e mais sinceros interesses destes. Ademais, os valores religiosos **podem ser uma força positiva para o conforto e a recuperação do paciente se ele estiver seguro de que os mesmos serão respeitados.**⁵⁶ (destaque acrescido).

Dessa forma, consoante o critério da autonomia, é evidente que a decisão do paciente Testemunha de Jeová de recusar uma transfusão de sangue deve ser respeitada. Não é mais possível que transfusões sejam impostas a estes pacientes sob a argumentação de que a preservação da vida é bem jurídico maior do que a liberdade da pessoa. O que é bem para uma comunidade não necessariamente o é para outra. A imposição da transfusão torna inócua a autonomia do paciente, passando a ser atendido segundo os valores de outrem. Sobre isto, Ronald Dworkin defende a recusa de um indivíduo a receber uma transfusão de sangue ainda que isto ocasione sua morte “porque reconhecemos o direito que ele tem de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores”⁵⁷.

As argumentações a favor e contrárias a imposição da transfusão sangüínea têm a mesma raiz filosófica, qual seja, a idéia de que a vida tem valor intrínseco, sagrado e inviolável.

O problema é que interpretamos a idéia de que a vida humana é intrinsecamente valiosa de diferentes maneiras, e que os diferentes impulsos e convicções expressos nestas interpretações antagônicas são muito poderosos e veementes.⁵⁸

As testemunhas de Jeová, ao rejeitarem uma transfusão mesmo correndo eventual risco de morte, consideram que estariam violando a santidade da vida se aceitassem ser transfundidas. É preciso respeitar as convicções deste grupo

⁵⁶ MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico bioética.** 2005. Disponível em : www.direitonet.com.br. Acesso em 09 de maio de 2008.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 319.

⁵⁸ Idem, pag. 98

minoritário, sob pena de atacar frontalmente o ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios bioéticos. Sobre isto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já entendeu que “a negativa de receber transfusão de sangue é direito do paciente, dotado de capacidade volitiva e intelectual plena, merecendo respeito ante as disposições constitucionais referidas”⁵⁹. Neste caso, apesar da afirmação do médico atendente de que a transfusão sanguínea representava o único tratamento eficaz para a manutenção de margem de segurança para a preservação da incolumidade física do paciente, por causa do sangramento causado por varizes esofágicas, ele foi transferido para os cuidados de outro médico que o tratou com êxito sem utilizar sangue.

Como já citado, a autonomia é indissociável do conceito de consentimento informado. Segundo este, antes de uma intervenção, o médico deve explicar ao paciente os benefícios e riscos da terapia, assim como alternativas, permitindo que o paciente expresse anuência ao tratamento que considera ser mais adequado aos seus interesses. A *Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente*, que foi adotada na 34ª Assembléia Médica Mundial em 1981 em Lisboa emendada na 47ª Assembléia Geral no ano de 1995 na cidade de Bali, na Indonésia, assim determina:

Derecho a la Autodeterminación:

- a) El paciente tiene el derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente em relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión
- b) El paciente adulto mentalmente competente tiene **derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.**

Dessa forma, o consentimento informado exige que o paciente tenha plena ciência dos tratamentos que lhe são ofertados, podendo assim consentir em receber o que melhor deseja. O corolário lógico da doutrina do consentimento

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Cautelar Inominada nº 01193306956. Porto Alegre, RS, 24 de agosto de 1994 *apud* MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico bioética.** 2005. Disponível em : www.direitonet.com.br. Acesso em 09 de maio de 2008.

esclarecido é que o paciente possui o direito de não consentir, isto é, de recusar um tratamento. É pertinente mencionarmos o que diz a Convenção Européia sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina de 1997:

Art. 5º Uma intervenção cirúrgica (...) só deve ser realizada depois de a pessoa envolvida ter dado consentimento voluntário e esclarecido.

Art. 6º Deve-se levar em conta a opinião do menor como fator cada vez mais determinante, em conformidade com sua idade ou grau de maturidade.

Questão aparentemente controvertida ocorre quando o paciente está inconsciente, incapaz de expressar sua vontade. Estaria nesta hipótese impossibilitado de exercer sua autonomia? A resposta é não, uma vez que as Testemunhas de Jeová portam um documento intitulado “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”, no qual expressam clara e especificamente sua escolha de tratamento isento de sangue, nomeando dois procuradores com plenos poderes para o foro em geral. O documento é ainda assinado por duas testemunhas. Este documento é uma manifestação clara e convincente da vontade do paciente sobre tratamento médico, e os profissionais de saúde têm a obrigação de respeitá-la e defendê-la. Sobre isto, o Dr. Marco Segre, Professor Titular de Ética Médica da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo diz: “Mesmo no caso de choque, coma ou outro impedimento à expressão da vontade do paciente, desde que esta (vontade) tenha sido anteriormente documentada, somos da opinião de que o médico não deve afrontá-la.”⁶⁰ No mesmo sentido, o Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor de Direito Constitucional da Faculdade de direito da USP afirma que:

Todo ser humano tem o direito fundamental de aceitar ou não um tratamento ou ato médico. (...) Essa manifestação de vontade pode ter lugar no momento em que o ato ou tratamento lhe é receitado, ou previamente por meio de documento que preencha os requisitos da lei civil para a validade dos atos jurídicos em geral. (...) Assim, para a validade do [documento no qual o paciente deixa claro sua recusa a consentir a transfusão de sangue] basta a assinatura do interessado.⁶¹

⁶⁰ DEL CLARO, José Claudio. Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue. p.36. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. novembro de 1994.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. p.06. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro de 1994.

O próximo princípio bioético a ser analisado é o da beneficência. É o critério mais antigo da ética médica, através dele o médico deve direcionar sua atividade e intervenção em benefício do seu paciente, isto é, este tem o direito a que o médico tome decisões que favoreçam os seus interesses fundamentais. O Relatório Belmont estabelece que três regras gerais podem ser formuladas como expressões complementares de uma ação benéfica: não causar o mal, maximizar os benefícios e minimizar os danos possíveis. Assim, o médico primeiro precisa verificar o que é fazer o bem na concepção do paciente, precisa compartilhar com seu paciente o melhor tratamento para o ser humano em sua inteireza, o que compreende não apenas aspectos físicos, mas mentais, psicológicos e sociais.

É comum ouvirmos que a recusa de uma transfusão de sangue em caso de iminente risco de morte gera um conflito entre o princípio da autonomia e o da beneficência. Todavia, isto não é verdade, pois, como exposto, a beneficência significa o dever de agir de acordo com os interesses fundamentais do paciente, e estes são claros e evidentes, estando inclusive formalizados em um documento. Para o paciente Testemunha de Jeová, seu interesse precípua é respeitar a santidade do sangue e, por conseqüência, o caráter sagrado da vida na sua concepção baseada na Bíblia. Assim sendo, o conflito existente ocorre entre a autonomia e um outro conceito denominado de paternalismo médico. Esta expressão envolve a idéia majoritária dos médicos e da sociedade em geral que sustentam a permanência da vida física a qualquer custo, forçando o paciente a receber uma transfusão sangüínea se este tratamento for o único disponível numa determinada situação.

Sobre isto, Ronald Dworkin afirma que contrariar as decisões de um ser humano realizadas no pleno gozo de suas faculdades mentais corresponde ao exercício de “uma forma inaceitável de paternalismo moral”⁶². Não existe, portanto, qualquer conflito entre autonomia e atendimento aos interesses fundamentais do paciente, ou seja, beneficência. No caso de inconsciência do paciente, não podemos dizer que estaríamos demonstrando compaixão por ele, “se nos recusássemos a fazer o que ele pediu quando ainda era competente, pois isso não seria piedoso com

⁶² DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 331.

a pessoa integral”⁶³. Em consonância com o exposto, o Dr. Volnei Garrafa, pós-doutor em bioética pela Universidade de Roma professor titular e coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília diz:

Casos, como o de uma Testemunha de Jeová que não deseja que lhe seja administrado sangue sob qualquer hipótese, devem ser considerados a partir do princípio bioético da autonomia do paciente sobre seu corpo e sua integridade moral, e não a partir da fórmula de que a ‘preservação da vida é bem jurídico maior do que a liberdade da própria pessoa’. É aí, exatamente, onde reside a modernidade e o espírito democrático da bioética – livre de paternalismos que se confundem com a beneficência... Para a bioética, o que é ‘bem’ para uma comunidade moral não necessariamente significa ‘bem’ para outra, já que suas moralidades podem ser diversas.⁶⁴

O terceiro princípio basilar da bioética é o da justiça, compreendido no sentido de equidade. É o princípio da justiça que deve obrigar o Estado a garantir a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios do serviço de saúde. Portanto, conforme já mencionado no item 5.1, é fundamental que o estado garanta o acesso dos pacientes aos métodos alternativos à transfusão de sangue. Há uma tendência mundial para a adoção desses métodos em substituição à convencional transfusão, tendo em vista serem mais seguros, do ponto de vista dos riscos de transmissão de doenças, e eficazes.

O princípio da justiça consiste em promover, dentro dos limites do possível, um acesso igualitário dos cidadãos aos bens da vida. Dentro do objeto de estudo desta monografia, esse critério bioético envolve propiciar um sistema de saúde justo, através do qual seja possível a satisfação das necessidades dos cidadãos respeitando suas diferenças. Justiça, acima de tudo, significa respeitar as diferenças existentes na sociedade, bem como garantir os direitos dos grupos minoritários. Conforme o líder hindu Mahatma Gandhi disse: “uma civilização é julgada pelo tratamento que dispensa às minorias”.⁶⁵

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 332.

⁶⁴ MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico bioética**. 2005. Disponível em : www.direitonet.com.br. Acesso em 09 de maio de 2008.

⁶⁵ GANDHI, Mahatma *apud* BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Diversidade religiosa e direitos humanos**. Brasília. 2006. p. 24

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema objeto de exposição é deveras controverso, sobretudo pelo fato de o ser humano considerar a vida sagrada, atribuindo-a um valor intrínseco. Deixamos claro, se é que ainda restam dúvidas, que as Testemunhas de Jeová compartilham o pensamento de que a vida tem valor sagrado e, segundo suas convicções bíblicas, "abster-se de sangue" (Atos 15:19,20,28,29) é uma das formas de respeitar o mencionado valor. A idéia de que a vida humana é intrinsecamente valiosa é interpretada de diversas maneiras e, conforme Ronald Dworkin, "o maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade"⁶⁶.

Dessa forma este trabalho monográfico procurou traçar diretrizes a fim de elucidar se, do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, bem como sob a ótica dos princípios bioéticos, a recusa das Testemunhas de Jeová em aceitar transfusões de sangue é legal e legítima. Observamos que não existem direitos absolutos e os conflitos entre princípios fundamentais devem ser resolvidos pela técnica da ponderação de valores. Vimos que o aparente conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida deve ser solucionado tendo em vista a dignidade da pessoa humana (art 1º, inciso III, CF/88), a qual é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Analisamos, num capítulo próprio, o conceito de saúde, o qual não se resume a aspectos físicos, mas envolve o bem-estar mental, social e espiritual de um indivíduo. Esse conceito holístico de saúde está implícito na Constituição Federal e é expresso na Lei 8.080/90 - Lei do Sistema Único de Saúde. Também em capítulo específico, foram analisados os princípios bioéticos da autonomia, beneficência e da justiça. Restou clara a inexistência de qualquer conflito entre a autonomia e a beneficência, uma vez que respeitar o direito de autodeterminação do paciente é um ato benéfico.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 343.

É mister enfatizar que o paciente Testemunha de Jeová não deseja morrer, antes quer apenas ser tratado de forma a não violar suas crenças. Com o desenvolvimento e disseminação gradativos dos métodos alternativos à transfusão de sangue, acreditamos que, em breve, as argumentações expostas serão desnecessárias. Entretanto, até esse momento chegar, é vital que o Judiciário brasileiro e a classe médica reflitam que, numa ordem democrática e pluralista, não é mais possível que sejam impostas transfusões de sangue contra a vontade de pacientes, sob a pena de desconsideração da liberdade, privacidade, autonomia e dignidade da pessoa humana.

8 REFERÊNCIAS

LIVROS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PESSINI, Léo. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

ARTIGOS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 38.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções

religiosas, p.09. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. 23 de novembro de 2000.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Diversidade religiosa e direitos humanos**. Brasília. 2006. p. 24

DEL CLARO, José Claudio. Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue. p.33. **Parecer Jurídico**, São Paulo, SP, Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová. novembro de 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. **Parecer**. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 24 de outubro 1994.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos Fundamentais: direito à vida x direito à liberdade religiosa. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

MARINI, Bruno. **O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico bioética**. 2005. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 09 de maio de 2008.

RICCI, José. Antígona: a mãe da individualização do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1308, 30 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9440>>. Acesso em: 20 de maio 2008

VÍDEO

ALTERNATIVAS à transfusão: série de documentários. Produzido por Watchtower Bible and Tract Society fo New York, Inc. 25 Columbia Heights, Brooklyn, NY 11201-2483, U.S.A.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

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

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set.1990.

ANEXO – extraído do seminário I da Comissão de Ligação com Hospitais para as Testemunhas de Jeová – setembro de 1995 – Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados (Cesário Lange – SP – Brasil)

Resumo do Processo 478 So. 2d 1033 (Miss. 1985):

Bernice Brooks era Testemunha de Jeová. Na primavera setentrional de 1964, deu entrada no Hospital Geral Mc Neal, em Chicago, EUA, para tratamento duma úlcera péptica. Por algum tempo antes disso, ela estava sendo atendida pelo Dr. Gilbert Demange e o havia informado repetidas vezes de suas objeções religiosas e médicas ao uso de sangue transfundido. Ela havia até mesmo registrado em cartório um documento liberando o Dr. Demange e o hospital de toda e qualquer responsabilidade que pudesse resultar da obediência, por parte deles, de sua recusa de transfusões de sangue. Apesar de saberem da vontade da Sra. Brooks, ou à família dela, o Dr. Demange e vários advogados do Estado deram entrada numa petição para que fosse nomeado um curador e emitida uma liminar que autorizasse que autorizasse o curador a dar consentimento para a administração de sangue. A petição e a liminar foram concedidas e o sangue foi transfundido.

Embora a Sra. Brooks questionasse a falta de aviso e argumentasse contra a sua suposta incapacidade na ocasião em que foi feita a petição, a Suprema Corte de Illinois formulou categoricamente seu acórdão à base de que se o direito da Sra. Brooks ao livre exercício de sua religião, garantido pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA, protegia ou não sua decisão de recusar as transfusões de sangue que alegadamente salvam vidas. Ao acordar que protegiam, a alta Corte de Illinois ratificou vigorosamente que “a liberdade de diferir não se limita a coisas de somenos importância. Isso seria uma simples sombra da liberdade. O texto de sua substância é o direito de diferir de coisas que tocam o âmago da ordem existente”. O tribunal também sublinhou que **não deve haver confusão da “questão do poder governamental de regular ou de proibir a conduta motivada por crenças religiosas com o problema bem diferente da autoridade governamental de impor um comportamento ofensivo aos princípios religiosos”**. (destaque acrescido).

Assim sendo, o Tribunal de Illinois sustentou que:

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, conforme estendida aos Estados individuais pela Décima Quarta emenda dessa Constituição, protege o direito absoluto de todo indivíduo de usufruir a liberdade em suas crenças religiosas e no exercício das mesmas, estando sujeito apenas à qualificação que o exercício delas poderá ser limitado pela ação governamental no caso em que tal exercício ponha em risco, de forma clara e presentemente, a saúde, o bem-estar, e a moral públicos.

Não encontrando ameaça alguma à saúde, ao bem-estar ou a moral públicos na recusa de sangue da Sra. Brooks, o Tribunal reformou a liminar de curadoria e resumiu o processo do seguinte modo: “Em última análise, o que aconteceu aqui envolvia uma tentativa judicial de decidir que proceder é melhor para determinado indivíduo, apesar dos conceitos contrários desse indivíduo, com base em suas convicções religiosas. Constitucionalmente, não se pode sequer contemplar tal medida.”

Comentário

O processo *Brooks* é o primeiro acórdão de um tribunal de recursos dos Estados Unidos que sustenta o direito de uma das Testemunhas de Jeová de recusar transfusões de sangue indesejadas. Trata-se de um forte endosso da proteção da Primeira Emenda Constitucional ao livre exercício de religião. Por este motivo, *Brooks* constitui um apoio adicional do direito de autodeterminação sobre o próprio corpo, garantido pelo Direito comum, e de proteção desse privilégio, do Direito Comum, de interesse na Liberdade, garantido pela Décima Quarta Emenda constitucional.

Resumo do processo 478 So.2d 1033 (Miss . 1985):

Mattie Brown era Testemunha de Jeová. Em agosto de 1985, foi baleada e ferida gravemente por sua filha adulta. Suspeitava-se também que a filha dela

havia matado o pai. Após ser baleada, a Sra. Brown foi levada para o hospital, onde os médicos disseram que ela precisava de uma cirurgia urgente, na qual, na opinião deles, seria necessário usar sangue. Visto que o promotor público distrital da localidade cria que a Sra. Brown era a única testemunha ocular dos tiros e do homicídio, ele entrou com um pedido *ex parte* de liminar que autorizasse o uso de sangue durante a cirurgia. Três dias depois, o advogado da Sra. Brown entrou com uma petição para que se cassasse a liminar. Tal petição foi recusada. A Sra. Brown foi transfundida no decorrer da cirurgia.

Depois disso, o advogado da Sra. Brown entrou com um recurso de emergência perante a suprema Corte de Mississippi. O assunto não era considerado *moot* (perder a razão de ser) porque o médico da Sra. Brown declarou que ela iria precisar de outras cirurgias e que o sangue poderia novamente ser necessário. Depois de revisar as petições e ouvir os argumentos sobre o recurso de emergência, a alta corte de Mississippi cassou a liminar do tribunal de primeira instância e “mandou que não se obrigasse a Sra. Brown a submeter-se ou a receber uma transfusão de sangue contra a sua vontade”.

Num acórdão divulgado posteriormente, a Suprema Corte de Mississippi explicou que a questão era se o interesse do Estado de manter viva até o julgamento uma testemunha ferida de dois crimes violentos se sobrelevava ou não aos direitos constitucionais tanto da constituição estadual quanto da federal, de a testemunha gozar do livre exercício da religião e da privacidade. Ao sustentar o direito da Sra. Brown exercer livremente sua religião, **o Tribunal observou que no caso em que a ação fundada na religião é uma recusa de agir, antes que uma conduta afirmativa e declarada, a autoridade do estado de intervir virtualmente não existe, exceto somente no caso de um grave e imediato perigo público (negrito acrescido)**. O tribunal sustentou que, uma vez que o Estado não havia demonstrado haver qualquer perigo público iminente e grande, o direito da Sra. Brown de livre exercício da religião não se subordinava a nenhum interesse do Estado.

Com respeito à privacidade, a alta corte de Mississippi, ao aplicar o direito expresso de privacidade pessoal, garantido pela Constituição de Mississippi,

explicou: “Cada um de nós tem o direito à inviolabilidade e à integridade de nossa própria pessoa, a liberdade de escolher ou um direito à autodeterminação, se assim o quiserem”.

De novo, uma vez que o Estado tinha deixado de demonstrar qualquer perigo iminente para um sobrelevante interesse público, O Tribunal sustentou o direito de privacidade da Sra. Brown e observou que:

O direito dela de não ser incomodada lhe confere o direito de recusar uma transfusão simplesmente porque ela não quer, direito este, novamente, que só pode ser restringido em casos de grande e iminente perigo público... **O direito de privacidade é tão pessoal que sua proteção não exige que se forneça uma razão para seu exercício.** Basta que aquela seja uma pessoa, ímpar e individual. (destaque acrescentado)