

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

EVEN MONALLISA DE OLIVEIRA BANDEIRA

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RECUSA A TRATAMENTO  
MÉDICO POR CONVICÇÕES RELIGIOSAS

SOUSA

2013

EVEN MONALLISA DE OLIVEIRA BANDEIRA

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RECUSA A TRATAMENTO  
MÉDICO POR CONVICÇÕES RELIGIOSAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Monízia Pereira Nóbrega.

SOUSA

2013

EVEN MONALLISA DE OLIVEIRA BANDEIRA

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RECUSA A TRATAMENTO  
MÉDICO POR CONVICÇÕES RELIGIOSAS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Monnizia Pereira Nóbrega

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 19/09/2013

---

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Monnizia Pereira Nóbrega

---

Prof<sup>ª</sup> Iana Melo Solano Dantas

---

Prof<sup>ª</sup> Petrucia Marques Sarmiento Moreira

A Deus, que é a luz da minha vida.  
À minha mãe, meu pai e ao meu irmão, para vocês e  
por vocês essa vitória!  
A Tio Erli, por me apresentar as primeiras luzes do  
Direito.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua grandiosidade em meu viver, por me capacitar a cada batalha, por renovar as minhas forças todos os dias, por ser e base da minha existência, a luz do meu caminho. Ao Senhor, Deus do impossível, cujo amor me mantém viva, toda honra e toda glória. A Ti essa vitória!

Aos meus pais, Edilson e Guia. Ao meu pai, por todo zelo, educação e cuidado, pela confiança em mim depositada, por me ensinar os primeiros passos e me acompanhar em toda caminhada. À minha mãe, por ser meu anjo protetor e meu porto seguro, por abdicar dos próprios sonhos em função dos meus, pelo apoio diário. Mãezinha, sem você eu jamais teria conseguido. Essa conquista não é apenas minha, é nossa!

A Juninho, meu irmão, com quem dividi a infância, a adolescência, e agora essa conquista, com quem vivi as primeiras experiências de amizade. A vocês, Mainha, Painho e Juninho, que são o motivo de todas minhas lutas, que são parte de mim, eu dedico essa vitória, porque essa conquista só faz sentido quando vejo nos olhos de vocês o brilho do orgulho. Amo vocês incondicionalmente!

Aos meus avós maternos. Vovô Oliveira, modelo de coragem e trabalho, que transmitiu a mim esses princípios essenciais em nossa vida. E, à vovó Maria, meu exemplo de força e fé. Obrigada, vovó, por todas as vezes que pedi que colocasse minhas lutas em suas orações e a senhora prontamente o fez, por todas as vezes que sua fé fortaleceu a minha, por me ensinar desde criança que tudo é possível quando se crer em um Deus vivo.

Aos meus avós paternos. Vovô Manuel (em memória), que sequer cheguei a conhecer, mas que seu exemplo de honestidade e bondade se transmite até hoje através do meu pai e dos meus tios. E, Vovó Terezinha, espelho de coragem e determinação. Obrigada, vovó, por todos os ensinamentos, por incentivar meus objetivos e colocá-los sempre em suas orações, por ser esse exemplo de mulher que foi essencial pra fazer de mim o que sou hoje.

Aos meus tios maternos. Aduato, Francisco, Dilma, Rosa e Júnior, que, apesar da distância, sempre torceram e fizeram com que os pensamentos positivos chegassem até mim e impulsionassem esse sonho. Muito obrigada! E, aos que pude conviver mais: Zé Ari, João Marcos, Claudinha, e Maely, os quais fizeram parte da minha infância e contribuíram indubitavelmente pra que eu me tornasse o que sou hoje. Muito obrigada por todos os ensinamentos, por toda consideração e por todo carinho. A vocês que fazem parte da minha história, que foram meus primeiros exemplos a seguir, essa conquista!

Aos meus tios paternos. Tio Elri, por ser meu maior exemplo de dedicação, estudo e perseverança, por plantar em mim desde criança a paixão pelos livros e pelo saber, e por ter sido essencial em toda a minha formação pessoal e profissional. A tio Erli, o meu agradecimento todo especial, primeiro por ser o semeador desse sonho, por me apresentar ao Direito e por me ensinar a amar a Justiça, segundo por sempre acreditar em mim, mesmo quando eu própria duvidava, a você eu devo grande parte dessa conquista, em você eu me espelhei pra poder chegar até aqui hoje e, transbordando de orgulho, poder dizer: Tio, muito obrigada por tudo, eu consegui! À minha tia e madrinha Aparecida, por todo o estímulo, por todas as orações e por, apesar da distância, sempre se fazer presente na minha vida. À Aída, que mais que tia é uma amiga, por nunca medir esforços para me ajudar, por acreditar em mim e por comemorar comigo cada conquista. A vocês, meus exemplos desde a infância, essa

vitória! E à Vanusa, que não é tia de sangue, mas é de coração, por incentivar esse sonho desde o vestibular, quando ele ainda era uma sementinha.

Ao meu namorado Noan, por renovar minhas forças quando elas insistiam em falhar, por acreditar em mim quando eu própria duvidei, por deixar claro, diariamente, que esta não era uma luta apenas minha, mas nossa, por se fazer presente em cada etapa, por comemorar comigo cada capítulo, por ser um grande amigo e o melhor companheiro. Obrigada, meu amor, seu carinho fez toda diferença durante essa trajetória, sua alegria coloriu a caminhada, seu amor tornou mais leve a jornada. Te amo muito!

À tia Aninha (em memória), meu exemplo de ternura e amor, que sempre sonhou meus sonhos junto comigo, que tanto pediu a Papai do Céu pra me ver formada. Tia, Deus a levou pra junto Dele antes que esse dia chegasse, mas, tenho certeza, que de onde a senhora estiver, estará me abençoando e comemorando comigo essa vitória tão esperada. Saudades eternas!

Aos meus primos queridos, pela amizade e torcida. Especialmente, aos meus pequenos, que coloreem meus dias com sorrisos inocentes de criança.

Às minhas amigas Aninha e Uilza, pelas palavras certas nos momentos de desânimo. E, especialmente à Joama, por todo o incentivo, e por se dispor prontamente a ajudar quando eu precisei. Vocês são muito especiais, e fizeram toda a diferença!

Aos colegas de curso, pelas ajudas mútuas e pelas amizades firmadas ao longo desses quase seis anos. Especialmente às minhas companheiras de batalha, Guia e Luana, por dividir comigo medos e certezas, dores e felicidades, sorrisos e lágrimas, desânimo e perseverança, frustrações e conquistas. Meninas, obrigada por tudo! Nós conseguimos!

Aos meus queridos da primeira Vara da Comarca de Pombal, Altair, Reinaldo e Teófilo, por me acolherem durante mais de um ano e meio de estágio, e por toda compreensão ao longo da conclusão desse trabalho. Especialmente à Izabella, por todo carinho, atenção e cuidado que sempre teve por mim, e por toda ajuda na realização dessa monografia.

À minha orientadora Monnizia, que prontamente se dispôs a orientar esse Trabalho de Conclusão de Curso, que depositou sua confiança em mim, e que é um exemplo de profissional, a qual muito admiro. Obrigada por toda paciência, educação, atenção e apoio, principalmente, e por honrar esse trabalho com o seu conhecimento.

A todo corpo docente do CCJS, especialmente aos que lecionaram na turma 2008.1, e contribuíram decisivamente para a nossa formação pessoal e profissional.

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram pra a realização desse sonho!

Não constituirmos, cada um de nós, senão um  
elo dessa imensa corrente fluida que é a vida e  
que, por isso mesmo não temos o direito  
interromper [...].

(Antônio Chaves)

## RESUMO

Apesar dos direitos e garantias fundamentais figurarem como baluartes de um Estado Democrático de Direitos e serem recepcionados no Texto Constitucional, sabe-se que eles não gozam de caráter absoluto. Uma vez que, diante de certas situações, um ou alguns desses direitos necessitam ser mitigados em detrimento de outros. Isso ocorre quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais. Contudo, muitas vezes, não existe uma previsão legal que presuma a situação e determine, previamente, qual direito deverá prevalecer. Diante disso, a solução ficará a cargo da jurisprudência, a qual deverá realizar a ponderação dos valores colidentes perante o caso concreto. Nos pólos do conflito apresentado no presente estudo, encontram-se, confrontando-se entre si, o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, recepcionados como fundamentais pela Constituição Federal e essenciais a dignidade da pessoa humana. Haja vista que, adeptos de algumas modalidades de religião não aceitam, em razão de sua fé, procedimentos médicos que envolvam transfusão sanguínea, mesmo que sua vida se encontre em iminente risco. Sabe-se, todavia, que este consiste no procedimento consolidado pelas Ciências Médicas para salvar a vida do paciente, quando este apresentar iminente risco de morte em razão de uma perda aguda de tecido sanguíneo. Questiona-se, diante disso, quais os critérios para se resolver essa colisão, tendo como parâmetro os princípios basilares de um Estado Constitucional. A pesquisa considera, pois, a necessidade de sopesar os bens jurídicos envolvidos, através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a necessidade de se evitar a completa inobservância de qualquer um dos direitos em questão. Assim, objetiva o presente trabalho analisar, sob a ótica jurídica, a solução mais adequada a ser aplicada, quando da recusa a tratamento médico por convicções religiosas o bem jurídico da vida estiver em iminente risco, levando-se em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugada com a sua mínima restrição. Para alcançar esses objetivos, a pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo, e como técnica de pesquisa, a teórica, através de levantamento bibliográfico, doutrinário, jurisprudencial, bem como da legislação aplicada. Além disso, o estudo possui cunho eminentemente explicativo, pois visa a identificar os fatores que determinam ou contribuem para se chegar a mais benéfica solução da colisão sob exame. Por fim, concluiu-se que, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro auferindo aos direitos fundamentais o *status* de cláusula pétrea, diante de uma situação de colisão entre eles, um deverá ser mitigado em detrimento do outro. Todavia, antes, é indispensável sopesar os direitos envolvidos, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos protegidos, para que se possa atingir a solução do conflito com a máxima efetivação dos direitos em colisão e, ao mesmo tempo, com sua mínima restrição. Tornando-se essencial, para tanto, o estudo da hermenêutica constitucional envolvida e dos princípios constitucionais de um Estado Democrático.

Palavras-chave: Direitos. Vida. Liberdade. Religião. Colisão.

## ABSTRACT

Still the fundamental rights and guarantees appearing as bastions of a democratic rule of Rights and be welcomed into the constitutional text, know that they do not enjoy absolute character. Once, before certain situations, one or some of these rights need to be mitigated at the expense of other. This occurs when one is facing a collision of fundamental rights. However, often there is no legal provision that presumes the situation and determine in advance which law should prevail. Therefore, the solution will be in charge of the jurisprudence, which should carry the weight of conflicting values to the case. At the poles of the conflict presented in this study are confronting each other, the right to religious freedom and the right to life, approved by the Federal Constitution as a fundamental and essential to human dignity. Considering that, supporters of some forms of religion do not accept, because of their faith, medical procedures involving blood transfusion, even if your life is in imminent danger. It is known, however, that this is the procedure by Consolidated Medical Sciences to save the patient's life, when it presents imminent risk of death due to a severe loss of blood tissue. It is questionable, given that, what are the criterion to resolve this collision, having as parameter the basic principles of a Constitutional State. The research therefore feels the need to poise the legal interests involved, through the principles of proportionality and reasonableness, in view of the need to avoid the complete failure of any of the rights in question. Thus, the present work aims to analyze, from the legal perspective, the most appropriate solution to be applied, when refusing medical treatment for religious convictions the legal life is in imminent danger, taking into account the rule of the maxim fundamental rights involved, coupled with its minimal restriction. To achieve these objectives, the research uses the method of deductive approach, and as a research technique, the theoretical, through literature, doctrinal survey, jurisprudential, and the legislation. Furthermore, the study has eminently explanatory because it aims to identify the factors that determine or contribute to reach the most beneficial solution of the collision under examination. Finally, it was concluded that even the Brazilian legal earning fundamental rights status entrenchment clause, in a situation of collision between them, one should be mitigated at the expense of another. But before, it is essential to poise the rights involved, in order to coordinate and combine the legal interests protected, so that we can reach a solution to the conflict with the maximum realization of the rights in conflict and at the same time, with its minimal restriction. Making it essential, therefore, the study of constitutional hermeneutics involved and the constitutional principles of a Democratic State.

Keywords: Rights. Life. Freedom. Religion. Collision.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

a.C. – Antes de Cristo

AC – Apelação Cível

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

CoBi – Comissão de Bioética

CP – Código Penal

EUA – Estados Unidos da América

FUMSP – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

Nº - Número

OIT – Organização Internacional do Trabalho

P. – Página

Rel. – Relator

RT – Revista dos Tribunais

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	14
2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE.....	15
2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DA CARTA MAGNA .....	19
2.3. RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....	22
<b>3 DO DIREITO À VIDA</b> .....	27
3.1 CONCEITO E HISTORICIDADE.....	29
3.2 O DIREITO À VIDA COMO PREMISA NECESSÁRIA AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	32
3.3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL REFERENTE AO DIREITO À VIDA .....	34
<b>4 DA LIBERDADE RELIGIOSA</b> .....	39
4.1 A LIBERDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL .....	40
4.2 A LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	44
4.3 A DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA FACE À PRÁTICA RELIGIOSA.....	47
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59
<b>ANEXOS</b> .....	63

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos fundamentais e a garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana configuram as vertentes materiais do Estado Democrático de Direito. Portanto, a atuação do Estado deve ser sempre no sentido de resguardar os direitos fundamentais e assegurar a dignidade dos seus cidadãos, para que se garantam os fundamentos da estrutura de um Estado Constitucional.

O direito à vida e à liberdade religiosa são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Esta está a concretizar uma das vertentes da liberdade de expressão e de pensamento, consistindo na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa, não se esgotando no plano meramente subjetivo, ou seja, na crença individual, mas também abarca a prática religiosa e sua livre manifestação. Aquela é o bem garantido constitucionalmente como inviolável, assinalada como máxima do ordenamento jurídico e protegida pelo Estado com prioridade, haja vista seu caráter indispensável ao exercício de todos os demais direitos e aos atributos da personalidade.

O reconhecimento de tais direitos fundamentais estão consagrados no meio social. Contudo, sabe-se que nenhum direito fundamental é absoluto. Uma vez que, em face de certas situações, um ou alguns desses direitos necessitam ser mitigados em detrimento de outros. Isso ocorre quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais. Todavia, não havendo uma reserva de lei que preveja a situação e determine qual deles deverá prevalecer, a solução ficará a cargo da jurisprudência, a qual deverá realizar a ponderação dos bens envolvidos, com o intuito de resolver a colisão por meio do sacrifício mínimo dos direitos em questão.

A recusa a tratamento médico por convicções religiosas, mais comumente difundida na recusa a tratamento médico que envolva transfusão de sangue e de seus quatro componentes primários: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma, pelos praticantes de algumas modalidades de religião, envolve uma aparente colisão de direitos fundamentais. De um lado, tem-se o direito à vida, protegido de forma inviolável pela Constituição e, de outro, o direito à liberdade religiosa, caracterizada pela crença individual e pelo direito de praticá-la. Contudo, para se chegar à solução de tal conflito, torna-se imprescindível ponderar e balizar os valores nele envolvidos.

Desta maneira, em face da recusa a tratamento médico essencial à preservação da vida em detrimento de convicções religiosas, emerge à justiça a responsabilidade de

solucionar o conflito daí decorrente. Assim, diante dessa celeuma, questiona-se: qual o critério para se resolver essa colisão, tendo como parâmetro os princípios basilares da Carta Magna? Para tanto, a pesquisa considerará o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade como instrumentos imprescindíveis para a melhor solução do conflito. Haja vista que, diante da necessidade de se evitar a completa inobservância de qualquer um dos direitos em questão, imperioso se faz aplicar, ao caso concreto, a ponderação dos bens jurídicos envolvidos, para que, por conseguinte, possa se chegar à solução mais razoável, e que preserve a dignidade da pessoa humana.

Assim, esse estudo terá como objetivo geral analisar, sob a ótica jurídica, a solução mais adequada a ser aplicada, diante de um caso concreto, ao conflito de direitos fundamentais, quando da recusa a tratamento médico por convicções religiosas o bem jurídico da vida estiver em iminente risco, levando-se em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugada com a sua mínima restrição. Bem como, objetiva especificamente, compreender os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, garantidos constitucionalmente como essenciais à dignidade da pessoa humana. Examinar o caráter não absoluto dos direitos e garantias fundamentais e a consequente colisão que possa vir a surgir em razão dessa relatividade. Além de explorar, particularmente, a recusa a tratamento médico, por motivos religiosos, que envolvam procedimento de transfusão sanguínea, tendo em vista o iminente risco de vida como consequência desse ato.

Com o fulcro de alcançar os objetivos supramencionados, a pesquisa adotará como método de abordagem o dedutivo, para que a temática possa chegar a uma conclusão lógica científica. Tal escolha se baseia no fato desse tipo de método fundamentar-se no silogismo, partindo de uma premissa maior, passando por outra menor e chegando a uma conclusão particular. Assim, no momento em que se afirma que a recusa a tratamento médico por convicções religiosas, que ocasione iminente risco a vida, gera um conflito de direitos fundamentais, estar-se-á diante da premissa maior. Por conseguinte, traçando ao longo do texto um raciocínio linear, torna-se possível, ao final, se chegar à identificação dos resultados que estabeleçam a melhor solução para essa situação.

A pesquisa possui cunho, eminentemente, explicativo, pois visa a identificar os fatores que determinam ou contribuem para se chegar a mais benéfica solução da colisão sob exame. Onde, para tanto, a técnica de pesquisa utilizada será a do levantamento bibliográfico, portanto, o uso de livros, de leis, bem como o levantamento de entendimentos jurisprudenciais, além de material bibliográfico encontrado nos meios eletrônicos como a internet, dentre outros.

Para uma melhor sistematização, o estudo apresentado será estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo abordará os direitos recepcionados como fundamentais pela Constituição Brasileira, sua evolução histórica para que se atingisse esse patamar hoje consagrado, as garantias conferidas pelo ordenamento jurídico para que se alcance a máxima efetivação desses direitos, e o caráter relativo dos direitos fundamentais como essenciais a solução de colisão entre eles.

O segundo capítulo abordará o direito fundamental à vida, com breve histórico da evolução desse direito ao longo dos tempos, até que se atingisse o nível de bem supra do ordenamento, aludindo ao seu caráter de premissa necessária ao exercício do demais direitos, e abordando o tratamento constitucional e legal que lhe é dado pela legislação brasileira. E o terceiro capítulo, por sua vez, versará sobre o direito à liberdade religiosa, como uma das vertentes do direito fundamental à liberdade. Bem como, se destinará ao estudo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para se atingir a melhor solução para colisão entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, objetivando sempre a regra da máxima observância desses direitos, conjugada com a sua mínima restrição.

O tema sob exame apresenta, pois, forte relevância social, haja vista a iminente necessidade de se atingir uma solução para essa situação conflitiva, que cada vez mais aflora no seio da sociedade contemporânea. Outrossim, o estudo apresentado também reveste-se de considerável importância jurídica, uma vez que, inúmeros casos aportam ao Judiciário em busca de uma solução que restrinja minimamente os direitos envolvidos. Já que, sobreposto a isso, tem-se que uma decisão judicial que determine que se proceda com um tratamento médico-cirúrgico, como é o caso das transfusões sanguíneas, vestem-se de caráter irreversível, não podendo, pois, ser aplicada arbitrariamente.

Assim, sopesar direitos e garantias essenciais à dignidade da pessoa humana, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos protegidos, para que se possa atingir a solução do conflito com a máxima efetivação dos direitos fundamentais em colisão e, ao mesmo tempo, com sua mínima restrição, é indispensável. Tornando-se essencial, para tanto, o estudo da hermenêutica constitucional envolvida e dos princípios constitucionais de um Estado Democrático.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um Estado Constitucional os direitos fundamentais assumem a função de premissa, absolutamente, necessária para que se garanta o respeito à dignidade da pessoa humana. Em razão disso, há muito se observa que as Constituições de diversos países vêm inserindo em seu ordenamento jurídico a perspectiva garantista, a qual vincula o exercício dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais. Isso porque, como preleciona Canotilho (1994 *apud* MORAES, 2003, p. 58), os direitos fundamentais cumprem:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar a agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Logo, os direitos fundamentais atuam como barreira frente as ingerências contra a dignidade humana, relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, para que se garanta a efetivação dos direitos fundamentais, não basta impor limites apenas ao Estado, como há muito se acreditava, exigindo-se apenas desse que não os viole. Há que se sacrificar parcela da liberdade primitiva inerente ao ser humano em benefício do bem comum.

Dessa forma, a aplicabilidade dos direitos fundamentais como garantia à dignidade da pessoa humana também se corrobora nas relações individuais dos cidadãos, haja vista ser este um requisito essencial para a vida em sociedade. Nesse contexto, ensina Sarmiento (2006, p. 293) que:

A doutrina liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Todavia, dita concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês, revela-se hoje profundamente anacrônica. De fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Nesse diapasão, dispõe Moraes (2000, p. 20) que “os direitos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no

sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.” Conseqüentemente, torna-se inconcebível se falar em Estado Democrático de Direito, sem se tutelar os direitos fundamentais como sustentáculo dessa forma de Estado.

## 2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE

Inúmeros e diferentes conceitos de direitos fundamentais são apresentados pelas diversas doutrinas, contudo, chegar a uma definição exata de direitos humanos fundamentais não é fácil. Esclarece Moraes (2000, p. 40), que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhe um conceito sintético e preciso”. Assim, dada a complexidade do instituto ora estudado, os conceitos apresentam suas principais características e fundamentos, sem, contudo, abranger toda sua extensão e especificidades.

Para Bobbio (2004, p.17), “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização.” Por sua vez, Moraes (2000, p. 39) assevera que:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas da vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*. (grifos do autor)

Uma dos conceitos mais completos, que abrange mais pormenorizadamente as características dos direitos fundamentais, é apresentado por Pérez Luño (1979, *apud* MORAES, 2000, p. 40), cuja definição considera os direitos fundamentais do homem como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Destarte, apesar das conceituações dos direitos fundamentais não atingirem todas as

suas especificidades e toda sua extensão, há, contudo, diversas características que lhes são inerentes. Por conseguinte, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, como elencado por David Araujo e Serrano Nunes Júnior (2006, *apud* LENZA, 2009), são: históricos, pois nasceram com o Cristianismo e se desenvolveram ao longo dos séculos, atuando como marco de grandes momentos da história, até chegarem aos dias atuais consagrados nas diversas constituições de inúmeros países; universais, pois abrangem todos os indivíduos indistintamente; limitados, pois apesar do seu caráter fundamental, esses direitos sofrem limitações quando, no caso concreto, entram em conflito de interesses; concorrentes, ou seja, podem ser exercidos de forma cumulativa; irrenunciáveis, o que significa que são inerentes ao homem, não podendo ele dispor.

Além dessas características, para Silva (2010) os direitos fundamentais ainda são: inalienáveis, ou seja, como não se pode dispor de tais direitos, também não se pode alienar, haja vista não possuírem conteúdo econômico-patrimonial; imprescritíveis, pois direitos personalíssimos não se perdem pelo decurso de prazo.

De acordo com o preceituado por Moraes (2000), as primeiras luzes dos direitos fundamentais remontam ao antigo Egito e a Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., atribuindo ao Código de Hammurabi de 1960 a.C. a primeira codificação a consagrar direitos comuns a todos os indivíduos, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família, prevendo, inclusive, que os governantes devessem obediência a supremacia das leis. Todavia, pode-se dizer que os direitos fundamentais têm como berço o Cristianismo e as diversas revoluções.

Ainda de acordo com o referido autor (2000), a concepção dos direitos fundamentais, como atualmente encontra-se difundida, é conseqüência de várias fontes históricas, desde os usos e costumes das distintas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e como o direito natural, as quais encontravam um ponto fundamental em comum, qual seja, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade.

Vê-se, portanto, que a idéia de direitos fundamentais precede a própria idéia de constitucionalismo, atuando como fundamento para a sua origem formal, conforme dispõe Moraes (2000, p.19):

A noção de direito fundamental é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da

soberana vontade popular. A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*. (grifos do autor)

Desse modo, consagrou-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou dimensões dos direitos fundamentais, como algumas doutrinas mais modernas preferem chamar, já que a nomenclatura “geração” transmite a idéia de substituição, como se um sucedesse o outro. Porém, sabe-se que os direitos fundamentais não se sobrepõem, ou seja, não há substituição. Destarte, a classificação em geração serve apenas para situar o momento histórico em que esses grupos de direitos são acolhidos pelo ordenamento jurídico. Assim, de acordo com a ordem histórica cronológica em que os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos constitucionalmente, eles podem ser classificados como direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e, para alguns doutrinadores, quarta geração.

Baseando-se na ordem cronológica e nos fatos históricos relevantes apresentados por Lenza (2009), os chamados direitos humanos de primeira geração são aqueles que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade, portanto, são direitos relacionados ao próprio indivíduo como tal (que englobam os direitos à vida, à liberdade, a propriedade, à igualdade formal, as liberdades de expressão, os direitos de participação política etc.), os quais limitam a atuação do Estado na liberdade individual. Para a consagração de tais direitos, alguns documentos históricos exerceram fundamental importância, tais como a Magna Carta Libertatum de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1688); Declaração Americana (1776), e; a Declaração Francesa (1789).

Por sua vez, os direitos humanos de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, tendo por objetivo obrigar o Estado a satisfazer as necessidades coletivas e a proporcionar o bem-estar social (compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e ao lazer). O momento histórico que impulsionou essa geração de direitos foi, primeiramente, a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX, cujo movimento reivindicava direitos trabalhistas e normas de assistência social, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho na Europa dessa época. Posteriormente, no início do século XX, a Primeira Grande Guerra marca a fixação dos direitos sociais de segunda geração, evidenciados, dentre outros documentos, na Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha), e no Tratado de Versalhes de 1919 (OIT).

Porém, foi a partir da segunda metade do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, diante do estado de calamidade que se encontrava a Europa pós-guerra, em razão da dilaceração que esta ocasionou a dignidade humana, que se consolidou, nesse ínterim, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, atendendo à previsão do artigo 55 da Carta das Nações Unidas. Consolidando-se, assim, os direitos e garantias fundamentais.

Já a terceira geração dos direitos do homem é marcada pela inserção do ser humano em uma coletividade, ou seja, o homem como indivíduo afasta-se do foco dos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de se dedicar a proteção dos grupos humanos, tais como a família, o povo, a nação, abrindo-se, assim, margem para o surgimento dos direitos tidos como difusos ou coletivos. É a geração dos direitos de solidariedade ou de fraternidade. Essa geração de direitos é balizada por alterações sociais, em consequência de profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), cujos efeitos foram alterações de suma relevância nas relações econômico-sociais. Com isso, emergem na esfera mundial novos problemas e preocupações, como, por exemplo, a necessidade de preservação do meio ambiente, de garantia de qualidade de vida, e da efetiva proteção dos consumidores.

Lenza (2009) acrescenta ainda à sua classificação os direitos humanos de quarta geração, o qual, seguindo as orientações de Norberto Bobbio, preleciona que a referida geração decorre dos avanços no campo da engenharia genética, haja vista, o iminente risco que a vida humana pode estar exposta diante do crescimento, muitas vezes incontrolável, das tecnologias de manipulação do patrimônio genético. Nas palavras do citado mestre italiano (1992 *apud* LENZA, 2009, p. 670): “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referente aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo”

Portanto, segundo Moraes (2000, p. 60), “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*” (grifos do autor). E ainda, como defendido por muitos doutrinadores, a quarta geração seria a do direito de proteção do patrimônio genético humano.

Por fim, Bobbio (2004, p. 5) dispõe que:

Os direitos do homem, por mais fundamentados que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de

uma vez e nem de uma vez por todas. O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos da instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice [...].

Assim, como se depreende do exposto, os direitos fundamentais não nasceram simultaneamente, nem adquiriram a importância que hoje é consagrada nas Constituições de diversos países de forma repentina ou em um curto espaço de tempo. A efetivação dos direitos fundamentais do homem é fruto de muitas lutas, guerras e reivindicações. É uma resposta ao clamor social de liberdade, igualdade e fraternidade. Desse modo, essas gerações de direitos têm seus fundamentos nas necessidades que surgiam de forma gradativa frente às novas condições sociais que emergiram ao longo dos anos. São, pois, uma conquista do homem ao longo da história e em decorrência dela.

## 2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DA CARTA MAGNA

Os direitos e garantias fundamentais, como baluartes de um Estado Democrático de Direitos, encontram-se inseridos no Texto Constitucional da Magna Carta desde o seu preâmbulo:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

No seu Título I a Constituição Federal de 1988 prevê os princípios fundamentais como normas embaixadoras do ordenamento jurídico pátrio e fundamento do Estado Democrático de Direito. Segundo Sarlet (2007, p.63):

A nossa Constituição vigente [...] foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em

manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. [...] mediante tal expediente, o constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Posteriormente a isso, a Carta Constitucional apresenta, de maneira explícita, os direitos e garantias fundamentais no seu Título II, o qual se subdivide em cinco capítulos: Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Dos direitos sociais; Da nacionalidade; Dos direitos políticos; Dos partidos políticos. Portanto, a CF/88 classifica o gênero dos direitos e garantias fundamentais em cinco importantes espécies, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Além disso, a Constituição outorga a esses direitos o patamar de cláusulas pétreas, ao dispor no art. 60, §4º, inciso IV que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”. Restando claro a prioridade dedicada a tais direitos pela Lei Maior.

Os direitos individuais e coletivos são aqueles inerentes a pessoa humana, são os direitos tidos como personalíssimos, tais como, o direito à vida, à dignidade, à honra e à liberdade. Por sua vez, os direitos sociais são aqueles basilares de um Estado Democrático de Direito, os quais priorizam o hipossuficiente em observância aos preceitos da igualdade social. Já os direitos de nacionalidade, dizem respeito ao vínculo jurídico-político que liga o indivíduo a um Estado, garantindo a este uma nacionalidade e fazendo dele um sujeito de direitos e deveres. Enquanto os direitos políticos são os que garantem a soberania popular, sua forma de exercício e a elege como fundamento do Estado Democrático. E por fim, os direitos relacionados aos partidos políticos agem em conjunto com os direitos políticos na preservação do Estado Democrático, regulando os partidos políticos e o sistema representativo.

Apesar dos princípios e das normas de direitos fundamentais introduzirem o Texto Constitucional, encontrando-se explicitamente previstas nos dois primeiros Títulos da Constituição, tais direitos não se limitam apenas a esta previsão, podendo ser encontrados ao longo da Carta Magna, explícita ou implicitamente, ou, ainda, em decorrência dos Tratados ou Convenções Internacionais, os quais o Brasil faça parte. O que significa dizer, que o rol dos direitos fundamentais não é taxativo, e que os direitos e garantias decorrentes de Tratados Internacionais podem receber o mesmo tratamento dos direitos fundamentais. É a redação do

art. 5º, §2º da CF/88, segundo o qual, “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse ínterim, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem eficácia e aplicabilidade imediata, por inteligência da redação dada ao art. 5º, §1º da Lei Maior. Contudo, algumas normas de direitos fundamentais carecem de legislação ulterior para que se garanta sua aplicabilidade e eficiência. Esclarece Moraes (2000, p.42) que tais normas:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Em regra, normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º). Essa declaração pura e simples por si não basta se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (por exemplo, mandado de injunção e iniciativa popular).

Deste modo, não basta a previsão do direito, mesmo que sob um caráter fundamental, há que se garantir o seu pleno exercício e a sua máxima proteção. Nesse contexto, relevantes são as lições de Bobbio (2004, p. 36), para o qual:

[...] o que importa não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los [...]. O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para efetiva proteção desses direitos. É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhonetes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados. Parece-me, antes de mais nada, que é preciso distinguir duas ordens de dificuldades: uma de natureza mais propriamente jurídico-política, outra substancial, ou seja, inerente ao conteúdo dos direitos em pauta.

É possível assim observar, que direitos e garantias fundamentais se diferem. Aqueles são bens, vantagens e prerrogativas conferidas ao indivíduo; estas, as garantias, são os mecanismos pelos quais se atinge a efetivação dos direitos fundamentais, seja de maneira preventiva, garantindo-se o seu exercício, seja com o objetivo de reparar, caso já tenha ocorrido violação de direitos.

Portanto, são os direitos fundamentais disposições meramente declaratórias, responsáveis por imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, e as garantias são disposições assecuratórias, responsáveis pela defesa dos direitos através da limitação do

poder. Ensina Canotilho (1993, *apud* MORAES, 2003, p.62) que:

As clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*). (grifos do autor)

Em todo caso, garantias é a proteção prestada aos direitos fundamentais, implicando em limites, no que concerne às atividades estatais e aos próprios indivíduos que possam causar a redução ou supressão ilegítima do pleno gozo de direitos garantidos, e no caminho pelo qual se assegura o exercício desses direitos.

Imperioso é destacar ainda, que as garantias podem encontrar-se expressamente na própria norma que assegura o direito, como a que determina “que é inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, e garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias” (art. 5º, VI da CF/88), a qual na primeira parte estabelece o direito à liberdade religiosa, e na segunda parte garante a proteção aos locais de culto e suas liturgias, com o objetivo, como resta claro, de salvaguardar o direito assegurado. Ou, nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais, as quais consubstanciam-se como espécies do gênero garantias, tais como: o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o direito de petição e a ação popular, que consistem em instrumentos postos a disposição de cada indivíduo no próprio Texto Constitucional, visando a defesa de seus direitos frente uma ação ou omissão que possa vir a mitigá-los.

Dessa forma, como exposto por Silva (2010, p. 186), “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”, sendo indispensável, portanto, previsão legal que preveja imposições, positivas ou negativas, que garantam e protejam os direitos fundamentais, prevendo, inclusive, mecanismos pra sua reintegração em caso de violação, tais como os remédios constitucionais.

### 2.3. RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais está consagrado no meio social, na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico. Não obstante a isso, sabe-se que nenhum direito fundamental é absoluto, encontrando limitação nos demais direitos fundamentais igualmente consagrados pela Lei Maior. Uma vez que, em face de certas situações, um ou alguns desses direitos necessitam ser mitigados em detrimento de outros. Isso ocorre quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais, situação na qual, para se solucionar o conflito, se faz necessária a ponderação dos bens envolvidos, objetivando o sacrifício mínimo dos direitos em questão.

Além disso, como bem trata Moraes (2000), os direitos fundamentais também não podem ser empregados como “escudo protetivo” da prática de atividades ilícitas, sob o argumento de afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal do ato criminoso praticado. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em voto relator do Ministro Pedro Acioli (RT, 709/418 *apud* MORAES, 2000, p.47):

Esta muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente cometem censurados delitos trazendo dor aos familiares das vítimas. (6ª T – RHC nº 2.777-0/RJ, rel. Min. Pedro Acioli – Ementário, 08/721).

Nas precisas lições de Bobbio (2004), o consenso geral induz a crer que os direitos fundamentais do homem têm um valor absoluto; e, que a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum em uma categoria homogênea. Dessa forma, tais direitos são, pois, heterogêneos e gozam de um caráter de relatividade. Neste sentido, o citado autor (2004, p. 42) dispõe:

Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros.

Vê-se, portanto, que “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu

oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”, como bem expõe Bobbio (2004, p. 21). Pois, segundo as lições do referido autor italiano (2004), só se atribui “valor absoluto” a um direito fundamental, quando ele for válido em quaisquer situações e para todas as pessoas sem distinção, por isso, essa é uma característica que se atribui a pouquíssimos direitos do homem. Essa situação só se perfaz quando existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais.

Assim, esse *status* privilegiado depende de uma situação que se verifica muito raramente, pois, torna-se muito difícil se instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas, sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. Logo, um direito só poderá ser considerado absoluto, quando a ação em consequência de sua instituição e proteção é considerada ilícita e universalmente condenada, como, por exemplo, o direito a não ser escravizado que implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado que implica a eliminação do direito de torturar.

De outro modo, que consiste na maioria das situações fáticas, em que dois direitos fundamentais se enfrentam ou colidem, não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Nesses casos, não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, mas sim, relativos, já que a tutela deles encontra, diante de determinados casos concretos, um limite intransponível na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. É o que ocorre, por exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Contudo, vale ressaltar, que a linha que estabelece qual o ponto em que um termina e o outro começa é bastante tênue. Assim, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável, não podendo ser estabelecido de uma vez por todas, pois, dependerá sempre da situação de colisão que se está diante.

É notório, então, que o caráter absoluto dos direitos fundamentais só se perfaz quando oposto a ele se tem uma conduta que por si só o exclua, uma conduta tipicamente ilícita. Contrário a isso, os direitos fundamentais assumem um caráter de relatividade. Assim, diante de certas situações que norteiam as relações do homem em sociedade, por vezes, se fará necessário sacrificar parcela da liberdade individual de cada sujeito da relação, em benefício do bem comum. Para isso, há que se observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista, que o ideal máximo a ser atingido é a mínima mitigação desses direitos, associada a sua máxima efetivação na solução dos conflitos. Nesse sentido, afirma Alexy (2011), que diante de casos de restrição a direitos fundamentais, exige-se que sejam

atendidas as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Existem, ainda, situações excepcionais, reconhecidas constitucionalmente, que podem culminar em restrição ou suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais. A aplicação dessas medidas só se opera para a restauração da ordem social, diante de situações gravíssimas de anormalidade. Neste contexto, assevera Moraes (2000, p.48) que:

A suspensão das garantias constitucionais é sem dúvida um dos atos de maior importância do sistema representativo, e tanto que em tese não deve ser admitido e nem mesmo tolerado. É um ato anormal, que atesta que a sociedade se acha em posição extraordinária, e tal que demanda meios fora dos costumes ou regulares.

No que se refere a tais medidas, a Constituição Federal prevê duas formas para a restauração da ordem em momentos de anormalidade, são elas: a decretação do Estado de defesa e do Estado de sítio. Ambas, justificadas pela gravidade da situação, permitem o aumento do poder repressivo do Estado, possibilitando a suspensão de determinados direitos fundamentais, em um lugar específico e durante um lapso temporal, para que se atinja a solução da situação de crise e o restabelecimento da ordem social.

Nesse diapasão, o Estado de defesa é uma medida restritiva mais branda, decretada pelo Presidente da República diante de uma emergência, sem necessidade de autorização do Congresso Nacional. Já o Estado de sítio é uma medida restritiva imposta em situações de maior gravidade, também decretada pelo Presidente, porém, com autorização obrigatória da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Ensina Moraes (2000) que, na primeira hipótese, poderão ser restringidos as garantias individuais do sigilo de correspondência e de comunicações telefônicas, de direitos a reuniões e de exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciárias competente; e, na segunda hipótese, dada a comoção social, além dos direitos e garantias individuais citados na primeira hipótese, poderão ser restringidos o da inviolabilidade domiciliar, do direito de propriedade e o da liberdade de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação.

Todavia, cumpre mencionar ainda, que diante de medidas restritivas de direitos fundamentais, em razão de situações excepcionais de anormalidade, os poderes Legislativos e Judiciários não poderão tornar sem efeito, mesmo que temporariamente, o direito constitucional do cidadão de acesso ao Poder Judiciário. Tal prerrogativa, por sua vez, tem

seu fundamento na separação tripartida dos poderes, cuja violação não se consubstancia nem diante de uma situação de calamidade declarada.

Logo, pode-se concluir que o caráter relativo dos direitos fundamentais é essencial em um Estado Democrático de Direitos. A própria Declaração dos Direitos do Homem (1948) estabelece que:

Artigo XXIX

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Portanto, o caminho para se obter a solução das situações conflitivas entre direitos, igualmente consagrados constitucionalmente como fundamentais, decorre da relatividade de tais direitos, aplicando-se para isso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na ponderação dos bens jurídicos envolvidos, buscando-se, sempre e primordialmente, a sua máxima efetivação. Além de ser essa característica essencial para que se aplique as medidas restritivas necessárias ao restabelecimento da normalidade, diante de situações excepcionais. Restando, incontroverso, a importância da flexibilização dos direitos fundamentais diante de certos casos concretos.

### 3 DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é inerente ao ser humano, caracterizando-se, sem dúvidas, como o maior de todos os direitos. Todos os demais encontram-se aportados na necessidade de se estar vivo. Além do mais, o dano a vida, ou seja, a morte, reveste-se de um caráter irreversível, consistindo, pois, em um dano extremamente gravoso. Não é por acaso que esse direito, o mais fundamental de todos, esteja consagrado em primeiro lugar no Texto Constitucional, precedido dos demais direitos fundamentais, como se depreende da redação do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

O Estado deve prover a total proteção a esse direito, empreendendo todas as diligências necessárias diante da violação ou da ameaça ao bem jurídico da vida, punindo rigorosamente quem contra ela atente. Inclusive, cumpre ao Estado proteger a vida mesmo quando seu próprio titular a coloca em risco. Nesse diapasão, discorre Mendes (2012, p. 294) que, “[...] a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular. Daí que os poderes públicos devem atuar para salvar a vida do indivíduo, mesmo aquele que praticou atos orientados ao suicídio”.

Ante o exposto, vale ressaltar que a legislação brasileira não prevê punição para o autor da tentativa de suicídio, tendo em vista que essa punição não atenderia as razões da política criminal, qual seja, a ressocialização do autor do delito, ao contrário, o suicida necessita é de ajuda para que se reabilite a sua normalidade psicológica. Todavia, como não poderia ser diferente, pune-se aquele que induz, instiga ou auxilia alguém ao suicídio. Neste contexto assevera Nucci (2002, p.385):

No Brasil, não se pune o autor da tentativa de suicídio, por motivos humanitários: afinal, quem atentou contra a própria vida, por conta de comoção social, religiosa ou política, estado de miserabilidade, desagregação familiar, doenças graves, causas tóxicas, efeitos neurológicos, infecciosos ou psíquicos e até por conta de senilidade ou imaturidade, não merece punição, mas compaixão, amparo e atendimento médico. Pune-se, entretanto, aquele que levou outra pessoa ao suicídio, ainda que nada tenha feito para que o resultado se desse, tendo em vista ser a vida um bem indisponível, que o Estado precisa garantir, ainda que contra a vontade de seu titular.

Portanto, é sobre o Estado que recai o dever de garantia e de proteção à vida. Cumprido a este se abster de qualquer ato que atente contra a existência de qualquer indivíduo, bem como zelar para que outros indivíduos não atinjam esse direito elementar. Como bem trata Bastos (2009), em seu parecer “Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas”:

O direito à vida é essencialmente um direito contra o Estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito. Isto significa que o Estado há de prover a necessária e adequada segurança pública, que impeça inclusive os demais particulares de desrespeitarem este sagrado direito.

Além disso, a Constituição Federal proclama o direito à vida em sua dupla acepção: o direito de continuar vivo, e de se ter uma vida digna quanto à subsistência. Dessa forma, não basta que se garanta a vida biológica, isto é, o direito de não ser morto, há que se garantir a vida digna de cada indivíduo. Ou seja, o direito à vida tem que ser compreendido como a possibilidade de se exercer os demais atributos da personalidade. Assim sendo, esse direito possui como fundamento a supremacia da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o Estado deve assegurar a efetivação do direito fundamental à vida, não só garantindo biologicamente sua proteção e punindo rigorosamente qualquer forma de se atentar contra esse bem proeminente; como também, é dever do Estado, prover as condições necessárias para que se garantam as condições básicas de subsistência de cada pessoa, tais como: saúde, alimentação, segurança, educação. Atuando, inclusive, como provedor dessas condições quando encontrar-se o homem privado de prover a si e a sua família uma vida digna. Em comentário feito ao artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz que “todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1998) ressalta esse entendimento:

A gente nasce, cresce, envelhece e morre. Às vezes nem chega a envelhecer. A mão de parca toca a face do destino antes da chegada das rugas. O direito é o instrumento criado pelo homem para que o curso dessa jornada seja tão natural que a caminhada não pese como um gravoso encargo, mas se cumpra como um benfazejo milagre. Por isso se declara, no direito dos direitos, que todo homem tem direito à vida. Mas não a qualquer existência, não a mera sobrevivência, definitivamente não a qualquer sobreexistência. O direito à vida não é só a garantia da “batida de um coração” ou uma “doce ilusão”. É o direito a realizar o eterno projeto humano de ser dignamente feliz. É a entrega a si mesmo no espaço de todos e o encontro mais profundo de cada um com todos os outros convertidos em fraternos elos da experiência transcendente e transposta no movimento entrecruzado de mãos que se conjugam para a superação de si mesmo e para a construção permanente do viver mais justo com o outro.

Portanto, vê-se que não basta proteger a vida, mas também o viver, ou seja, a qualidade de vida é parte intransponível desse bem jurídico protegido como máxime do ordenamento, pois, não há vida sem dignidade e sem condições mínimas de sobrevivência, tudo isso faz parte do que se consagrou entender por vida. Mais do que isso, essa é a vida como bem supra, que deve ser juridicamente protegida pra que se garantam as bases de um Estado Democrático de Direitos. Assim, a vida humana deve receber toda a atenção e cuidado, desde a concepção até que se cumpra o seu curso natural, haja vista ser a concepção o marco inicial desse direito, e a morte o seu marco final.

### 3.1 CONCEITO E HISTORICIDADE

Conceituar o que seja a vida não é uma das tarefas mais fáceis. Essa é uma das empreitadas mais complexas que existe. Há muito que as mais diversas correntes doutrinárias e filosóficas tentam encontrar uma definição para a vida, especialmente a vida humana. Como elucidado nas palavras de Chaves (1994, p.16):

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?

A magnitude desse bem impede uma definição exata e completa. A vida é o transcorrer de toda uma existência, a qual poderá ser analisada sobre diversos prismas: biológico, psicológico, religioso, social, jurídico etc., tornando-se, assim, muito subjetiva cada definição que lhe é dada.

Para as Ciências Jurídicas o marco que define o início da vida humana é indispensável. Porém, muito se discute a respeito de quando se inicia a vida. Para as Ciências Médicas e Biológicas, por exemplo, prevalece o entendimento que a vida surge a partir da concepção. Brandão (1999, *apud* LOPES, 2011, p. 40) explica, biologicamente, como surge esse bem supra de cada indivíduo:

A embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializada e teleologicamente programadas, ordenadas uma à outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismos de extraordinária precisão. Já não são dois sistemas operando independentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não apenas o ácido desoxirribonucléico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie humana, cujo desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até a morte. [...] É, portanto, um ser vivo humano e completo. Humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só é capaz de gerar seres de sua própria espécie. Do ponto de vista biológico não existe processo de humanização. Ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem do não humano ao humano. Completo, no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção.

Capez (2010, p. 23), citando ilustres pensadores e doutrinadores, apresenta importante discussão sobre quando se inicia esse bem supra de cada indivíduo:

É conhecido o aforismo de Galeno – “viver é respirar – e por extensão o de Casper – “viver é respirar, não ter respirado é não ter vivido”. E. Magalhães Noronha entende inexata essa conceituação, pois “apneia não é morte. Pode nascer-se asfíxico sem que se deixe de estar vivo. A respiração é prova de vida, porém esta se demonstra por outros meios: batimentos do coração, movimento circulatório etc”. E, fazendo alusão ao ensinamento de Vincenzo Manzini, completa: “No sentido do art. 121, vida é o estado em que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam suas condições físico-psíquicas. A noção de vida tira-se *ex adverso* daquele de morte.

A doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes ao adotarem a Teoria Natalista para determinar quando se inicia a existência da pessoa natural. De acordo com essa teoria, a qual é corroborada pelo Código Civil em seu art. 2º, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. No entanto, a vida humana é protegida por todo o ordenamento jurídico desde a concepção. Prova disso, é o próprio artigo supracitado, cuja redação afirma que, mesmo a personalidade só se iniciando com o nascimento com vida, “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Além disso, a tipificação do aborto como crime contra a vida, pelo Código Penal, também deixa claro que a vida humana intra-uterina é protegida da mesma forma que a do indivíduo já nascido. Como bem trata Lopes (2011, p.42):

A tutela da vida humana abrange todo o ciclo da vida. Inicia-se com a fecundação, marco inicial do desenvolvimento humano, e continua com a implantação, o período embrionário, o período fetal, o nascimento, a infância, a puberdade, a idade adulta e a velhice, até a morte. A proteção constitucional dá-se em todas essas fases.

Assim, assevera Bulos (2009, p. 443), “sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina”. Portanto, o momento preciso onde se inicia a vida humana é ainda muito controverso. Diversas teorias vêm tentando definir esse marco inicial ao longo do tempo, mas, nunca se chegou a uma conclusão definitiva ou a uma verdade incontestável. Porém, não restam dúvidas, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a concepção como o marco inicial para garantir proteção à vida. Assim, mesmo que a personalidade civil, os direitos de propriedade e a sucessão estejam condicionados ao nascimento com vida, a proteção ao direito à vida está garantida pela nossa legislação desde a concepção do ser humano.

Todavia, esse direito nem sempre gozou desse *status* de valor jurídico supremo. A vida, como é entendida e acolhida pelo ordenamento jurídico hoje, passou por vários processos de evolução e por vários momentos históricos, onde, nem sempre, o seu valor era tido como o maior na sociedade.

Durante a Idade Média, no período da inquisição, quando o Estado e a Igreja ocupavam o mesmo lugar na organização dos poderes, a vida era tida como de livre disposição, já que eram permitidas as penas capitais, ou seja, a pena de morte, como forma de punição a quem agia em desconformidade com as convicções filosóficas, religiosas e com os dogmas da Igreja. Além disso, durante esse momento da História, a Igreja ensinava e instigava a auto-lesão, a auto-mutilação e até a morte, através das penitências, como forma das pessoas se redimirem dos pecados. Assim, durante esse período, a religião prevalecia sobre o bem da vida, a qual era tida, pois, como perfeitamente disponível.

É com a Revolução Francesa, com a propagação dos seus ideais iluministas e anticlericais, que há o rompimento do Estado com a Igreja e o surgimento dos direitos individuais de primeira geração. É, pois, nessa época que se consagram os direitos relacionados ao próprio indivíduo, tais como: a vida e a liberdade. Portanto, é nesse cenário histórico que a vida surge como prerrogativa para se estabelecer limites à atuação estatal; e, também, passa a revestir-se de caráter inviolável e indisponível.

Porém, é na segunda metade do século XX, com as novas descobertas das ciências e os avanços da tecnologia, especialmente diante das modernas técnicas de reprodução humana assistida, que se intensifica os estudos e a necessidade de proteção ao bem jurídico da vida.

Esse direito, como hoje é consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, não interessa mais apenas ao indivíduo. Proteger a vida também passou a ser interesse do Estado, o qual assumiu a função de seu garantidor na atualidade. Assim, é indiscutível que é dever do

Estado tutelar, salvaguardar e proteger a vida, pois só assim é possível garantir os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, haja vista seu caráter de premissa necessária ao exercício dos demais direitos fundamentais. Nesse sentido, ao longo da história, o Estado passou de opressor a garantidor da vida, assumindo esta um valor social.

### 3.2 O DIREITO À VIDA COMO PREMISSA NECESSÁRIA AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O bem jurídico por excelência de cada indivíduo é a vida, pois, para ser titular dos demais direitos fundamentais, ou de qualquer outro, é necessário que o ser humano, primeiramente, esteja vivo. Ou seja, somente a partir da existência da vida, é que se pode falar em sujeito de direitos e deveres. A vida é, pois, pressuposto para obtenção de todos os outros bens jurídicos. Logo, como leciona Bulos (2009, p. 442), “o direito à vida é o mais importante de todos os direitos”.

O direito emerge das relações humanas, ou seja, é uma ciência humana, a qual surge do homem para o homem. Como preleciona Reale (2003), essa é a lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus*, cuja tradução afirma que onde está a sociedade está o Direito, e cuja recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, onde está o Direito está a sociedade. Logo, o maior objeto do Direito é o ser humano. A função dessa Ciência é regulamentar as relações em sociedade para que se garanta a existência da vida humana. Portanto, só é possível se garantir a existência humana, objeto e razão do Direito, protegendo-se com a máxima eficiência a vida humana. Nesse contexto, Bittencourt (2010, p. 46) leciona que:

A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual.

A vida humana, como ressalta Mendes (2012, p. 296), é o “valor central do ordenamento jurídico e pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade.” Não existe a dignidade humana sem que se garanta a vida, essa é pressuposto daquela. A proteção a vida é a condição mínima da

dignidade humana, já que para se exercer todos os outros direitos da personalidade, minimamente, tem que se estar vivo. Portanto, como bem preceituou a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1998), “a vida é o objeto do direito maior do homem: aquele do qual e para o qual todos os outros direitos se constroem, se somam e em torno do qual todos os cuidados jurídicos se somam”.

Assim, sempre que estiver a vida exposta a qualquer risco, ameaça ou dano, em contraposição a qualquer outro direito, na maioria das vezes, aquela prevalecerá, por ser ela o bem jurídico de maior relevância, sem a qual os outros direitos da personalidade, que garantem a dignidade da pessoa humana, não existem. Dessa forma assevera Diniz (2001, p. 25):

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consentimento, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica.

A vida há que ser protegida prioritariamente, sob pena de se ver extinta a humanidade. Esse bem é essencial ao ser humano, é o requisito de sua existência e de garantia da perpetuação de sua espécie. Assim, como o Direito surge do homem para o próprio homem, esse é o responsável pelo seu bem maior e pela segurança da sua espécie. Por isso que se diz que o direito à vida é oponível a todos os homens. Nesse sentido expõe Diniz (2001, p. 22):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘erga omnes’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer [...]. Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar [...] tem eficácia positiva e negativa [...]. A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insanidade coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes [...]. Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana.

Nesse mesmo contexto, imperioso se faz ainda, elucidar as lições de Mendes (2012, p.292):

Nem a origem étnica, nem a origem geográfica, nem as opções de comportamento sexual, nem a idade – nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida. Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade, o direito à vida está necessariamente aí pressuposto.

Conforme explanado, o direito à vida é inerente ao ser humano, não necessitando que nenhum texto legal o reconheça expressamente como tal. Todavia, a Carta Magna o insere de modo explícito no seu contexto normativo objetivando, nitidamente, assegurar seu caráter garantista, incumbindo ao Estado e aos próprios indivíduos o dever de agir no sentido de preservar a vida. Haja vista ser esta pressuposto essencial ao exercício dos demais direitos da personalidade que garantem a dignidade da pessoa humana.

### 3.3 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL REFERENTE AO DIREITO À VIDA

A Constituição Federal de 1988 tutela a vida como direito fundamental no *caput* do seu art. 5º, o qual proclama “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

Além disso, o § 2º do artigo supracitado reza que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Logo, sendo o Brasil signatário de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que tutelam e ressaltam o bem jurídico da vida, pode-se dizer que no Brasil a proteção a esse direito possui um alcance internacional. Dentre eles, a mais importante, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a qual preceitua no seu art. 3º, “que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Imperioso se faz destacar ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida também como Pacto de

San José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 1992, cuja redação do inciso I do seu art. 4º estabelece que: “Toda pessoa tem direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A Constituição também protege expressamente a vida quando veda a adoção da pena capital ou de morte, abrindo uma exceção apenas nos casos de guerra declarada, como prevê o art. 5º, inciso XLVII, alínea *a*.

Há, além disso, como ressalta Mendes (2012), a proteção ao direito à vida em diversos outros dispositivos do Texto Constitucional. Exemplo disso é quando o legislador constituinte, impondo no art. 225, § 1º, inciso V, um ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. E ainda, quando, protegendo especialmente a vida do menor e das pessoas idosas, em razão da situação de vulnerabilidade que muitas vezes elas se encontram, determina no art. 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida [...]”; e no art. 230 que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Em todo caso, mesmo a Carta Magna tutelando os direitos fundamentais, não cabe a ela regulamentar o exercício desses direitos. Cumpre, assim, a legislação infraconstitucional regulamentar a proteção ao direito à vida, observando sempre o que preceitua a Lei Maior. No âmbito criminal, sob a órbita da Constituição, a legislação penal tipifica os crimes contra a vida, punindo quem contra ela invista direta ou indiretamente, e protegendo de todas as formas esse bem supra do ordenamento, inclusive, a vida intra-uterina.

Conforme explanado por Lopes (2011), são várias as figuras penais que prevêm, no âmbito punitivo, a inviolabilidade do direito a vida. Nesse ínterim, prevê a legislação repressiva os crimes tipificados como dolosos contra vida, os quais atentam diretamente contra esse bem jurídico, são eles: o homicídio (CP, art.121), o infanticídio (CP, art. 123), o aborto (CP, arts. 124 e 125) e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122).

Para os crimes dolosos contra a vida, com exceção do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, a legislação repressiva prevê sanções também na suas formas tentadas. E para o crime de homicídio se prevê punição, inclusive, na sua forma culposa. Ou seja, a legislação penal buscou ao máximo proteger a vida, prevendo sanções mesmo quando o dano a esse bem não tenha sido consumado, desde que por vontade alheia de

quem atentou contra ele. E punindo quem de qualquer forma não agiu com a devida cautela, negligência ou cuidado, em uma determinada situação, ocasionando, por conseguinte, dano a vida de outrem.

Ainda de acordo com o preceituado por Lopes (2011), além dessas figuras típicas, a proteção a vida está em inúmeras outras figuras previstas no Diploma Penal, que, por sua vez, também pune as condutas delitivas que ocasionam de forma indireta dano a vida, como, por exemplo, os casos de lesão corporal seguida de morte; da extorsão mediante seqüestro com resultado morte; do latrocínio; dos crimes de periclitação da vida e da saúde; e o genocídio. Assim, como ensina Bitencourt (2010, p. 46), “o respeito à vida humana é, nesse contexto, um imperativo constitucional, que, para ser preservado com eficiência, recebe ainda a proteção penal.”

O Código Civil também tutela a vida ao estabelecer no art. 2º que, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim, mesmo o legislador civil seguindo a corrente doutrinária que só concede personalidade civil a pessoa mediante o seu nascimento com vida (Teoria Natalista), a vida é resguardada desde a concepção, haja vista ser esse o seu marco inicial. É com a fecundação que passa a existir um novo ser, com identidade própria, carga genética definida e distinta do ser que o gerou. Portanto, havendo vida, não importa se a pessoa possui personalidade civil ou não, esse direito que lhe é inerente pelo simples fato de ser um ser humano, há que ser preservado com a máxima eficiência. Neste contexto, ensina Mendes (2012, p. 292):

Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida. [...] O elemento para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção [...]. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é o bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação humana. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo de sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana. Por conta dessa sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio da igual dignidade humana.

Por sua vez, Venosa (2004, p. 162) dispõe que:

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, entre nós, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

Portanto, no que diz respeito aos demais direitos, principalmente aos relacionados a propriedade, o nascituro só possui mera expectativa de direitos, ou seja, a sua titularidade efetiva está condicionada aos seu nascimento com vida. Porém, o direito à vida encontra-se resguardado desde a concepção. Logo, a vida de quem ainda estar por nascer é tutelada e protegida igualmente a da pessoa já nascida.

Nesse ínterim, o Diploma Civilista também regulamenta os direitos da personalidade (CC, arts. 11 a 21). Dessa forma, a legislação civilista elabora diretrizes que protegem, direta e indiretamente, a vida, tal como o art. 15, que estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Além disso, o referido Código no seu art. 12 concede a quem tiver qualquer direito da personalidade, portanto a vida, ameaçado ou lesionado, o direito de exigir que cesse a ameaça ou a lesão e de reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) também protege direta e indiretamente a vida, ao estabelecer no seu art. 7º, que “a criança e o adolescente tem direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Além de incumbir ao Poder Público o dever de propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem (art. 8º).

Por sua vez, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/, de 24 de setembro de 2009), estatui que “o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Ante o exposto, não restam dúvidas sobre a importância do bem da vida e da proteção que a legislação brasileira lhe confere. Todavia, torna-se impossível exaurir todas as formas que o direito à vida é tutelado no ordenamento jurídico. Esse bem jurídico é o direito mais essencial de todos, premissa necessária ao exercício dos demais direitos e sustentáculo dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, sua proteção é ampla e em

diversos diplomas legais, o que torna claro sua essencialidade para um Estado Democrático de Direito.

#### 4 DA LIBERDADE RELIGIOSA

Consoante a Constituição Federal, são invioláveis as liberdades de consciência e de religião, abrangendo o livre exercício de crenças e de cultos, bem como, a liberdade de convicção político-filosófica, cumprindo a lei, inclusive, proteger os locais de culto e de suas liturgias, conforme a redação dada aos incisos VI e VIII do seu art. 5º:

Art. 5º [...]

[...]

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

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

[...]

Segundo os ensinamentos de Bulos (2009), liberdade de consciência corresponde a liberdade de foro íntimo de cada indivíduo, referente aos seus próprios pensamentos e convicções, onde cada pessoa é livre pra seguir a diretriz de vida que lhe aprouver. Assim, a ninguém é dado o direito de submeter outrem a seus próprios pensamentos, bem como, ninguém é obrigado a seguir uma ideologia que não lhe é conveniente. Ser livre para pensar e se comportar conforme a sua subjetividade é o primeiro requisito pra se exercer as demais liberdades de pensamento, quais sejam, as liberdade de religião e de convicções político-filosóficas.

A liberdade religiosa compreende as liberdades de crença e de culto. Segundo o citado autor (2009), no que se refere a liberdade de crença, protege-se o direito de acreditar ou não em algo, sendo, pois, uma liberdade que possui um aspecto positivo, o direito de escolher a própria religião, e um aspecto negativo, o direito de não seguir religião alguma, de ser agnóstico ou ateu. Portanto, a ninguém é dado compelir outrem a seguir determinada religião, credo, teoria ou seita.

Por sua vez, a liberdade de culto corresponde a inviolabilidade e a proteção ao modo como as religiões exercitam suas liturgias, ritos, cerimônias, manifestações, hábitos e tradições, desde que não perturbe a ordem, a paz, a tranqüilidade e o sossego público, devendo respeitar a lei e aos bons costumes, sob pena de responsabilidade civil e criminal. Assim, a legislação brasileira protege todas as formas de exercício das religiões, bem como os

locais de suas práticas, tais como, igrejas, templos e centros, proibindo quaisquer intervenções arbitrárias.

Já a liberdade de convicção político-filosófica, corresponde a liberdade que cada indivíduo tem de seguir a corrente de pensamento político ou filosófico que lhe for conveniente, sendo garantido, pela lei, a livre expressão e circulação de idéias e pensamentos. Nas palavras de Bulos (2009, p. 468), “a liberdade de convicção político-filosófica é, na realidade, uma *liberdade de comunicação nas democracias*” (grifos do autor).

Vale ressaltar, que a liberdade religiosa também encontra limite no respeito aos demais direitos, não se admitindo que, em nome dela, outros direitos, principalmente os tidos como fundamentais, sejam prejudicados. Haja vista ser o Brasil, desde o advento da República (Decreto nº 119-A, de 17.01. 1890), um Estado laico, ou seja, leigo e não confessional, portanto, sem religião certa. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa, como também o caráter laico do Estado, ao proclamar no seu art. 19, inciso I, o seguinte preceito:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

No que se refere ao direito à liberdade, a Carta Magna proclama vários tipos de liberdades, além das liberdades de consciência, de religião e de convicção, bem como procura protegê-las por meio de diversas normas. Assim, é possível observar, que nesse íterim, a Constituição protege a liberdade de expressão; o direito à imagem e à vida privada, que consistem em uma limitação à liberdade de comunicação social, onde prevalece, diante dessa, o respeito ao direito à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos; além da liberdade de reunião e de associação, e outras, que implícita ou explicitamente, são proclamadas ao longo do Texto Constitucional. Portanto, esse direito possui vários elementos que o compõe, todavia, interessa para o presente a elucidação do direito à liberdade religiosa, em seus aspectos da liberdade de consciência, de crença e sua livre manifestação.

#### 4.1 A LIBERDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Como leciona Silva (2010), a liberdade é o que possibilita ao homem coordenar de modo consciente os meios necessários a realização da sua felicidade pessoal. Por sua vez, Bastos (2009) dispõe que:

O vocábulo liberdade não comporta uma única conceituação, sendo plurissignificativo. Num primeiro momento pode-se definir como sendo a faculdade que cada pessoa possui de decidir ou agir segundo a sua própria determinação. Sob o prisma social e jurídico, de outra parte, pode-se conceituar como sendo o poder de agir de cada pessoa, dentro de uma sociedade, segundo a sua própria determinação, desde que respeitados os limites impostos pela lei. Também é possível concebê-la como a faculdade de fazer tudo aquilo que não é proibido pela lei.

Para Lopes (2011, p. 20), “os direitos da liberdade resguardam aqueles ligados à individualidade do homem e a este como ser político”. Já a Declaração dos Direitos do Homem (1948) proclama que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Assim, a liberdade é um dos bens jurídicos mais importantes do homem, essencial a sua dignidade, e uma de suas maiores conquistas.

Desse modo, a liberdade é um direito fundamental básico, surgido com os ditos direitos de primeira geração, que anunciavam os direitos civis e políticos, os quais estão relacionados ao próprio indivíduo como tal, tais como os direitos à vida, à liberdade, a propriedade e à igualdade formal. Logo, tais direitos de primeira geração emergem a traduzirem o valor de liberdade, limitando, assim, a atuação do Estado na esfera individual. Portanto, por ser a liberdade um dos protagonistas dos direitos fundamentais, esta também constitui um direito fruto da evolução da sociedade ao longo da história.

Vê-se, desse modo, que, assim como os direitos fundamentais de primeira geração, o direito a liberdade, que pertence a essa dimensão de direitos, têm como berço o Cristianismo e as diversas revoluções. Na Idade Medieval, o Estado era a Igreja, predominando a monarquia absolutista, onde a Igreja era quem detinha o poder sobre os povos, portanto, era quem ditava qual religião, dogmas e crenças o povo deveria seguir. Assim, em um primeiro momento, diante das ingerências do Estado-Igreja, começam a emergir os direitos individuais, com o objetivo de limitar a atuação daquele poder opressor frente às liberdades individuais do homem.

Todavia, é a partir do movimento Renascentista, datado entre os séculos XIII e XVII, que ocorre consideráveis transformações no cenário político, social, cultural e religioso da sociedade dessa época. Especialmente na fase da Alta Renascença, com a Reforma Protestante, liderada por Martinho Lutero no início do século XVI, cujo movimento propunha, através da publicação de suas teses, uma reforma religiosa em face dos dogmas

impostos pela igreja Católica Romana. Assim, o ápice dessa Reforma inaugura a Idade Moderna e marca a divisão entre os católicos romanos e os protestantes, originando o Protestantismo, e surgindo, então, a ideia de tolerância religiosa.

É, pois, nesse cenário de luta das minorias pela liberdade de se seguir um credo, independente de imposição pelo Estado-Igreja, que se pode enxergar as primeiras luzes do que posteriormente seria concebido como liberdade de religião e crença pelas modernas Constituições, como preceituado por Canotilho (2000, p. 377):

A quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à “verdadeira fé”. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de **tolerância religiosa** e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. [...] se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais. (grifos do autor).

Contudo, conforme os ensinamentos de Comparato (2003), outros diversos fatos históricos foram imprescindíveis para a evolução dos direitos de liberdade como hoje é consagrado na maioria dos Diplomas Constitucionais. Dentre os quais, vale ressaltar, a Magna Carta Libertatum de 1215, outorgada pelo rei João Sem-Terra, cujo documento reconheceu vários direitos importantes para a efetivação dos direitos de liberdade, tais como a liberdade eclesial, a não existência de impostos sem anuências dos contribuintes, a propriedade privada, a liberdade de locomoção e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca. Além do *Petition of Rights* de 1628, na Inglaterra, que proclamou como indispensável o consentimento na tributação, o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias. Outro documento importante na evolução dos direitos de liberdades é o *habeas corpus Act*, de 1679, cujo documento protegia a liberdade de locomoção, inspirando, assim, legislações do mundo todo. E, também o *Bill of Rights* de 1689, o qual proclamava, entre outras coisas, a liberdade, a vida e a propriedade privada.

Entretanto, é com a Revolução Francesa e o efetivo rompimento do Estado com a Igreja, além da propagação dos seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, que o direito a liberdade se concretiza como direito fundamental e se difunde no ordenamento de diversos países. Nesse Ínterim, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, surge para fortalecer ainda mais esse ideal de liberdade surgido ao longo da história, ao ratificar, em seu art. 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, além de expressamente proteger o direito a liberdade, ao determinar em

seu art. 3º que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, fixando-o em um contexto internacional.

Em que pese a Constituição Federal Brasileira, se de fato a ordem dos direitos fundamentais foi elencada de uma forma valorativa pelo legislador constituinte, pode-se afirmar, então, que a liberdade ocupa o patamar do segundo direito fundamental mais importante, conforme o art. 5º da Constituição Federal, que reza que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]". Além disso, a Constituição ainda prever a proteção ao direito à liberdade e a proclama como direito fundamental em diversos outros dispositivos, tais como os que prevêm a liberdade de locomoção, de pensamento, de associação, de expressão e comunicação. A liberdade religiosa, em especial, é enfatizada em diversas situações específicas, como por exemplo, no âmbito da liberdade de consciência e de crença e, conseqüentemente, na de liberdade de expressão.

Todavia o direito a liberdade, como todo direito fundamental, não reveste-se de caráter absoluto. Tal direito sofre restrições pela própria legislação e também pelo Estado, haja vista ser esta uma condição necessária para vida em sociedade, a qual exige que cada indivíduo abdique de parcela da sua liberdade individual em prol do bem comum. Nesse contexto, Ruiz (2006, p. 146), em estudo intitulado “O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais” ressalta que:

Ao cedermos o quinhão de nossa liberdade quando decidimos viver em sociedade legitimamos que o Estado administre as possíveis usurpações destas liberdades. Eis que aparece o Direito munido de suas sanções, pois de outra forma o Estado seria inoperante.

A própria legislação Constitucional prevê restrição ao direito à liberdade religiosa, ao dispor no inciso VIII, do seu art. 5º que: “ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Dessa forma, assim como a maioria dos direitos fundamentais, o direito à liberdade, também está sujeito a restrições, principalmente quando em benefício do bem comum. Nesse sentido dispõe Bastos (2009):

Sabe-se da dificuldade existente na determinação destes valores. Conhece-se a sua evolutividade. Nada disto, contudo, exclui que seja dever do Estado policiar o

exercício dos direitos individuais, para compatibilizá-los com o bem comum. O campo religioso, além de ser por excelência o das faculdades mais elevadas do ser humano, campo de realização dos anseios mais profundos da alma humana, é também espaço invadido por impostores, falsos profetas, que desnaturam esta atividade, movidos por toda sorte de vícios. O Estado não pode, pois, deixar de estar alerta para coibir falsas expressões de religiosidade. Esta há de estar adstrita sempre a dois requisitos essenciais: à boa-fé dos promotores do culto ou da seita e também à exclusão de qualquer prática que, independentemente do seu pretenso caráter religioso, seja atentadora aos princípios da ordem constitucionalmente estabelecida.

Todavia, como preceituado por Ruiz (2006), para que se garantam os princípios consagrados na Lei Maior, que elevam o Brasil ao patamar de Estado Democrático de Direito, os direitos de liberdade, em todas as suas nuances, necessariamente, precisam ser protegidos na posição de estirpe que a Constituição lhes concede. Nas palavras do citado autor (2006, p. 147), “seguindo esta seara, a liberdade somente pode ser suprimida de qualquer ser humano em última *ratio*.”

Nesse mesmo sentido dispõe Bastos (2009), ao preceituar que:

A liberdade não é pois exceção, é sim regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo mais é sofisma.

Assim, a liberdade, consagrada pelo ordenamento brasileiro como direito fundamental, após a longa evolução desses direitos, e como premissa necessária a dignidade da pessoa humana, assume a posição de uma das pilastras que comportam o sustentáculo de um Estado Social e Democrático. Portanto, sua proteção é tutelada com primazia pela legislação brasileira, só comportando restrições em última hipótese, diante de um bem juridicamente superior, ou em observância a supremacia do bem comum.

#### 4. 2 A LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e possui como fundamento, dentre outros

preceitos, a dignidade da pessoa humana. Além disso, é cediço que o objeto central do Direito é o homem, e que sua função precípua consista na proteção à dignidade da pessoa humana, para que, por conseguinte, se garantam os fundamentos que sustentam a ordem constitucional. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como um dos principais fundamentos de um Estado Social. Neste contexto, José Afonso da Silva (1998, *apud* LOPES, 2011, p. 22), ao versar sobre o princípio da dignidade humana, estabelece que:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Tamanha é a importância desse princípio, que seu reconhecimento encontra-se insculpido e proclamado em todo o ordenamento brasileiro, inclusive, em diplomas de ordem internacional, como por exemplo, e talvez o mais importante, A Declaração dos Direitos Humanos (1948), a qual afirma em seu art. 1º, que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, além de prescrever em seu preâmbulo que:

[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. [...] os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e [...] decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em liberdade mais ampla.

Nesse diapasão, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, *apud* SARLET, 2007, p. 80) assevera “que toda sociedade que não conhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição”. Portanto, é possível se observar, que o princípio da dignidade da pessoa humana destaca-se pela sua magnitude, posto que confere a ordem constitucional a sua principal pilastra de sustentação. Nesta ordem de idéias, oportuno se faz a explanação de Sarlet (2007, p. 79):

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e omega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, verifica-se que a relação entre a dignidade da pessoa e o direito fundamental a liberdade reveste-se de caráter indissociável. Portanto, sem que se garanta à pessoa o pleno gozo e exercício do seu direito à liberdade, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. Corroborando desse entendimento, Sarlet (2007, p. 87) ensina que:

A noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva – na autonomia pessoal, isto é, na liberdade que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.

Por sua vez, Canotilho (2007, *apud* LOPES, 2011, p. 30), ao abordar a essencial relação de dependência que existe entre a garantia ao pleno gozo do direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana, expõe importantes considerações.

A dimensão intrínseca e autônoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, o que aponta para a necessidade de, não obstante a existência de uma constante antropológica, haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana.

Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana pressupõe que se reconheça sua autonomia pessoal, seu direito de livre escolha, de liberdade de pensamento e de se comportar de acordo com seu entendimento, isto é, a liberdade que cada indivíduo possui de conduzir, ao menos potencialmente, sua própria existência.

Neste mesmo sentido enquadra-se a liberdade religiosa, por compor esta, espécie do gênero direito fundamental à liberdade. Correspondendo, portanto, a condição essencial à dignidade da pessoa humana, isto é, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, sobre qual orientação religiosa, credo ou crença queria seguir, ou até mesmo o direito de não seguir religião alguma, de escolher seus projetos, anseios e caminhos, representa o respeito à dignidade da pessoa humana. Tais escolhas correspondem à liberdade que cada indivíduo tem de possuir personalidade e identidade própria, importam em necessidades intrínsecas e dizem respeito às questões de foro íntimo. De tal sorte que, o direito fundamental à liberdade religiosa aufere o status de direito plenamente exigível.

Ademais, munido dessa liberdade que a lhe é garantida, cada pessoa escolhe sua religião pelos mais diversos motivos, uns por influência familiar, outros porque encontram

nela um lugar de amparo social e espiritual, ou ainda, porque tiveram experiências pessoais de fé, cura, libertação, enfim, cada motivo é intrínseco, porém, todos eles correspondem a eterna busca do ser humano pela felicidade. Desse modo, é no direito a livre escolha de pertencer a uma religião, que o homem se realiza espiritualmente.

Para tanto, o direito à liberdade religiosa, como qualquer outro direito fundamental, exige efetividade e concretude, ou seja, há que se garantir o pleno exercício e gozo desse direito, para que cada indivíduo possua as condições mínimas que o permitam atingir sua realização material, espiritual, ou em qualquer outra esfera da sua existência, tendo em vista que o direito à liberdade, em todas as suas especificações, especialmente no que diz respeito à liberdade de crença e de culto, ocupa a condição de via mestra para a garantia de uma vida digna. Isso porque, como preceituado por Silva (2010), a vida humana deve ser entendida como a integralidade de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), correspondendo esse último ao direito à liberdade religiosa, cuja exigibilidade abarca todas as suas formas, quais sejam, o direito a ter uma crença, a exprimir essa crença, ou o direito a não seguir credo algum.

Logo, a proteção a liberdade, como atributo da dignidade da pessoa humana, reveste-se de caráter amplo e garantia de efetividade, posto que não basta o mero reconhecimento em um diploma, se esse figurar como letra morta. Há que se observar a plena possibilidade jurídica de exigí-lo em face do Estado e também dos demais particulares, sob pena de se tornar inoperante os princípios que garantem uma sociedade livre, justa e pluralista.

Portanto, uma sociedade só garante a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, quando o pluralismo religioso está protegido pela Constituição Federal e quando prevalece em seu seio a autodeterminação pessoal dos seus cidadãos, bem como o respeito aos praticantes de qualquer religião, seja ela qual for.

#### 4.3 A DISPOSIÇÃO DO DIREITO À VIDA FACE À PRÁTICA RELIGIOSA

Conforme o explanado, um Estado Constitucional se caracteriza, primordialmente, pela dignidade da pessoa humana como premissa maior de seu ordenamento jurídico, e pela observância dos direitos fundamentais por ele afirmados. Ou seja, é particularidade fundamental dessa forma de Estado a perspectiva garantista, que vincula o poder estatal à

garantia dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, e com base no presente estudo, merece destaque os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa. Uma vez que, são eles que atuam com protagonistas da situação conflitiva *sub examine*.

Ocorre que, quando alguém por motivação religiosa rejeita um tratamento médico essencial para salvar-lhe a vida, esse dois direitos fundamentais, o direito à vida e à liberdade religiosa, entram em colisão. No entanto, como preceituado por Lopes (2011), mesmo que por um lado os direitos fundamentais devam, necessariamente, ser tutelados concomitantemente pelo ordenamento jurídico, por outro, também se faz necessário restringido-los quando se encontrarem em situação de colisão com outros direitos igualmente fundamentais.

Desse modo, essa situação conflitiva de direitos fundamentais, quando um paciente recusa um determinado tratamento essencial para salvar-lhe a vida, em razão de suas convicções religiosas, enseja toda uma problematização peremptória, haja vista se está diante do direito *prima facie* da vida, frente a práticas religiosas que podem expor esse direito tão protegido. Além disso, tendo em vista que não há uma reserva legal que preveja a solução para essa situação de conflito, fica, pois, a cargo da jurisprudência o dever de dirimir-lo, aduzindo ao melhor desfecho que preserve os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. Assim, ensina Moraes (2003, p. 61) que:

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

Esse entendimento também está claramente expresso na própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948):

Artigo 29. I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática; III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Assim, como bem ponderou Lopes (2011, p. 90), “o enfrentamento dessa questão deve pautar-se pelos princípios éticos que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro e

a Bioética, e visar sempre ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos”.

Para tanto, dois princípios se tornam imprescindíveis, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Serão eles que darão o norte pra a melhor solução do conflito envolvendo esse dois direitos fundamentais e essenciais à dignidade da pessoa humana, aplicando-se, ao caso concreto, a necessária ponderação, de forma a evitar a completa inobservância de qualquer um dos direito envolvidos. Nesse sentido, ensina Alexy (2011, p. 133) que:

As restrições ao exercício de direitos fundamentais, para serem compatíveis com o Estado de Direito, devem ser fixadas respeitando-se a presunção elementar de liberdade e a máxima constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim, ainda segundo o citado autor (2011), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a necessidade de sopesamento e ponderação diante de cada caso concreto, para se auferir a melhor solução possível com a mínima restrição dos bens jurídicos envolvidos, encontra fundamento no caráter relativo dos direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais do homem devem ser observados, respeitados e protegidos, mesmo diante de uma situação de conflito. Para isso, se faz necessário a limitação, em parte, de um em favor do outro, ou seja, um dos direitos precisará ter sua dispensabilidade mitigada. Todavia, essa limitação não se fará de forma arbitrária. Há que se pautar, para tanto, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além da utilização de toda sensibilidade necessária para que, no caso posto sob análise, se meça da forma mais coerente possível a limitação dos direitos fundamentais que se encontram em conflito. Dessa forma, o caso em tela requer o tratamento que melhor se adéque a situação, levando em conta a primazia dos bens jurídicos envolvidos.

Muitas vezes o paciente, praticante de uma determinada crença ou religião, quando submetido a um tratamento médico que fere o núcleo de sua fé, pode vir a se sentir humilhado e injustiçado, o que nem sempre é percebido pelas pessoas que não fazem parte da mesma comunidade religiosa, alimentando, assim, sentimentos de culpa, responsáveis por ocasionar-lhe um estado depressivo. Haja vista que esse paciente é um indivíduo inserido em um espaço onde sua existência é permeada por diferenças culturais. Assim, ao buscar um tratamento médico que alivie seu sofrimento e restaure sua estabilidade física ou, muitas vezes, que salve sua vida, o combatido almeja um atendimento médico que respeite sua crença religiosa. Contudo, em alguns casos, esse desejo pode ser incompatível com o procedimento indicado do ponto de vista clínico-científico.

O caso em tela apresenta-se cotidianamente, já que adeptos de algumas modalidades de religião não aceitam, em razão de sua fé, procedimentos médicos que envolvam transfusão sanguínea e de seus quatro componentes primários: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma, mesmo que sua vida se encontre em iminente risco. Sabe-se, todavia, que este consiste em um tratamento difundido em toda literatura médica como essencial para salvar a vida do paciente em determinados quadros clínicos, especialmente em situações de trauma ou em grandes cirurgias, onde o indivíduo sofre uma perda aguda de tecido sanguíneo.

Diante dessa situação, duas circunstâncias deverão ser necessariamente observadas: se o paciente encontra-se em iminente risco de morte, ou não. Conseqüentemente, será a linha tênue do estado de iminente risco, ao qual a vida do paciente estará sujeita, que determinará qual direito fundamental prevalecerá, e qual deles deverá ser mitigado.

Dessa forma, se o paciente estiver em iminente risco de morte, não havendo outra forma de salvar-lhe a vida senão através de uma transfusão sanguínea, mesmo diante de sua oposição ou de seus responsáveis, o médico deverá realizar o procedimento necessário. É que nesse caso, ao direito fundamental da vida deve ser dada primazia em detrimento do direito à liberdade religiosa. Destarte, a solução para o conflito em tela se firma na mínima restrição do direito à liberdade religiosa, em detrimento da proteção do bem maior tutelado, a vida. Ou seja, esse direito só pode ser mitigado, se para salvar a vida do paciente que esteja em urgente e iminente risco. E, principalmente, se esse paciente não possui o discernimento necessário para se manifestar conforme o seu entendimento, seja por ser menor ou incapaz, seja por estar em um estado, mesmo que transitório, que o retire a capacidade de decidir.

Nesse diapasão, o Conselho Federal de Medicina, em razão dos inúmeros casos de pacientes que, por motivos diversos, inclusive de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue, firmou o entendimento, já consolidado e positivado na Resolução nº 1.021 de 1980, que:

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

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

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

A jurisprudência brasileira tem acompanhado esse entendimento, como depreende-se da decisão judicial do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1995), o qual, seguindo os mesmos critérios, determinou:

Ementa: CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. SE IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS. IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL E DEMONSTRAR QUE UTILIZARAM A CIÊNCIA E A TÉCNICA APOIADAS EM SÉRIA LITERATURA MÉDICA, MESMO QUE HAJA DIVERGÊNCIAS QUANTO AO MELHOR TRATAMENTO. O JUDICIÁRIO NÃO SERVE PARA DIMINUIR OS RISCOS DA PROFISSÃO MÉDICA OU DA ATIVIDADE HOSPITALAR. SE TRANSFUSÃO DE SANGUE FOR TIDA COMO IMPRESCINDÍVEL, CONFORME SÓLIDA LITERATURA MÉDICO-CIENTÍFICA (NÃO IMPORTANDO NATURAIS DIVERGÊNCIAS), DEVE SER CONCRETIZADA, SE PARA SALVAR A VIDA DO PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, MAS DESDE QUE HAJA URGÊNCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA (ART. 146 §3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICAVA TAL URGÊNCIA. O DIREITO À VIDA ANTECEDE O DIREITO À LIBERDADE, AQUI INCLUÍDA A LIBERDADE DE RELIGIÃO; É FALÁCIA ARGUMENTAR COM OS QUE MORREM PELA LIBERDADE POIS, AÍ SE TRATA DE CONTEXTO FÁTICO TOTALMENTE DIVERSO. NÃO CONSTA QUE MORTO POSSA SER LIVRE OU LUTAR POR SUA LIBERDADE. HÁ PRINCÍPIOS GERAIS DE ÉTICA E DE DIREITO, QUE ALIÁS NORTEIAM A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, QUE PRECISAM SE SOBREPOR AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS; SOB PENA DE SE HOMOLOGAREM AS MAIORES BRUTALIDADES; ENTRE ELAS ESTÃO OS PRINCÍPIOS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A VIDA E A DIGNIDADE HUMANAS. RELIGIÕES DEVEM PRESERVAR A VIDA E NÃO EXTERMINÁ-LA. (Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995).

Da mesma forma manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento da Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6, cuja ementa urge transcrever:

DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje

constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. (TRF-4 - AC: 155 RS 2003.71.02.000155-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 24/10/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686).

Como se pode notar, as decisões judiciais são categóricas ao afirmarem que, se presente o iminente perigo de morte, o direito à vida se sobrepõe ao da liberdade religiosa, autorizando ao médico empregar todas as formas de tratamentos, inclusive as transfusionais, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares ou de seu representante legal, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos.

Esse entendimento encontra guarida no fundamento de que a vida prevalece sobre a liberdade religiosa, por ser aquela condição necessária para o exercício de qualquer liberdade, afinal, como preceituado na decisão supracitada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1995), “não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade”. Assim, os princípios que protegem os direitos fundamentais relacionados a vida e a dignidade humana precisam “se sobrepor às especificidades culturais e religiosas, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades”.

Esse fundamento, nada mais é, que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao caso concreto. O princípio da proporcionalidade constitui-se como um princípio constitucional implícito, que possui como finalidade precípua a resolução de conflitos entre bens jurídicos fundamentais do ordenamento, sopesando e ponderando valores, na medida do possível, diante de situações fáticas de conflito, cuidando para que se evitem resultados desproporcionais e injustos. O princípio da razoabilidade, por sua vez, objetiva oferecer a solução mais razoável diante das circunstâncias que norteiam o caso concreto.

Contudo, há que se observar, que essa restrição ao direito à liberdade religiosa do

paciente que se recusa a tratamento médico imprescindível para salvar-lhe a vida, não pode ocorrer de forma arbitrária, inquisitiva e em desrespeito a sua dignidade. Portanto, em conformidade com o novo Código de Ética Médica (2009), deve-se observar a autonomia do paciente, o qual tem o direito à informação sobre sua saúde, além do direito de participar das decisões que envolvam o tratamento. Portanto, sempre que existirem alternativas à transfusão que não exponham a vida do paciente ao risco, elas deverão ser privilegiadas, devendo se considerar o tratamento que melhor se adequa a situação do paciente, levando em conta, sempre que possível, a sua autonomia e o seu direito de escolha.

Imperioso se faz destacar o Parecer nº 007/2004, elaborado pela CoBi – Comissão de Bioética da FUMSP, intitulado: Orientação sobre Recusa de Transfusão de Sangue da Testemunha de Jeová, o qual recomenda uma série de estratégias com o intuito de conciliar o íntimo do paciente com o argumento científico, e com a disciplina legal. Assim, a CoBi recomenda os seguintes passos frente a um paciente que recusa a transfusão sanguínea como procedimento terapêutico:

1.4.1. Diálogo prévio à internação a fim de estabelecer a premissa de que haverá o compromisso de respeitar a recusa à transfusão de sangue até o limite do “imminente perigo à vida”; que fique bem claro que a equipe médica repudia concordar em assistir a óbito por estrita carência de volume sanguíneo efetivo. Este diálogo é possível, evidentemente, em situações eletivas; quando em emergência fica prejudicado, mas, a qualquer momento, deve ser provocado pela equipe médica caso a situação clínica assim permita;

[...].

1.4.8. A partir do momento em que a equipe médica responsável pelo paciente entender que o caso atinge critério para “imminente perigo à vida”, recomenda-se:

- a. paciente/família deverá ser avisado da decisão de aplicar a transfusão de sangue, se for o caso recordando o diálogo pré-intervenção;
- b. a prescrição deverá ser efetivada e a administração providenciada de modo explícito, sem nenhum subterfúgio;
- c. apoio multidisciplinar, o serviço de enfermagem, o serviço de psicologia e o serviço social deverão adotar a prática de estratégias de apoio previamente combinadas;
- d. qualquer atitude hostil visando ao impedimento da aplicação deverá ser rejeitada com os recursos humanos da clínica ou da instituição;
- e. caso haja a solicitação de transferência de hospital, deve haver a preocupação da equipe de considerar não somente que o paciente persiste sob sua responsabilidade até o destino como também que tem o dever ético de confirmar com a equipe receptora se ela está inteirada exatamente das circunstâncias do caso;
- f. havendo solicitação de alta a pedido, ele deverá ser rejeitado em virtude da caracterização de “imminente risco à vida” e não há porque admitir a possibilidade de cárcere privado;
- g. caso o paciente seja considerado um caso terminal, a equipe poderá entender que “imminente risco à vida” não se aplica porque ele está atrelado a chances de sobrevida.

1.4.9. Todas as informações, decisões e divergências com paciente/família deverão ser anotadas com pormenores no prontuário do paciente, desde o diálogo inicial.

Observa-se, portanto, que a restrição ao direito fundamental à liberdade religiosa e a autonomia da vontade não se opera de forma arbitrária. Há que se seguir, necessariamente, diversos critérios que preservem a dignidade da pessoa, tais como: o direito a informação de que o procedimento transfusional será realizado, de forma explícita e sem subterfúgios; o direito a transparência, com a anotação de todos os procedimentos clínicos e de todos os acordos médico-paciente no prontuário de atendimento. Pois, não se pode excluir completamente um direito em detrimento de outro. A solução conflitiva requer apenas a mitigação do direito em conflito até o limite de se garantir a preservação do bem jurídico superior envolvido, nesse caso a vida, logo, os demais quesitos devem ser preservados para que se garanta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme explanado, não restam dúvidas que a vida é o bem jurídico de maior valor na ordem constitucional brasileira, dela dependendo o exercício de todos os demais direitos e liberdades. Contudo, a Constituição também garante o direito à autonomia individual e à liberdade de consciência e de crença, além de oferecer tutela ao seu livre exercício.

Todavia, por ser a vida o bem supra do ordenamento jurídico, e premissa necessária ao exercício dos demais direitos, inclusive, ao da liberdade, ela deverá prevalecer diante de uma situação de conflito. Para tanto, parâmetros importantes devem ser observados, tais como a incidência do iminente perigo de vida, já que, em detrimento ao direito à vida, a liberdade só poderá ser restringida se presente esse requisito, ou seja, esse direito que também veste-se de caráter fundamental e essencial a dignidade da pessoa humana só admite restrição em ultima ratio. Além disso, obrigatoriamente, deve-se observar os critérios que respeitem a autonomia do paciente, tais como o direito a informação de todos os procedimentos médicos-cirúrgicos a serem realizados, transparência no diagnóstico e nas decisões tomadas, bem como, o diálogo entre médico e paciente.

Portanto, a solução para o conflito em tela, necessariamente, deve estar alinhada ao espírito de um Estado Constitucional, cuja prioridade maior consiste na garantia à dignidade da pessoa humana como forma de se manter sempre firme as bases de um Estado Social e Democrático.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas, que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais afirmados pela Constituição compõem as bases de sustentação de um Estado Social. Cumprindo a este o dever de sempre atuar no sentido de resguardar os direitos fundamentais por ele afirmados, e assegurar a dignidade dos seus cidadãos, para que se garantam os fundamentos constitucionais, a ordem e a paz social.

Observou-se, conforme o explanado no primeiro capítulo, que os direitos fundamentais surgiram gradativamente e foram se afirmando como fundamentos do Estado Constitucional ao longo do tempo e da História. Portanto, a efetivação desses direitos, como hoje são consagrados, é fruto de muitas lutas, guerras e reivindicações, e constitui uma resposta ao clamor social de liberdade, igualdade e fraternidade. São, pois, uma conquista do homem ao longo da História e em razão dela.

Destacou-se também que, por inteligência da redação dada ao art. 5º, §1º da Lei Maior, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem eficácia e aplicabilidade imediata. Todavia, algumas delas carecem de legislação ulterior que as garantam efetivamente. Para tanto, prevê a legislação Constitucional as chamadas garantias constitucionais, cujos mecanismos asseguram a máxima aplicabilidade e eficiência dos direitos fundamentais.

Desse modo, tem-se que direitos e garantias fundamentais se diferem. Aqueles são bens, vantagens e prerrogativas conferidas ao indivíduo, estas são os mecanismos pelos quais se atinge a efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, ressaltou-se que não basta a previsão do direito, mesmo que sob um caráter fundamental, há que se garantir o seu pleno exercício e a sua máxima proteção.

Nesse ínterim, estabelece a Constituição que os direitos fundamentais elencados como individuais e coletivos são aqueles inerentes a pessoa humana, são os direitos tidos como personalíssimos, quais sejam, o direito à vida, à dignidade, à honra e à liberdade. Assim, nessa perspectiva, o presente estudo destacou os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, uma vez que, são eles que atuam como protagonistas da situação conflitiva analisada.

Dessa forma, conforme o explanado no segundo capítulo, o direito à vida é inerente ao ser humano, caracterizando-se como premissa necessária ao exercício de todos os demais

direitos. E, elencado, inclusive, em primeiro lugar na ordem estabelecida no *caput* do art. 5º da Carta Magna, precedido dos demais direitos fundamentais

Salientou-se, ainda, que é sobre o Estado que recai o dever de garantia desse bem supra. Cumprido a este se abster de qualquer ato que atente contra a vida de qualquer indivíduo, mesmo que seja a vida do que ainda está por nascer, ou seja, a intra-uterina. Bem como, cumpre ao Estado zelar para que outros indivíduos não atinjam esse direito elementar.

Além disso, no referido capítulo ainda destacou-se que a Constituição Federal proclama o direito à vida em sua dupla acepção: o direito de continuar vivo, e de se ter uma vida digna quanto à subsistência. Concluindo, pois, que tal direito, necessariamente, dever ser compreendido como a possibilidade de se exercer os demais atributos da personalidade. Assim sendo, esse direito possui como fundamento a supremacia da dignidade da pessoa humana.

O capítulo terceiro, por sua vez, abordou o direito à liberdade religiosa, a qual corresponde a um dos desdobramentos do direito fundamental à liberdade, e divide-se em liberdades de crença e de culto. Assim, no que se refere à liberdade de crença, esta possui um aspecto positivo, o direito de escolher a própria religião, e um aspecto negativo, o direito de não seguir religião alguma, ser agnóstico ou ateu. Enquanto a liberdade de culto corresponde à inviolabilidade e a proteção ao modo como as religiões exercitam suas liturgias, ritos, cerimônias. Encontrando limite, no entanto, na ordem, na paz, na tranqüilidade e no sossego público, devendo, pois, respeitar a lei e aos bons costumes.

Neste sentido, foi possível verificar que a legislação brasileira protege todas as formas de exercício das religiões, bem como os locais de suas práticas, proibindo quaisquer intervenções arbitrárias. Desse modo, o citado capítulo sublinhou a liberdade como direito fundamental básico, surgido com os ditos direitos de primeira geração, os quais emergiram a traduzirem o valor de liberdade. Limitando, assim, a atuação do Estado na esfera individual. Ademais, por ser a liberdade um dos protagonistas dos direitos fundamentais, esta também constitui um direito fruto da evolução da sociedade ao longo da história, aliás, corresponde ao motivo das maiores lutas da humanidade.

Contudo, afirmou-se, que assim como os demais direitos fundamentais, o direito a liberdade religiosa não reveste-se de caráter absoluto. Tal direito sofre restrições pela própria legislação e também pelo Estado. Tendo em vista que a relatividade dos direitos fundamentais corresponde à condição necessária para vida em sociedade, a qual exige que cada indivíduo abdique de parcela da sua liberdade individual em prol do bem comum.

Porém, asseverou-se ainda, que a proteção a esse direito é tutelada com primazia pela legislação brasileira, só comportando restrições em última hipótese, diante de um bem juridicamente superior, ou em observância a supremacia do bem comum. Haja vista, que a dignidade da pessoa está atrelada ao direito fundamental à liberdade de forma indissociável, incluída aqui a liberdade religiosa. Portanto, sem que se garanta à pessoa o pleno gozo e exercício do seu direito de crença e de culto, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Analisou-se, assim, que a celeuma surge no momento em que esse dois direitos, à vida e à liberdade religiosa, recepcionados como fundamentais pela Constituição Federal e consagrados como essenciais a dignidade da pessoa humana, entram em colisão. Já que adeptos de algumas modalidades de religião não aceitam, em razão de sua fé, procedimentos médicos que envolvam transfusão sanguínea, mesmo que sua vida se encontre em iminente risco. Sabe-se, todavia, que este consiste em um procedimento consolidado pela medicina em situações de trauma ou em grandes cirurgias, onde o indivíduo sofre uma perda aguda de tecido sanguíneo e, por conseguinte, evolui para um quadro de iminente risco de morte.

Desta maneira, questionou-se acerca do critério para se resolver essa colisão, tendo como parâmetro os princípios basilares da Carta Magna. Para tanto, a pesquisa considerou o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade como instrumentos imprescindíveis para a melhor solução do conflito. Pois, como se observou, são eles que dão o norte para a solução mais razoável do conflito em comento, aplicando-se, ao caso concreto, a necessária ponderação, de forma a evitar a completa inobservância de qualquer um dos direitos envolvidos.

Desta feita, como elucidado na parte final do último capítulo, o caso em tela apresenta-se cotidianamente. Assim, ponderou-se que, diante dessa situação, duas circunstâncias deverão ser necessariamente observadas: se o paciente encontra-se em iminente risco de morte, ou não. Conseqüentemente, será a linha tênue do estado de iminente risco ao qual a vida do paciente estará sujeita, que determinará qual direito fundamental prevalecerá e qual deles deverá ser mitigado.

Dessa forma, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro auferindo aos direitos fundamentais o *status* de cláusula pétrea, impossibilitando-os de serem abolidos ou deliberados mediante emenda constitucional, diante de uma situação de colisão, um deverá ser mitigado em detrimento do outro, para que um bem maior, nesse caso a vida, seja preservado.

Portanto, tem-se que diante do iminente risco do paciente vir a óbito, não havendo outra forma de salvar-lhe a vida senão através de uma transfusão sanguínea, mesmo diante de sua oposição ou de seus responsáveis, o médico deverá realizar o procedimento transfusional.

Ressaltou-se, todavia, que a solução para o conflito em tela se firma na mínima restrição do direito à liberdade religiosa. Ou seja, esse direito só pode ser mitigado, se para salvar a vida do paciente que esteja em urgente e iminente risco. E, principalmente, se esse paciente não possui o discernimento necessário para se manifestar conforme o seu entendimento, seja por ser menor ou incapaz, seja por estar em um estado, mesmo que transitório, que o retire a capacidade de decidir.

Ponderou-se, ainda, que essa restrição ao direito à liberdade religiosa do paciente não pode ocorrer de forma arbitrária, inquisitiva e em desrespeito a sua dignidade. Deve-se primar pela autonomia do paciente, o qual tem o direito à informação sobre sua saúde e sobre as decisões que envolvam o tratamento. Portanto, sempre que existirem alternativas à transfusão que não exponham a vida do paciente ao risco, elas deverão ser privilegiadas, e executadas em detrimento da transfusão. Cumprindo, assim, a ordem Constitucional de garantia do direito à liberdade religiosa.

Assim, objetivou o presente estudo, de forma geral, analisar, sob a ótica jurídica, a solução mais adequada a ser aplicada, diante de um caso concreto, ao conflito de direitos fundamentais, quando da recusa a tratamento médico por convicções religiosas o bem jurídico da vida estiver em iminente risco, levando-se em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugada com a sua mínima restrição. Bem como, se buscou especificamente, compreender os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, garantidos constitucionalmente como essenciais à dignidade da pessoa humana; examinar o caráter não absoluto dos direitos e garantias fundamentais e a consequente colisão que possa vir a surgir em razão dessa relatividade; além de explorar, particularmente, a recusa a tratamento médico, por motivos religiosos, que envolvam procedimento de transfusão sanguínea, tendo em vista o iminente risco de vida como consequência desse ato.

Portanto, como base no exposto, a solução para a colisão que se opera entre direitos fundamentais no caso em tela, entre o direito à vida e à liberdade religiosa, necessariamente, deve preponderar o princípio da dignidade da pessoa humana e alinhar-se ao espírito de um Estado Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Alemã. Suhrkamp Verlag, 1986. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Parecer. Publicado em: 03 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_31\\_2\\_1\\_2.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php)> Acesso em: 04 ago. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 2, dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**, 1909. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Penal de 1940**. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002**. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 595000373**. Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/03/1995. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>> Acesso em: 01. Set. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6**. Terceira Turma. Relator: Vânia Hack de Almeida. Julgamento em: 24/10/2006. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155>> Acesso em: 01. Set. 2013

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Código de Ética Médica de 2009**. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm)> Acesso em: 10. Ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 1.021/80**. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021\\_1980.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm)> Acesso em: 01. Set. 2013.

COMISSÃO DE BIOÉTICA DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Parecer nº. 007, Orientação sobre Recusa de Transfusão de Sangue da Testemunha de Jeová**, 2004. Disponível em: <[http://www.hcnet.usp.br/adm/dc/cobi/parecer/parecer\\_07\\_2004.pdf](http://www.hcnet.usp.br/adm/dc/cobi/parecer/parecer_07_2004.pdf)> Acesso em: 01. Set. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <[http://www.rolim.com.br/2002/\\_pdfs/pactoSanJose.pdf](http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/pactoSanJose.pdf)> Acesso em: 10. Ago. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Antônio Carlos. *et al.* **Eutanásia, Ortonásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Atheneu, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração dos Direitos Humanos**, 1948  
Disponível em: < [http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acesso em: 29. Julh. 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. **Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal In 50 anos da Declaração dos Direitos Humanos: conquistas e desafios**. Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 1998. Disponível em:  
<[http://www.conjur.com.br/2008-dez-10/carmen\\_lucia\\_destaca\\_direito\\_vida\\_liberdade\\_seguranca](http://www.conjur.com.br/2008-dez-10/carmen_lucia_destaca_direito_vida_liberdade_seguranca)> Acesso em: 05.Ago.2013.

RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Público, Londrina, 2006. Disponível em:  
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11572>> Acesso em: 27. Ago. 2013

SARLET, Ingo Wolf. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

## **ANEXOS**

**ANEXO 1****RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80**

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, usando da atribuição que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO o disposto no artigo 153, parágrafo 2º da Constituição Federal; no artigo 146 e seu parágrafo 3º, inciso I e II do Código Penal; e nos artigos 1º, 30 e 49 do Código de Ética Médica; CONSIDERANDO o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue; CONSIDERANDO finalmente o decidido em sessão plenária deste Conselho realizada no dia 26 de setembro de 1980,

**RESOLVE:**

Adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980.

**GUARACIABA QUARESMA GAMA**

Presidente em Exercício

**JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS**

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U.(Seção I - Parte II) de 22/10/80

**PARECER PROC. CFM nº 21/80**

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sangüínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

1 - A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente. Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada. Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar

a transfusão de sangue. Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no artigo 32, letra "f" do Código de Ética Médica:

“Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar”.

2 - O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo. Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la. O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código. No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:

"Artigo 1º - A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa..."

"Artigo 30 - O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional".

"Artigo 19 - O médico, salvo o caso de "iminente perigo de vida", não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal".

Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu artigo 153, Parágrafo 2º que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu artigo 146 preconiza: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda". Contudo, o próprio Código Penal no parágrafo 3º desse mesmo artigo 146, declara: "Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida". A recusa do paciente em receber a transfusão sangüínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3º do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: "a coação exercida para impedir o suicídio".

## CONCLUSÃO

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

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

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

Dr. TELMO REIS FERREIRA

Relator

## ANEXO 2

Parecer nº 007/2004 – “Orientação sobre Recusa de Transfusão de Sangue da Testemunha de Jeová” da Comissão de Bioética (CoBi) do Hospital das Clínicas da FUMSP

Folha de informação rubricada sob nº. \_\_\_\_\_do processo nº. \_\_\_\_\_ (a) \_\_\_\_\_

P. CoBi nº.: 007/2004 – Orientação sobre Recusa de Transfusão de Sangue do Testemunha de Jeová.

P. CoBi nº.: 007/2004

Título: “Orientação sobre Recusa de Transfusão de Sangue do Testemunha de Jeová”.

Solicitante: Diretoria Clínica – Proc.: 3289/2003

Ementa: Este parecer envolve a interação das autonomias do paciente, do médico e instituição, os princípios da beneficência (reposição do volume sanguíneo) e da não maleficência (ligada aos riscos habituais de uma transfusão de sangue, acrescidos do fato de ser indesejada pelo paciente). E tem o propósito de conciliar o íntimo do paciente influenciado pela interpretação dogmática de um texto bíblico com o argumento científico, expressão legítima da medicina e com a disciplina legal.

### **A COBI RECOMENDA A SEGUINTE ESTRATÉGIA**

#### **1. PACIENTE MAIOR DE IDADE E CAPAZ**

##### **1.1 A DÚVIDA MÉDICA**

O art. 29 do Código de Ética Médica expõe que é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente. O conceito de dano aplicável à circunstância não é exatamente o fruto de uma conduta cientificamente equivocada, é, fundamentalmente, a provocação de dano psico-social decorrente de uma transfusão de sangue indesejada pelo paciente e que moralmente o violenta por recair sobre sua dignidade.

Dentro das gradações concedidas à óptica ética, interpretações transitam numa gama regida pelos efeitos sobre o prognóstico, desde o reputável pouco relevante para a evolução clínica, até o que pode fazer a diferença entre alta e óbito.

A dúvida que se afigura é: serei imprudente aplicando a transfusão de sangue, pois colegas não fariam e ficarei sujeito a sanções legais? ou serei negligente ao não aplicar a transfusão de sangue, pois colegas fariam, e ficarei sujeito a sanções éticas?

## 1.2 VARIÁVEIS DE INFLUÊNCIA

Particularidades na relação médico-paciente-instituição podem exercer influência sobre a dinâmica de abordagem da situação conflituosa

- Características da formação religiosa do médico;
- parecer institucional baseado nas características culturais vigentes e nas leis, códigos e resoluções;
- qualificação do consentimento tanto do paciente para ser atendido quanto do médico para atender pela tétade livre, esclarecido, renovável e revogável;
- qualificação do consentimento tanto do paciente para ser atendido quanto do médico para atender pela tétade livre, esclarecido, renovável e revogável;
- avaliação de variáveis de risco que recomendam a transfusão de sangue em pacientes anêmicos estáveis, incluindo idade > 65 anos, pneumopatia crônica, diabetes, coronariopatia, doença cerebrovascular e doença vascular periférica.

## 1.3 SITUAÇÕES CLÍNICAS

Um mesmo médico pode sentir mais ou menos drama de consciência em aplicar ou não aplicar transfusão de sangue a paciente TJ.

Uma classificação balizadora seria: hemorragia iatrogênica ou hemorragia não iatrogênica.

A necessidade de transfusão de sangue conseqüente a uma iatrogenia representa situação de grande angústia para o médico que, de certa forma, participou do acontecimento e responde pela perda sangüínea imprevista; cria-se real auto-intimidação ao cumprimento de compromissos adrede efetivados pré-tratamento, um verdadeiro clima de apreensão e drama de consciência.

Em situações não iatrogênicas, em que o rebaixamento do nível sérico de hemoglobina insere-se na etiopatogenia de uma doença ou no desdobramento de uma intervenção, os aspectos de foro íntimo ficam mais restritos aos aspectos universais da responsabilidade no exercício profissional.

Ponto essencial é a ressalva ética representada pela expressão salvo em iminente perigo à vida, constante no Código de Ética Médica, que associa normas e consciência.

Caracterizar exatamente o momento onde uma situação clínica passa a ser iminente perigo à vida nem sempre é tarefa fácil, mesmo para os mais experientes.

Na cogitação, a dualidade beneficência/não maleficência ganha contornos obscurecidos pelas divergências possíveis sobre o sentido da vida entre ciência e religião, passando pelo princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida. Considerando várias hipóteses, habitualmente indicativas de aplicação de transfusão de sangue, a COBI propõe a seguinte distribuição de situações clínicas para efeito de reflexões:

#### **A. EMERGÊNCIA**

- a.1. Não iatrogênica. Exemplo-paciente em choque hemorrágico após acidente na rua;
- a.2. Iatrogênica. Exemplo-paciente em choque hemorrágico após acidente na SO;

#### **B. URGÊNCIA**

- b.1. Sem intercorrências. Exemplo-rebaixamento do nível de hemoglobina a 7 g/dl num período pós-operatório imediato, sem subjetividades ou objetividades inquietantes;
- b.2. Com intercorrências. Exemplo-rebaixamento do nível de hemoglobina a 5 g/dl num período pós-operatório imediato, com presença de quadro infeccioso;

#### **C. ELETIVA**

- c.1. Com influência na qualidade de vida. Exemplo-paciente com talassemia major;
- c.2. Sem influência na qualidade de vida. Exemplo-paciente com doença de mau prognóstico em curto prazo;

É do cotidiano que o médico, perante a situação embaraçosa, com duas saídas difíceis ou penosas, passe por um período de reações pendulares, onde uma palavra aqui ou ali, um pensamento cá e outro acolá, um aconselhamento daqui e outro acolá, provocam oscilações onde se mesclam a missão alopática, o respeito ao paciente e as contingências legais.

Dentro deste simbolismo pendular, decidir-se por privilegiar a interpretação de evitação ou de negligência (não aplicar a transfusão sanguínea) ou de imprudência (desrespeitar a vontade do paciente) parece sofrer a influência das situações A1, A2, B2 no sentido do privilégio às diretrizes científicas e das situações B1, C1 e C2 no sentido do privilégio às convicções religiosas.

## 1.4 O RECOMENDADO

A COBI recomenda os seguintes passos frente a um atendimento de paciente TJ:

1.4.1. Diálogo prévio à internação a fim de estabelecer a premissa de que haverá o compromisso de respeitar a recusa à transfusão de sangue até o limite do “iminente perigo à vida”; que fique bem claro que a equipe médica repudia concordar em assistir a óbito por estrita carência de volume sanguíneo efetivo. Este diálogo é possível, evidentemente, em situações eletivas; quando em emergência fica prejudicado, mas, a qualquer momento, deve ser provocado pela equipe médica caso a situação clínica assim permita;

1.4.2. Considerar a conveniência de elevar a reserva eritrocitária através de fármacos como a eritropoietina recombinante, sabendo-se que o custo é alto e o resultado é restrito a cerca de 2 g/dl hemoglobina;

1.4.3. Planejamento pré-operatório que vai desde a perfeita avaliação da situação clínico-laboratorial do paciente até a seleção de técnicas intervencionistas que reduzam o grau de perda sanguínea intra e pós-procedimento;

1.4.4. Cuidadosa hemostasia durante o procedimento, reduzindo traumatismos e pronto controle de sangramento, incluindo detecção precoce a posteriori;

1.4.5. Minimizar o volume de sangue retirado para fins laboratoriais, adotando, por exemplo, a técnica microcapilar sempre que possível;

1.4.6. Aceitação de taxas menores de hemoglobina sérica, ou seja, repensar sobre o nível mínimo de hemoglobina, aquém do qual opor-se-ia à recusa do paciente pela transfusão de sangue; recomenda-se evitar a adoção de um valor rígido e se guiar pelas circunstâncias clínicas presentes.

Portanto, o respeito à autonomia do paciente TJ pode ter como dividendo positivo a adoção de critérios “mais econômicos” para a transfusão de sangue, não somente em relação ao custo financeiro, como também a menor exposição a morbidades conhecidas e desconhecidas;

1.4.7. Apoiar a administração venosa de substâncias que podem elevar o volume sanguíneo com derivados de ferro e ácido fólico;

1.4.8. A partir do momento em que a equipe médica responsável pelo paciente entender que o caso atinge critério para “iminente perigo à vida”, recomenda-se:

a. paciente/família deverá ser avisado da decisão de aplicar a transfusão de sangue, se for o caso recordando o diálogo pré-intervenção;

- b. a prescrição deverá ser efetivada e a administração providenciada de modo explícito, sem nenhum subterfúgio;
  - c. apoio multidisciplinar, o serviço de enfermagem, o serviço de psicologia e o serviço social deverão adotar a prática de estratégias de apoio previamente combinadas;
  - d. qualquer atitude hostil visando ao impedimento da aplicação deverá ser rejeitada com os recursos humanos da clínica ou da instituição;
  - e. caso haja a solicitação de transferência de hospital, deve haver a preocupação da equipe de considerar não somente que o paciente persiste sob sua responsabilidade até o destino como também que tem o dever ético de confirmar com a equipe receptora se ela está inteirada exatamente das circunstâncias do caso;
  - f. havendo solicitação de alta a pedido, ele deverá ser rejeitado em virtude da caracterização de “iminente risco à vida” e não há porque admitir a possibilidade de cárcere privado;
  - g. caso o paciente seja considerado um caso terminal, a equipe poderá entender que “iminente risco à vida” não se aplica porque ele está atrelado a chances de sobrevivência.
- 1.4.9. Todas as informações, decisões e divergências com paciente/família deverão ser anotadas com pormenores no prontuário do paciente, desde o diálogo inicial.
- 1.4.10. Cada clínica deve estruturar a sua estratégia em termos de dinâmica de atuação e designação de profissionais;
- 1.4.11. Cada caso deve ser comunicado obrigatoriamente à COBI, que estará à disposição para acompanhar o desenvolvimento da situação conflituosa;
- 1.4.12. COBI criará um Banco de Dados visando a desenvolver uma identidade bioética do HC no tema, e que servirá também para fins acadêmicos.

## **2. PACIENTE MAIOR DE IDADE E INCAPAZ**

O exercício do direito à autonomia deve ser exercido preferencialmente pelo próprio paciente; caso ele seja considerado incapaz, ele será substituído pelo representante legal devidamente informado no Termo de Consentimento; estimula-se a adoção da figura de um “porta-voz” quando houver divergências da família em presença de incapacidade do paciente, tomando-se o cuidado de verificar se o representante indicado está de acordo com eventual mudança de responsabilidade;

## **3. PACIENTE MENOR DE IDADE**

### **3.1 PRELIMINARES**

Itens do Termo de responsabilidade do HC para crianças e adolescentes:

Art 5. § 2: Quando houver discordância quanto à aplicação dos procedimentos diagnósticos e terapêuticos entre a família e a equipe de saúde:

a) em situação de iminente risco de vida, a equipe tomará a conduta que considerar a mais adequada e comunicará o fato à Vara da Infância e Juventude de competência.

b) em situação em que a não intervenção médica possa causar sofrimento ou comprometer a qualidade de vida futura da criança/adolescente, deve-se recorrer, de imediato, à autoridade judicial para decisão.

O art 2. do Estatuto da Criança e Adolescente reconhece o direito de o jovem a partir dos 12 anos externar suas convicções, inclusive as religiosas.

O chamado adolescente amadurecido pode ser, conceitualmente, visto como paciente que poderia não somente aceitar uma transfusão de sangue rejeitada pelos pais, como, de modo oposto, recusar-se a receber transfusão de sangue indicada pelo médico.

### **3.2. O QUE A COBI RECOMENDA**

O que a COBI recomenda em caso de paciente menor de idade caso haja obstáculo de pais e/ou responsáveis de paciente à prática de atos médicos (internações, amputações, cirurgias, transfusões e outras...)

3.2.1. com iminente risco á vida, o procedimento médico será efetuado mesmo sem o consentimento da família do responsável. Os procedimentos realizados serão firmados no prontuário pelo médico responsável e endossados por mais dois médicos da equipe. A seguir, o caso deverá ser notificado à Vara da Infância e Juventude de competência.

3.2.2 com risco á vida não iminente, sempre que o obstáculo não ponha em risco a vida do paciente, os pais e/ou responsáveis deverão ser encaminhadas pelo Serviço Social à Vara da Infância e Juventude de competência ou à Vara Central da Infância e da Juventude (por residirem em outras comarcas ou por motivos justificados) para decisão judicial. Recomenda-se que o encaminhamento seja instruído com relatório médico, relatório social e ofício do Diretor Executivo.

### **4. A COBI NÃO RECOMENDA**

1. Transfusão de sangue clandestina;
2. Mentir sobre a característica do sangue;
3. Desrespeitar o compromisso negociado;

## 5. CHEKLIST

- ✓ Sei que o paciente é TJ?
- ✓ Sei a quem, representante do paciente, devo me reportar em caso de incapacidade?
- ✓ Estou disposto a adaptar a minha rotina médica às convicções do paciente?
- ✓ O paciente está informado da minha conduta perante circunstâncias em potencial?
- ✓ O paciente está concordante com o meu ponto de vista sobre iminente perigo à vida?
- ✓ Estou determinado a encarar as dificuldades advindas de discordâncias?
- ✓ Apresentou o seu ponto de vista sobre um documento apresentado pelo paciente, com firma reconhecida, assumindo a “responsabilidade” da não transfusão de sangue?

**Prof. Dr. Max Grinberg**

**Membro da CoBi**

Provado em Sessão Ordinária da CoBi de 27/05/2004.