



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VINICIUS DE SOUSA CABRAL

**O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA OU A DELIBERADA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA:
ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS NA HEMOTERAPIA**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

VINICIUS DE SOUSA CABRAL

**O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA OU A DELIBERADA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA:
ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS NA HEMOTERAPIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Campus I, da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. Marconi do Ó Catão

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

C117d Cabral, Vinicius de Sousa

O direito à preservação da vida ou a deliberada liberdade de expressão religiosa [manuscrito] : aspectos jurídicos e bioéticos na hemoterapia / Vinicius de Sousa Cabral. - 2014.

30 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Departamento de Direito Privado".

1. Direito à vida. 2. Liberdade Religiosa. 3. Bioética. I.
Título.

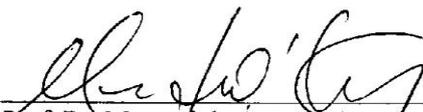
21. ed. CDD 348

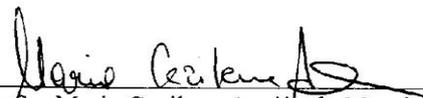
VINICIUS DE SOUSA CABRAL

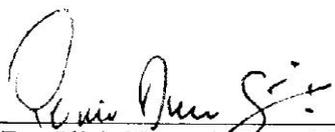
**O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA OU A
DELIBERADA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA:
ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS NA HEMOTERAPIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Campus I da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 04/07/2014.


Prof. Dr. Marco Antônio do O. Catão / UEPB
Orientador


Prof.ª M.Sc. Maria Cezilene Araújo de Moraes / UEPB
Examinadora


Prof. Esp. Plínio Nunes de Souza / UNESC
Examinador

DEDICATÓRIA

A meus pais, Gilvan Gomes Cabral e Videlina Maria de Sousa,
pelo amor, sacrifício, confiança e companheirismo DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Gilvan Gomes Cabral e Videlina Maria de Sousa, pelo amor, sacrifício, confiança e companheirismo que foram meu conforto e fonte de motivação desde o início de minha vida.

À minha namorada, Gabrielly Barbosa, cujo amor e companheirismo têm sido fonte de forças e alegrias desde que nos conhecemos.

A meu orientador, Dr. Marconi do Ó Catão, que, após me dar o privilégio de receber-me na vida acadêmica, como professor de Antropologia Jurídica no início desta graduação, honrou-me ao aceitar guiar-me na elaboração deste Trabalho que simboliza conclusão desses cinco anos de estudo.

Aos professores examinadores, Plínio Nunes de Oliveira, que me introduziu à Filosofia quando eu ainda era um estudante do ensino fundamental, e que tive o prazer de reencontrar no início da graduação; e Maria Cezilene Araújo de Moraes, cuja relação de companheirismo, atenção e disponibilidade para comigo e meus colegas a colocaram em nossa mais alta estima a partir de nosso primeiro encontro.

Aos professores do Curso de Graduação em Direito da UEPB, em especial a Fernanda Freitas, Emmanuel Ribeiro, Hugo Cesar Gusmão, Ricardo Leôncio, Socorro Agra, Henrique Mota, Amilton de França e Renata Sobral. Seus conhecimentos e dedicação ao ensino tiveram valor inestimável para minha formação acadêmica.

Aos meus primeiros educadores e aos professores do ensino fundamental e médio, em especial Luzinete, Rosa, Érica Clementino, Aleksandra Rodrigues, Antônio Netto, Jailton Mendes, Lincoln Barros, Bosco Rangel e tantos outros cujos conhecimentos e atenção me serviram de estímulo e motivação antes mesmo de iniciar minha vida acadêmica, e cujo exemplo me guia até hoje ao fim dessa graduação.

Aos meus amigos, especialmente Anielle Monteiro, Camila Dantas, Camilo Diniz, Carolina Idalino, Mateus Oliveira, Paloma Lima, Samuel Spellmann, Flavianna Bezerra, Yuri Lima, Gildércia Araújo, Laysla França, Josias Rocha, Rodolfo Rodrigues, Rodrigo Giovanni, Diego Virgolino, Stephannie Fernandes, Renata Morgana, Flávia Karlla, Renan Araújo, Gustavo Cassiano, Saulo Vicente de Melo, Ricardo Fernandes, João Paulo Meneses e Jonas Rodrigo, pelos momentos de amizade e apoio.

O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA OU A DELIBERADA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA: ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS NA HEMOTERAPIA

CABRAL, Vinicius de Sousa¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o conflito gerado pela recusa ao tratamento hemoterápico em razão de crença religiosa sob a perspectiva dos princípios bioéticos e da colisão entre dois direitos fundamentais declarados na Constituição Federal vigente: o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Para tanto, nos propomos a analisar o papel dos princípios na efetivação dos direitos e garantias fundamentais constantes na Carta Magna, para, em seguida, situar o conflito no âmbito da discussão bioética a partir de seu paradigma principialista. Consecutivamente, buscamos conhecer os entendimentos da jurisprudência e da doutrina nacional a respeito, tomando um posicionamento de acordo com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. A pesquisa encontra sua justificativa no papel da Academia em buscar meios de materialização de direitos e garantias fundamentais a partir da investigação da resolução dos conflitos entre os mesmos, prestando assim sua contribuição à sociedade. O trabalho foi norteado pela seguinte hipótese: *“considerando o papel dos princípios no ordenamento jurídico, seria o Princípio da Proporcionalidade uma solução justa e viável à resolução de uma colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa?”*. Foi utilizado método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental acerca do tema em uma abordagem qualitativa e procedimento descritivo-analítico. Com isso, permitiu-se a aferição de resultados, entre os quais se destacam a resposta positiva à hipótese formulada e o valor do direito à vida acima da liberdade religiosa no juízo de proporcionalidade realizado sobre o conflito que constitui objeto deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida; Liberdade Religiosa; Bioética; Colisão de Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

A consagração de múltiplos direitos individuais e coletivos na Carta Política de um Estado firma seu compromisso no reconhecimento e consequente efetivação dos mesmos em meio aos conflitos e choques de interesses presentes em sua sociedade. Ao reconhecer direitos e estabelecer garantias, o ente estatal reflete os anseios de construção social da comunidade a que serve, correspondendo aos mesmos na medida em que os concretiza.

¹ Natural e domiciliado em Campina Grande-PB. Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus I. E-mail: vinicius-sousa57@hotmail.com

No plano prático, contudo, o Estado se vê diante de obstáculos à efetivação e ao respeito a tais direitos e garantias fundamentais, sendo que tais óbices podem ser causados, inclusive, pelo surgimento de dilemas e conflitos no seio do próprio ordenamento jurídico. As complexidades e múltiplas possibilidades presentes nas vivências sociais favorecem o surgimento, tanto de barreiras práticas e oposições à atuação do Estado na sociedade quanto o choque entre princípios, normas e direitos presentes na própria Carta Magna.

Nesse sentido o objeto do presente artigo é o conflito jurídico e bioético gerado pela recusa ao tratamento hemoterápico em virtude de crença religiosa, por pacientes adeptos da denominação *Testemunhas de Jeová*, em situações que impliquem perigo de vida. Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é analisar o referido sob a perspectiva dos princípios bioéticos e da colisão entre dois direitos fundamentais declarados na Constituição Federal vigente: o direito à vida e o direito à liberdade religiosa.

Desse objetivo principal decorrem quatro objetivos específicos: analisar o papel dos princípios do Direito na efetivação dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro; situar o conflito apresentado no âmbito da discussão bioética a partir de seu paradigma principialista; conhecer os entendimentos da jurisprudência e da doutrina nacional a respeito do tema; tomar um posicionamento sobre o tema sob a perspectiva da colisão de direitos fundamentais e do Princípio da Proporcionalidade.

O presente trabalho encontra-se justificado pelo papel preponderante da Academia em buscar os meios de materialização dos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como o de identificar os conflitos causados no choque entre esses mesmos direitos, investigando as possíveis soluções aos mesmos. Destarte, a pesquisa demonstra sua relevância ao se propor a analisar o referido conflito entre direitos igualmente protegidos pela ordem jurídica nacional, buscando, por um lado, vislumbrar resultados que favoreçam o fomento da atividade acadêmica e o cumprimento de seu papel social; por outro, identificar limites e perspectivas para a atividade do Poder Judiciário no choque mencionado, prestando à sociedade uma mínima contribuição para a solução de um dos muitos conflitos em que vive.

Para orientação da criação deste artigo foi elaborada a seguinte hipótese: *“considerando o papel dos princípios no ordenamento jurídico, seria o Princípio da Proporcionalidade uma solução justa e viável à resolução de uma colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa?”*.

Quanto aos aspectos metodológicos, foi utilizado o método dedutivo, a partir de fontes selecionadas, com pesquisa bibliográfica em livros, revistas especializadas e artigos científicos em meio eletrônico referentes a posicionamentos doutrinários que abarcassem o

fenômeno em estudo. Também foi realizada pesquisa documental na jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores, inclusive com comparação entre os posicionamentos emanados na bibliografia encontrada. Foi utilizada a abordagem qualitativa, permitindo que, atingidos os objetivos do trabalho, fosse possível a elaboração de um posicionamento acerca do tema.

O estudo será iniciado com uma discussão sobre a função dos princípios em relação ao Direito, bem como seu papel na efetivação de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no Princípio da Proporcionalidade. No tópico 3, será realizada uma abordagem sobre a hemoterapia, traçando um breve histórico da evolução do tratamento hemoterápico, a partir de suas raízes no valor mágico e religioso dado ao sangue desde a Antiguidade. Nesse diapasão, será analisada a doutrina das Testemunhas de Jeová, explicitando a visão da denominação acerca da hemoterapia e o conflito gerado no tocante à recusa em caso de perigo à vida do paciente.

Em seguida, a perspectiva conflitante será considerada a partir dos aspectos bioéticos, tomando como base a evolução deste campo de saber científico em um prisma principiológico clássico com ênfase sobre a natureza, relevância e aplicabilidade desses princípios no caso da recusa à hemoterapia pelas Testemunhas de Jeová.

Por fim, no tópico 4 serão analisados os aspectos jurídicos do caso estudado, em duas vias: o conhecimento da jurisprudência nacional relativa ao tema e a posição dos doutrinadores especializados acerca do mesmo. Portanto, o conflito será especialmente considerado a partir da perspectiva da Colisão de Direitos Fundamentais, possibilitando, assim, a elaboração de um posicionamento sustentável sobre as conclusões resultantes do presente artigo científico.

2. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Antes de se prosseguir à análise do conflito jurídico e bioético exposto nos próximos tópicos, entendemos ser necessária uma breve explanação acerca dos princípios gerais de direito, mais especificamente no âmbito do Direito Constitucional, bem como seu papel em nosso ordenamento jurídico para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Miguel Reale (2003, p. 304), vinculado à corrente filosófica Positivista, define princípios gerais de direito como sendo “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. Já Paulo Nader (2010, p. 200),

vinculado ao Jusnaturalismo, aponta na noção abstrata e indefinida da expressão um critério amplo oferecido ao aplicador do Direito para a busca de princípios aplicáveis aos casos concretos.

Em que pese a discussão entre as correntes filosóficas do Direito sobre sua natureza, tanto os adeptos do Positivismo jurídico quanto os jusnaturalistas apontam os princípios gerais de direito como substrato do ordenamento jurídico, reconhecendo nos mesmos uma dupla função: a de inspirar a elaboração da lei e a de preencher as lacunas da mesma.

A função dos princípios gerais de direito na integração das normas é destacado por Nader (2010, p. 199) como fator que possibilita o postulado de plenitude da ordem jurídica, segundo o qual o Direito Positivo seria pleno de modelos para reger os fatos sociais e solucionar litígios. Este autor ressalta ainda que esses princípios devem ser utilizados como último recurso pelo julgador, que deve pautar sua utilização de fontes na seguinte ordem: lei, analogia, costume e, finalmente, os princípios gerais do direito.

No âmbito do Direito Constitucional, Paulo Bonavides (2011, p. 281, 286 e 289), para quem “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”, considera os princípios constitucionais como normas-chave de todo o ordenamento jurídico, aduzindo que:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. [...] Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.

Esse papel de destaque é potencializado, particularmente, no caso do *Princípio da Proporcionalidade*, também chamado *Princípio da Razoabilidade* ou *Princípio da Vedação do Excesso*, descrito por Gilmar Ferreira Mendes (1994, 475) como consistente em um juízo de adequação, necessidade e ponderação sobre a aplicação de uma medida relativa à norma jurídica. Trata-se de um *princípio implícito* na Constituição brasileira vigente, cuja localização é alvo de divergência na doutrina, que aponta como sua fonte os artigos art. 5º, V da CF/88, que fundamenta o direito de resposta, o art. 5º, LIV, que estabelece o devido processo legal e, por fim, o art. 5º, § 2º, 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 em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2014, p. 10).

A esse respeito, Suzana Toledo de Barros (2000, p. 92) explicita que, em que pese haver divergência na doutrina, vinculando-o ora ao princípio do Estado Democrático de Direito, ora ao devido processo legal, sua existência não depende de formulação textual na Carta Magna, estando caracterizado desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, sendo sua aplicação obra dos Tribunais.

Jarbas Luiz dos Santos (2004, p. 74-75) aloca o referido princípio em uma posição de destaque no ordenamento, já que para o autor “trata-se a proporcionalidade de um sobreprincípio fornecedor de parâmetros para aferição da Justiça em todos e quaisquer atos do Poder Público, concebida a Justiça como fator axiológico fundante do Direito”. Sua natureza como sobreprincípio advém, para esse autor, de sua dimensão e importância como condicionante e fonte originária de outros princípios e regras integrantes do sistema normativo.

Na concepção de Santos (2004, p. 67 e 70), o fundamento filosófico legitimador do Direito é a Justiça, de modo que a ideia de justiça encontra-se inserida nos princípios que servem de base de sustentação ao ordenamento jurídico, aplicando-se, especificamente, o mesmo raciocínio ao princípio da proporcionalidade. Este autor busca as raízes da noção de “justiça” na ideia platônica desse valor como fator legitimador do ordenamento positivo, bem como nos conceitos de “justa medida” e “equilíbrio”, tal como trabalhados por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, incluindo-se aí a concepção de legitimação com fulcro no bem-comum e na existência da equidade como corretivo da própria lei, quando esta afigurar-se falha. Igualmente, explicita a correspondência dessas ideias no Princípio da Proporcionalidade, com destaque para seu papel na hermenêutica em todo o ordenamento jurídico, haja vista sua natureza de princípio constitucional implícito, bem como na sua função *normogenética* e de aferição de validade das normas.

Desse modo, se na legislação infraconstitucional os princípios gerais de direito são fatores basilares de integração das normas jurídicas, seu papel no âmbito da interpretação da Carta Magna é ainda maior, uma vez que a hermenêutica do texto constitucional tem reflexos sobre todo o ordenamento jurídico pátrio. No caso brasileiro, essa função é reforçada em razão de sua influência na aplicação de direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela Carta Política de 1988.

Nesse contexto, deve-se destacar que a Constituição Federal vigente, nascida com a reabertura política após o regime militar (1964-1985), inaugurou uma nova era na história política e jurídica nacional, primando pelo reconhecimento de princípios, direitos e garantias destinados à proteção da vida e à livre expressão do indivíduo, salvaguardando-o de abusos

como os cometidos pelos outrora representantes do Estado. Nas palavras de Ulysses Guimarães (1988, p. 14382), na época então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, a nova Constituição tinha o escopo de “ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.

Santos (2004, p. 76) entende que a existência do Estado, sobretudo o de índole constitucional, encontra-se legitimada em sua função asseguradora de direitos reputados fundamentais. Depreende-se assim, que a efetivação dos direitos fundamentais é missão basilar e preponderante no atual Estado brasileiro, servindo ao objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De forma que o direito à vida, à liberdade de expressão, de consciência e de crença, à dignidade, entre outros, explícitos ou implícitos no texto constitucional, figuram como pontos norteadores do papel do ente estatal, tanto na construção da sociedade desejada pelo Constituinte, quanto na delimitação dos limites pelos quais o Poder Público deve atuar.

Entretanto, verifica-se que a complexidade das vivências sociais acaba gerando situações em que dois ou mais direitos amparados pela Constituição vigente acabam entrando em conflito, não havendo legislação específica ou analogia que possibilitem sua resolução de forma imediata. A utilização dos princípios como fonte de integração apontada pelos autores acima mencionados mostra-se como único recurso acessível para eventual solução, por meio da interpretação do texto constitucional.

Um caso emblemático dessa possibilidade de choque ou contradição é o conflito gerado pela recusa do paciente, em virtude de crença religiosa, ao tratamento hemoterápico cuja realização é essencial à sua sobrevivência. Tem-se, neste quadro, a oposição entre: de um lado, a obrigatoriedade da conduta médica em situações de perigo para o paciente; e de outro, a recusa deliberada deste último em razão de sua convicção religiosa.

De fato, tanto a vida quanto a liberdade religiosa são direitos que figuram no art. 5º da Constituição da República vigente, sendo igualmente amparados pela Carta Política, encontrando-se, na referida situação, uma colisão de direitos e cabendo, portanto, analisar o conflito jurídico e ético causado por tal oposição para, assim, identificar uma solução adequada e racional à luz de nosso ordenamento.

A seguir, passaremos à apresentação detalhada do conflito, abordando os conceitos relativos às práticas hemoterápicas, às origens religiosas da situação conflituosa em questão, bem como os aspectos bioéticos envolvidos.

3. A RECUSA AO TRATAMENTO HEMOTERÁPICO EM VIRTUDE CRENÇA RELIGIOSA E SEUS ASPECTOS BIOÉTICOS

Na perspectiva relacionada com a *hemoterapia e a doutrina do sangue*, mais especificamente no que se refere ao caso das *Testemunhas de Jeová*, inicialmente, denomina-se *hemoterapia* o conjunto de tratamentos ligados ao emprego terapêutico do sangue, bem como de seus componentes, individualmente (hemocomponentes) e derivados (hemoderivados). Assim, a *hemotransfusão* é apenas uma das possibilidades de tratamento hemoterápico, consistindo na transferência de sangue para o paciente, a fim de recompor uma deficiência, momentânea ou não, desse tecido. Já a *hemoterapia*, inclui também a utilização de componentes obtidos por meio de processos físicos, como é o caso dos concentrados de hemácias, plasma, plaquetas, crioprecipitados, entre outros, bem como o dos hemoderivados, fabricados por meio industrial, como albumina, imunoglobinas e fatores de coagulação.

Realmente, o estudo do sangue e de suas propriedades representa uma significativa mudança histórica do campo místico, mágico e religioso para a área científica e fisiológica. Nesse sentido, o tecido sanguíneo, que era considerado sede da existência e da alma humana na Antiguidade, o tecido sanguíneo foi estudado por médicos em busca de sua utilização no prolongamento da vida e na cura de doenças.

Hamerschlak et. al (2005, p. 202), ao analisar a questão da transfusão de sangue, aponta que a evolução do referido tratamento pode ser dividida em dois períodos: um, empírico, até 1900; e outro científico, a partir desta data. O primeiro período foi de experimentação sem bases propriamente científicas, de modo que a aplicação exitosa do processo transfusional só começou a dar passos mais largos a partir do século XX. O referido autor explicita que nesta época, com a descoberta do sistema ABO por Karl Landsteiner, em 1900, tornou-se possível a identificação de compatibilidades e rejeição entre os tipos sanguíneos, bem como a classificação dos mesmos; sendo que o conhecimento foi aperfeiçoado, mais tarde, quando este estudioso, em 1942, descobriu o “fator Rh”, com mais uma possibilidade de classificação dentro dos tipos sanguíneos já existentes e seus respectivos fatores de incompatibilidade no tratamento.

A partir daí, novas práticas nas áreas de logística, armazenamento e estocagem permitiram uma disseminação das técnicas hemoterápicas, além de sua aplicação relativa aos componentes e derivados do sangue, fazendo da transfusão apenas um dos muitos métodos terapêuticos com tecido sanguíneo. Contudo, a hemoterapia progrediu apesar, e mesmo em

função, da propagação de doenças como a síndrome da imunodeficiência adquirida, com o aperfeiçoamento das práticas de higiene e segurança na terapia.

Mas é importante ressaltar que a evolução do estudo e da utilização uso do tecido sanguíneo pela medicina não eliminou o papel místico e a visão simbólica que determinadas vertentes religiosas conferem ao sangue. Nesse contexto, cumpre ressaltar que em rituais de cultos afroamericanos, como o candomblé, a quimbanda e o vodu, sacrifícios de carne e sangue de animais são realizados para divindades. Até mesmo na própria Igreja Católica, o sacerdote realiza a transubstanciação do vinho no ritual da Missa, de modo que aquele líquido passa a ser visto pelos fiéis como o sangue literal de Cristo oferecido na Eucaristia.

Porém, uma das situações mais polêmicas acerca do papel do sangue na vida cotidiana é aquela fornecida pela doutrina das *Testemunhas de Jeová*, que recomenda a abstenção total do consumo de sangue e de seus derivados, estendendo-se a noção de consumo também às transfusões de sangue e outros métodos de hemoterapia.

As *Testemunhas de Jeová* advém de uma denominação religiosa cristã fundada por Charles Taze Russel na década de 1870, integrando a Corrente Doutrinária Restauracionista, que também inclui a *Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias (Mórmons)* e as *Igrejas Adventistas*. Essa vertente é caracterizada por integrar grupos distintos entre si, que apresentam em comum a ideia de necessidade de retorno a um Cristianismo Primitivo, da forma como essa fase inicial da religião é imaginada por cada grupo específico. Assim, a volta às práticas cristãs iniciais é justificada pela tese de que as correntes majoritárias do cristianismo foram corrompidas em algum momento da História (apostasia), comprometendo, então, a religião; logo, para tais grupos, faz-se necessário a oposição à essa corrupção para a purificação da fé.

Em suma, por essa razão, os adeptos dessa opção religiosa apresentam um conjunto de crenças e opiniões doutrinárias que os distinguem dos dogmas da cristandade majoritária, a partir de visões diferenciadas a respeito da Trindade, da natureza de Cristo e de passagens bíblicas que conferem identidade própria à denominação.

Mais especificamente, o repúdio às transfusões de sangue e ao tratamento hemoterápico em geral vem de uma interpretação peculiar do livro bíblico de Gênesis, Capítulo 9, versículo 15, ocasião em que o Deus hebreu estabelece para Noé e sua família, únicos sobreviventes do dilúvio universal, uma série de regras a serem seguidas para sua posteridade: “Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis

comer. E, além disso, exigirei de volta vosso sangue das vossas almas” (BÍBLIA SAGRADA, 2001, p. 36).²

Outras passagens, referentes, a princípio, à ingestão de sangue animal são citadas para justificar a crença, entre deve-se destacar também o Livro de Atos, Capítulo 15, versículos 19 a 20, que traz uma recomendação aos gentios convertidos ao cristianismo, tendo importância doutrinária por ser um dos trechos bíblicos que reafirmam a proibição no Novo Testamento. Para as Testemunhas de Jeová essa reiteração sugere a continuidade da vedação na transição do judaísmo veterotestamentário ao cristianismo primitivo, idealizado pelas correntes restauracionistas: “Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e da fornicação, e do estrangulado, e do sangue” (BÍBLIA SAGRADA, 2001, p. 1000).

Por extensão, a doutrina das Testemunhas de Jeová condena não apenas a ingestão de sangue animal, como também a transfusão de sangue. O dogma foi explicado no livreto *Conhecimento que Conduz à Vida Eterna* (SOCIEDADE..., 1995, p. 128-129, grifo nosso), por muito tempo a principal publicação da denominação para o público leigo:

Por respeito à santidade da vida, as pessoas que vivem segundo a vontade de Deus não aceitam transfusões de sangue, **mesmo que outros insistam que isso lhes salvaria a vida**. Muitas alternativas não expõem a pessoa aos perigos das transfusões de sangue. Os cristãos sabem que só o sangue derramado de Jesus realmente tem o poder de salvar a vida. A fé no seu sangue resulta em perdão de pecados e na esperança de vida eterna.

O entendimento particular dessa doutrina tem graves consequências no que diz respeito à proteção jurídica aos direitos individuais, uma vez que fundamenta uma recusa deliberada, baseada na liberdade religiosa, por parte dos adeptos da denominada opção religiosa, em se submeter a tratamentos hemoterápicos, mesmo em caso de perigo de vida. Do ponto de vista do “fiel”, a situação em tela consistiria em uma escolha entre a perda de sua vida física, com a consequente salvação espiritual em razão de sua firmeza na recusa em desagradar a Deus e a salvação imediata pela hemoterapia, levando-o à condenação eterna.

Dessa forma, os adeptos da doutrina religiosa tendem à recusa em submeter-se a tal tratamento, havendo, inclusive, norma para porte, pelos membros jovens e adultos da denominação, de uma documentação intitulada “*Declaração/Procuração Sobre Cuidados de*

² As passagens bíblicas citadas neste trabalho foram retiradas da *Tradução do Novo Mundo para as Escrituras Sagradas*, versão padrão da Bíblia utilizada pelas Testemunhas de Jeová, produzida e distribuída pela Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, associação jurídica de propriedade dos dirigentes da referida denominação religiosa.

Saúde” destinada a manifestar a opção pela negativa à hemotransfusão e à administração de hemocomponentes no corpo do fiel, bem como a isentar eventual equipe médica das consequências advindas por essa escolha.

Por outro lado, inclusive levando em consideração o frágil valor legal do referido documento, é frequente, pelas Testemunhas de Jeová, a exigência do uso de meios terapêuticos alternativos, tais como os expansores de volume, as terapias de oxigênio e o uso de sangue artificial. Contudo, tais técnicas estão longe de ter uma disseminação territorial que permitam que sejam compreendidas como alternativas viáveis ao tratamento clássico.

Em síntese, as dificuldades encontradas ocasionam um conflito jurídico e ético por parte do profissional da saúde, que acabam por se encontrar no centro de uma verdadeira colisão entre o direito à liberdade de consciência e de crença do paciente e o dever de preservação do direito à vida, igualmente amparados pela Constituição Federal vigente, bem como pelos princípios e bioéticos e normas éticas que regulamentam a profissão médica.

Na discussão do conflito entre o *direito à vida e a liberdade religiosa*, cumpre destacar a *aplicabilidade dos princípios bioéticos*. A análise do conflito requer, imprescindivelmente, um adequado debate no âmbito da Bioética a partir de seu paradigma principialista, que é o sistema de princípios que norteia essa área de conhecimento científico no contexto dos conflitos éticos, especialmente nos campos da Saúde, Filosofia e Direito. Para tanto, foram utilizadas consultas em livros e revistas especializadas no cenário nacional, que possibilitaram uma compreensão da evolução da Bioética e dos posicionamentos dos estudiosos dessa área acerca do conflito considerado, notadamente a partir dos princípios bioéticos que balizam essa área: *autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça*.

No Brasil tais princípios foram consagrados na Resolução 196/96 da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, do Conselho Nacional de Saúde, órgão do Ministério da Saúde. Tal documento foi criado para nortear as discussões bioéticas no País, por meio de diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, tendo assim os quatro princípios básicos como fundamentos, isso até a recente atualização, pela Resolução 466/12.

A instituição desse sistema principiológico remonta ao chamado *Relatório Belmont*, destinado a orientar pesquisas científicas que envolvessem seres humanos, tendo sido consolidado pelo trabalho do filósofo Tom Beauchamp e do teólogo James Childress em 1979, em *Princípios de Ética Biomédica* (DINIZ, 2002, p.25).

Aluisio Serodio (2008, p. 71) faz uma sintética definição desses princípios:

Os três primeiros princípios podem ser definidos de maneira simples. A não-maleficência é o princípio segundo o qual deve-se, acima de tudo, não causar mal a outra pessoa e remete diretamente à máxima hipocrática: *primum non nocere*. Já a beneficência é o princípio moral segundo o qual se deve ajudar os outros a consolidar seus interesses legítimos. Respeitar a autonomia é priorizar as escolhas e opiniões refletidas de uma pessoa e, ao mesmo tempo se abster de obstruir suas ações a menos que sejam claramente prejudiciais a outros. A definição do princípio da Justiça, porém, exige maior detalhamento. Geralmente, na discussão de conflitos bioéticos, se lida com o aspecto distributivo da justiça, que para Rawls significa que todos os bens sociais primários (liberdade, oportunidade e as bases para o auto-respeito) devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual se dê em benefício dos menos favorecidos.

A esta explanação segue uma crítica do autor ao conceito de “paradigma” dos referidos princípios, entendendo este que em que pese o principialismo ter importância patente na evolução da disciplina, sua real natureza seria a de, tão somente, “uma ferramenta para a deliberação bioética e, como tal, poderia ser utilizada independentemente da visão de mundo daqueles que conduzem o debate”. Desse modo, Serodio (2008, p. 72) compreende o paradigma principialista como resultante de um esforço teórico em aprofundar o Relatório Belmont e expandir sua aplicação na direção dos conflitos éticos existentes na biomedicina, que acabou por ser bem aceito pelos profissionais da área da saúde, a partir da adoção desses conceitos nos problemas que encontravam em sua prática profissional.

Diniz (2002, p. 25-26), para quem a teoria principialista confunde-se com a própria disciplina, também ressalta a existência de críticas para a denominação de “teoria principialista”, lembrando que “as teorias de ética prática ou aplicada farão sempre referências a princípios éticos como bases norteadoras para os conflitos morais, ou seja, em alguma medida, quase todas as teorias da bioética seriam também teorias principialistas”. Salienta, contudo, que a manutenção da denominação se justifica por fazer referência direta à obra de Beauchamp e Childress.

De acordo com Serodio (2008, p. 74), o caráter de ferramenta do principialismo permitiria uma maior flexibilidade na aplicação dos mesmos, bem como no peso dado a cada princípio em relação aos outros. Mas, longe de constituir um defeito ou uma permissividade excessiva, essa flexibilidade se adequaria ao caráter pluralista da discussão bioética, constituindo ferramenta educacional para a discussão dos desafios éticos contemporâneos.

No tocante aos aspectos bioéticos do conflito causado pela recusa à hemoterapia por parte das Testemunhas de Jeová, a análise do material estudado apontou para o debate principiológico como ponto fulcral da discussão. A implicação do conflito com o princípio da *autonomia*, por exemplo, é trazida à tona por Ana Carolina Costa e Fonseca (2011, p. 489), para quem a substituição do princípio do *respeito à pessoa* por aquele princípio, realizada por

Beauchamp e Childress instaura “alteração fundamental na caracterização do sujeito, que se passa a tomar por ativo”.

Para Fonseca (2011, p. 489 e 495), “o reconhecimento da autonomia exige que o ser autônomo explicita os termos de sua autonomia. E para que exista respeito à autonomia é preciso tratar aqueles reconhecidos como autônomos conforme seus valores morais”. Esta autora ainda argumenta que o procedimento hemoterápico realizado contra a vontade manifesta do paciente Testemunha de Jeová seria atitude paternalista, sendo a imposição do “direito à vida” sobre a autonomia incompatível com o caráter plural do estado brasileiro, tal como declarado no Preâmbulo da Constituição Federal vigente.

Discutindo as conexões da laicidade e da diversidade com a bioética, Martinez e Raymundo (2010, p.65) também ressaltam o caráter plural da bioética como impeditivo da adoção de uma conduta que, em sua opinião, seria pautada na prerrogativa de salvar a vida do paciente, mas que acabaria por refletir em “uma visão unívoca, que o profissional de saúde pode adotar quando se orienta apenas pela deontologia ou, então, por sua própria crença”. Em suma, é o que os autores consideram “o clássico exemplo de conflito entre duas crenças”.

Em que pese o foco dos autores supracitados no princípio da autonomia, é também pertinente considerar a ausência de hierarquia entre os princípios da bioética como sendo mais um fator a ser considerado no debate, tal como explicitado por Serodio (2008, p. 74), ao mencionar a flexibilidade da aplicação do paradigma principiológico. Para este autor “cabará sempre ao agente que faz a reflexão ética especificar e equilibrar os princípios a fim de tomar uma decisão. Portanto, não há razão para considerar que um ou outro princípio deva prevalecer sempre”.

Por sua vez, Catão e Catão (2012, p. 99), discutindo a adequação da Teoria Principiológica à realidade brasileira, explicitam a problemática da relação entre os princípios:

[...] frequentemente são observados o surgimento de alguns problemas de natureza racional, na análise da formulação e operacionalização desses princípios; ou seja, a fixação de princípios exteriorizando, notadamente, as bases da vida moral, significa que irão formular uma determinação que, ao final, tornar-se-á canônica- pois será quem irá definir em cada caso qual o ‘verdadeiro’ ou ‘justo’ significado de cada um deles e com isto acabam por negar o princípio racional básico de que as leis morais resultariam de uma ampla argumentação pública entre pessoas autônomas. Portanto, evidencia-se que aplicação desses princípios poderá, muitas vezes, levar a situações conflitantes entre eles, a partir da verificação de que considerados isoladamente, cada um deles poderá ser interpretado como superior ao outro. Então, deduz-se que a aplicação não pode ser de forma conjunta e não diferenciada, visto que implicaria em um processo de neutralização mútua do aspecto decisório; logo, o ideal seria uma aplicabilidade principiológica isolada, porém diferenciada para cada caso concreto.

Ressalte-se que, nesse mesmo trabalho, estes autores apontaram para a necessidade de uma urgente atualização do Paradigma Principiológico, a fim de se conseguir maior adequação à realidade brasileira, bem como integrar princípios mais operacionais no âmbito da pesquisa envolvendo o debate bioético. Tais propostas acabaram em ser acatadas por ocasião do I Encontro Nacional de Comitês de Ética em Pesquisa – I ENCEP, levando a uma atualização da Resolução 196/96 CONEP/CNS/MS, que, em sua nova versão dada pela Resolução 466/12, admitiu princípios de natureza moral, bem como uma harmonização da referida Resolução de modo a contemplar também a pesquisa bioética nas Ciências Sociais.

Analisados os aspectos bioéticos do conflito, no tocante ao paradigma principiológico e sua aplicação no mesmo, faz-se necessário agora uma investigação de seus aspectos jurídicos, o que pressupõe a necessidade de se conhecer o posicionamento dado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais acerca dos mesmos.

4. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DO CONFLITO

De início, cabe explicitar que no tocante à legislação e regulamentação da conduta médica nos casos de recusa ao tratamento hemoterápico em situação de perigo de vida para o paciente, o Conselho Federal de Medicina, desde 1980, determina o procedimento compulsório, reconhecendo como interpretação autêntica de seus princípios deontológicos os fundamentos do parecer CFM nº 21/80. Assim, a transfusão de sangue contra a vontade do paciente foi determinada pela Resolução 1.021/80, que concluiu:

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 conduta médica também aparece como exceção ao crime previsto no art. 146 do Código Penal:

Constrangimento ilegal

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

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

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

Percebe-se, portanto, que na ausência de legislação específica sobre a matéria, e havendo regulamentação no âmbito do Conselho de classe médica competente instituindo a conduta exigível, a análise dos aspectos jurídicos ligados ao tema em estudo passa necessariamente pela doutrina constitucional, haja vista que se trata de conflito entre direitos amparados pela Carta Magna, bem como pelo posicionamento dos Tribunais Superiores e Tribunais dos entes federados acerca do mesmo.

Para a *análise jurisprudencial*, foram realizadas pesquisas documentais nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como em sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais. A pesquisa realizada no mês de junho de 2014 utilizou como palavras-chave os termos “*transfusão de sangue*”, “*hemoterapia*”, “*hemotransfusão*”, “*Testemunhas de Jeová*”, bem como sua associação com as palavras-chave “direito à vida” e “liberdade religiosa”, utilizando como filtros julgamentos a partir de 1988, com limites de abrangência dependente de cada Tribunal.³

Importante, ainda, ressaltar que a pesquisa realizada deparou-se com resultados que, apesar de tratarem do tema da recusa à hemoterapia, não se coadunavam com o cerne desse artigo científico, isto é, a confrontação entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Assim, foram descartados os resultados que extinguíam feitos por razões processuais ou que apuravam, por exemplo, a existência ou não de responsabilidade civil no caso de não cobertura de tratamento alternativo em planos de saúde utilizados por pacientes Testemunhas de Jeová.

No sítio virtual do Supremo Tribunal Federal não foram encontrados resultados relativos ao tema, levando à conclusão de que o conflito em estudo não ensejou o debate da constitucionalidade do procedimento médico, seja pela competência direta daquela Corte, atacando atos administrativos baseados na regulamentação da hemoterapia compulsória, seja em sede recursal, que poderia ter sido ensejada no debate constitucional de acórdãos que julgassem casos ligados ao conflito.

Por sua vez, a pesquisa no Superior Tribunal de Justiça encontrou um caso curioso, sendo que de relação inversa da situação ora estudada: no RHC nº 7785/SP (DJ em

³ Sobre a perspectiva do método utilizado, verificamos que o mesmo tem similaridades com aquele utilizado por Fonseca em *Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica* (Revista Bioética, vol. 19, nº 2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011), com o diferencial que os dados obtidos pela autora em agosto de 2010 foram utilizados para uma análise filosófica e bioética do tema, enquanto os dados aqui obtidos, atualizados em cerca de 4 anos, serviram para fundamentar um estudo do tema pela via constitucional.

30/11/1998), o STJ negou provimento ao recurso em *habeas corpus* em que o paciente, médico e seguidor da denominação das Testemunhas de Jeová, teria alegadamente influenciado os pais de uma menor, e também seguidores daquela fé, a obstar hemotransfusão na filha, o que a teria levado à morte. Contudo, o julgamento limitou-se a manter a negativa do *habeas corpus*, deixando a apuração de culpa e demais aspectos para a instrução criminal em processo originário, sob o argumento de que seria “impossível a verificação da existência ou não de crime na via estreita do *habeas corpus* em razão da necessidade de análise aprofundada de provas” (STJ. RHC 7785/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma. Julgado em 05/11/1998. DJ: 30/11/1998, p. 209).

De modo que, também não sendo encontrados resultados nesta Corte, a pesquisa documental dedicou-se, em seguida, a analisar julgamentos e decisões em pedidos liminares relativas ao tema. Contudo, não foi realizada uma busca extensiva, destinada a uma análise de toda a jurisprudência disponível sobre o tema, tendo em vista a inviabilidade e as limitações dos mecanismos de busca disponível.

A análise das jurisprudências dos Tribunais Estaduais e Federais revelou uma já prevista diversidade de entendimentos acerca do conflito entre direitos gerados pela recusa à hemoterapia. De uma parte, encontram-se órgãos julgadores decidindo pela preponderância da preservação da vida em face da expressão religiosa e da liberdade de crença, como é o caso da decisão monocrática emanada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 200935000032777, que antecipou efeitos da tutela para permitir que o Hospital agravante realizasse transfusão de sangue na pessoa do agravado a fim de preservar-lhe a vida. Na fundamentação, o Desembargador Federal Fagundes de Deus salientou (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2009, p. 1, grifos nossos):

[...] em face de situação desse jaez, de antinomia entre preceitos constitucionais que se reputam igualmente aplicáveis na situação em concreto, **é indispensável que o intérprete efetue a ponderação dos valores envolvidos para, então, extrair a conclusão jurídica mais segura e mais consentânea com o próprio ordenamento constitucional positivo.** [...] Nesse sentido, é preciso considerar que a ordem constitucional, se interpretada na plenitude de sua visão teleológica, **nega atitudes conducentes ao repúdio ao direito à própria vida**, tanto é que a legislação infraconstitucional inadmite a prática de eutanásia e, bem assim, reprime o induzimento ou auxílio ao suicídio.

Entendimentos similares como é o caso do acórdão da 18ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº

0009813-13.2004.8.19.0000, cuja ementa transcrevemos, com grifo nosso (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2004, grifo nosso):

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

Na fundamentação da decisão supra, o julgador asseverou: “não obstante a opção religiosa de cada um, entre dois bens jurídicos tutelados, prevalece a vida sobre a liberdade, até por que não foi a agravante que manifestou a recusa, mas seus familiares”.

Teor similar é o do Acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível do TJRS na Apelação Cível 70020868162, que, em situação similar ao do agravo de instrumento do TRF – 1 supra mencionado, chegou a reconhecer a ausência de necessidade de intervenção judicial para amparar a conduta médica, tomando como base justamente a prevalência da vida sobre a liberdade religiosa (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2007, grifo nosso):

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois **o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida**, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, **independentemente do consentimento dela ou de seus familiares**. Recurso desprovido.

Entretanto, já em 2010, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70032799041, a 12ª Câmara Cível do mesmo TJRS apresentou posicionamento diverso, fundamentado na supremacia da dignidade, que no entendimento da Turma, seria proveniente da crença religiosa (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2010, grifo nosso):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RÉCORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. **Tratamento médico que, embora**

pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO.

Em seu voto, o relator argumentou que “a liberdade de crença expressada pela paciente, ora agravante, reveste sua vida de sentido, sentido este não compreendido, na sua verdadeira dimensão, por quem não vive e não comunga de tais valores”. Acerca do conflito entre direitos, aduziu que os mesmos são protegidos pela CF/88 na mesma proporção, não sendo o direito a vida fator “super-preponderante”.

Em uma linha de pensamento similar às considerações bioéticas de Fonseca (2010) sobre a autonomia, e de Martinez e Raymundo (2010) acerca da laicidade, o Desembargador relator arguiu, ainda, que uma supremacia do direito à vida não se coadunaria com o caráter pluralista e laico do Estado brasileiro em face de indivíduos maiores, capazes e autônomos. Concluiu, por fim, que a solução para o dilema, em se tratando de princípios em cuja relação não pode haver exclusão, é a ponderação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2010):

Os princípios são normas constitucionais que, ao contrário das outras normas (as regras), não são excludentes entre si. Quando se trata de princípios constitucionais, a sua exegese impõe ao intérprete o trabalho de ponderação entre eles a partir do caso concreto. Tanto o direito à vida, por um lado, como o direito à liberdade de pensamento e de crença, por outro, quanto, ainda, a intimidade e a privacidade da pessoa humana, são princípios e valores que não se excluem uns aos outros, mas que devem ser ponderados e harmonizados ante o caso concreto para saber quais, afinal, têm preponderância. [...] A melhor baliza para o trabalho de ponderação dos princípios em questão é, sem dúvida, o valor da dignidade da pessoa humana, sendo ele um dos fundamentos do Estado Democrático e da República brasileira (art. 1º, III, da CF).

Em resumo, na interpretação do levantamento jurisprudencial sobre o tema, temos que a ausência de posicionamento acerca da conduta constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a falta de pronunciamento uniformizador no âmbito cível-penal do Superior Tribunal de Justiça, provocam uma ainda presente divergência de entendimentos nos órgãos julgadores de primeira e segunda instâncias, que ora pendem pela defesa do direito à vida como superior aos demais direitos e garantias fundamentais, ora tomam posição contrária, prestigiando a liberdade religiosa por associação à dignidade da pessoa humana, ainda que em detrimento da vida.

Já para o estudo da *doutrina jurídica* sobre o tema foram consultadas bibliografias especializadas e trabalhos acadêmicos de especialistas consagrados na área de Direito

Constitucional e Direitos Humanos, assim como monografias e artigos que utilizaram como fontes diretas o trabalho dos referidos profissionais.

No campo doutrinário, verifica-se uma certa similaridade com o debate bioético, pois nessas áreas existem divergências ligadas ao caráter principiológico das disciplinas, a natureza e à possível hierarquia entre princípios (e, no caso jurídico, direitos). Destarte, no cenário jurídico, na ausência de legislação e jurisprudências que orientem a solução do conflito, tal perspectiva é buscada na doutrina e na interpretação dos princípios do direito consagrados na Constituição Federal.

Assim, os aspectos jurídicos do conflito em debate são sintetizados em um caso de colisão de direitos fundamentais: de um lado a preservação da vida do paciente, direito este que depende da conduta médica exigida pela Resolução 1020/80 CFM; e, de outro, a liberdade de consciência e de crença desse mesmo paciente, que move sua recusa ao tratamento, ainda que em perigo de vida.

Nesse contexto, José Afonso da Silva (2010, p. 197/198) entende a vida como não apenas o sentido biológico de incessante autoatividade funcional, mas como um processo “que se instaura na concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte”. Desse modo, o *direito à vida*, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88 é concebido pelo autor como especialmente contendo o *direito à existência*: “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”, embora se ligue, também, ainda que sem a mesma intimidade aos direitos à integridade físico-corporal, à integridade moral, à dignidade da pessoa humana entre outros.

Já quanto ao conceito de *liberdade religiosa*, prevista no art. 5º, VI, Silva (2010, p. 249) considera como direito a uma forma de manifestação de pensamento mais complexa envolvendo a *liberdade de crença*, *liberdade de culto* e *liberdade de organização religiosa*. A primeira, que tem ligação direta com a situação conflituosa ora estudada, é entendida como liberdade de escolha da própria religião ou nenhuma religião. Esse conceito é compartilhado com Uadi Lammego Bulos (2011, p. 559), segundo o qual a liberdade de religião, sendo corolário da liberdade de consciência, prevista no mesmo artigo, também significa que “cada qual segue a diretriz de vida que lhe for conveniente, desde que não cometa ilicitudes”.

Barros (2000, p. 213-214 e 29), sobre as restrições legais a direitos fundamentais, salienta “em caso de colisão de direitos fundamentais, a técnica correta para aferição da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, que vale como lei para determinado conflito”. O

princípio da proporcionalidade é, dessa forma, definido como ferramenta a ser utilizada para ponderação e resolução do conflito instaurado, como bem esclarece esta autora:

O princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.

De modo igual é o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 269-270), que subdivide o Princípio da Proporcionalidade nos princípios da adequação dos meios (*Geeignetheit*), exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

Desse modo, temos que a aplicação da proporcionalidade requer análise da adequação à proteção do bem jurídico a que se destina, a averiguação da inexistência de meio menos gravoso para tal medida protetiva e a *proporcionalidade* em sentido estrito entre intervenção e a proteção almejada.

Portanto, pela aplicação do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de recusa à hemoterapia por pacientes Testemunhas de Jeová, podemos inferir as seguintes conclusões: não havendo risco à vida, não há colisão de direitos, e deve-se respeitar a vontade do paciente, nos termos da Resolução 1020/80 CFM; havendo risco à vida e estando o paciente incapaz de exprimir sua vontade, o médico deve agir conforme seu dever de garante, preservando a vida do paciente nos termos do referido regulamento médico; havendo risco à vida e, sendo o paciente incapaz, de modo que a recusa vem de seus pais, tutor ou curador, deve o Estado se substituir à vontade destes (entendimento presente no voto do Desembargador Relator do Agravo de Instrumento N° 70032799041).

Já a hipótese em que o paciente, autônomo do ponto de vista bioético e capaz segundo a legislação brasileira, conscientemente recusa a transfusão de sangue que lhe salvaria a vida, constitui o caso em que o conflito de direitos e princípios aparece de forma mais agravada, fazendo-se necessária verdadeira ponderação e sopesamento dos valores em choque conforme cada caso concreto.

A ponderação entre esses dois direitos em colisão com base na aplicação do Princípio da Proporcionalidade converge para uma conclusão favorável à supremacia do direito à vida no caso específico da situação conflituosa em estudo. De fato, Bulos (2011, p. 532, 535-536), para quem “o direito à vida é o mais importante de todos os direitos” (p. 532) salienta que a

ausência da proteção incondicional do direito à vida implica na não realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil, razão pela qual “não é dado a ninguém dispor de sua vida no sentido de fulminá-la” (p. 535). Continuando, esse autor aduz que “o inevitável fenômeno da morte física, do qual ninguém poderá evadir-se, por mais dura que seja a jornada no invólucro carnal, não é uma *facultas agendi*” [...] “independente de credo religioso ou de posição filosófica, a manifestação constituinte originária não se compactua com o ato de alguém subtrair a própria vida”.

Igualmente, se, como explicita Silva (2010, p. 198-199), de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, incluindo a liberdade religiosa, se não erigisse a vida como um desses direitos, pode-se inferir daí a posição do direito à vida como prevalente na grande maioria dos casos, inobstante não configurar um direito absoluto, como é o caso de todos os direitos declarados na CF/88. Em relação a uma oposição entre o direito à vida e o direito à dignidade humana, argumento presente inclusive no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70032799041, observe-se que, conforme este autor, foi pertinente o não acolhimento da inclusão de um “direito a uma existência digna” no rol da Carta Magna vigente, tendo em vista que sua declaração explícita poderia fundamentar, indiscriminadamente, práticas que vão desde a eutanásia até a eliminação de portadores de deficiência em detrimento daquilo que fosse a vontade do Constituinte ao erigir tal direito.

Assim, em um cenário em que não haja tratamento alternativo acessível, entendemos que o profissional médico deve, amparado pelas normas gerais que regem sua profissão e, mais importante ainda, pelo art. 5º, *caput* e inciso II da CF/88 tomar as medidas cabíveis para a preservação da vida do paciente, ainda que isso implique em violação de sua liberdade de crença e de consciência em virtude de opção religiosa.

A preservação da vida, frente à deliberada expressão da liberdade religiosa, aparece assim como um bem jurídico mais importante, sendo o procedimento médico compulsório medida que se revela adequada e necessária nas situações em que não há tratamento alternativo, assim como proporcional ao resultado que almeja, isto é, a preservação do direito à vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se, inicialmente, que o debate sobre a situação conflituosa estudada é, antes de tudo, matéria para substancial enriquecimento nas áreas bioética e jurídica, despertando formulações e entendimentos diversos nos dois campos de saber e

fomentando o estudo das bases principiológicas das duas áreas, o que só tem a contribuir para, ao mesmo tempo, a revisão, atualização e consolidação da Bioética e do Direito.

No campo bioético, concluímos que a referida consolidação se revela urgente para essa área de estudo. Seu caráter recente e as ponderações sobre a natureza de seus princípios a tornam um campo aberto para debate que, aos poucos, vão construindo seu corpo teórico e resolvendo conflitos de ordem prática. Assevere-se que a resolução desses conflitos constitui a própria razão de ser da Bioética. Esperamos que o caráter flexível da discussão bioética enseje resultados realmente frutíferos, possibilitando a imediata resolução de questões de ordem prática, uma vez que tais questões constituem o motor principal dessa área.

Quanto aos aspectos jurídicos, em que pese o maior tempo de construção que tem a Ciência Jurídica, constatamos que a ausência de normatização pelo Poder Legislativo e de interpretação consolidada pela cúpula do Poder Judiciário tornam o conflito em estudo um cenário igualmente aberto para discussões e entendimentos divergentes. Até que haja manifestação legislativa e interpretação sobre a matéria à luz da Constituição pela Corte Suprema, o cenário, nos casos práticos, será ainda de entendimentos casuísticos acerca de cada julgador, nas demais instâncias, sem prejuízo da manutenção de posições diversas na doutrina, que existirão independentemente de eventual julgamento pelo STF.

A partir do material estudado, concluímos que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade constitui uma solução viável para a resolução do conflito estudado, sendo que a medida adequada, necessária e mais proporcional a ser tomada nos casos aqui estudados é o prestígio do direito à vida em detrimento da liberdade religiosa do paciente. A medida, invasiva e violadora da consciência alheia, releva-se, contudo, adequada, necessária/exigível e proporcional uma vez que a intervenção nesse direito se justifica pela preservação de bem jurídico maior, que é a vida humana.

Em relação ao argumento (no campo bioético) da violação da autonomia deve-se levar em conta a ausência de hierarquia entre os princípios da Bioética, defendida por parte dos autores, ainda que, como consequência, isso signifique a tomada de posicionamentos divergentes: o importante é lembrar que há uma interação constante e uma seleção caso a caso entre os princípios clássicos, bem como entre estes e os demais princípios que venham a ser incorporados pelas normas bioéticas.

Em relação ao argumento de violação da dignidade da pessoa humana, que seria superior à vida no conflito, observa-se que o caráter flexível, quase onipresente, desse princípio possibilita sua utilização nos mais variados casos e para se proferir as mais divergentes opiniões, o que mais prejudica que contribui para uma ponderação do conflito em

estudo. Entendemos que a dignidade um bem jurídico amplo e que não pode ser resumido ao respeito da liberdade de crença do paciente, uma vez que se encontra, também, na preservação de sua vida quando esta é ameaçada pela recusa do paciente em virtude de uma crença que, por mais firme que seja, é apenas um dos aspectos dessa vida, dessa consciência e dessa dignidade.

Entendemos que os pacientes que professam a religião das Testemunhas de Jeová, ao recusar o tratamento hemoterápico, não tem o desejo de morrer. Igualmente, percebemos o caráter invasivo da violação da vontade de um ser humano autônomo e capaz, quando tal vontade faria mal, aparentemente, apenas a si mesmo.

Entretanto, a referida violação, por mais indesejável que seja à luz do ordenamento jurídico nascido em 1988, quando a vontade popular manifestou seu desejo de deixar para trás os abusos do regime anterior e seguir adiante por um caminho de respeito ao indivíduo e sua consciência, revela-se como único meio possível à preservação da vida humana. E é essa mesma vida humana, com os direitos que dela são derivados, que constituem a razão de ser desse mesmo ordenamento.

ABSTRACT

This article's objective is to analyze the conflict created by the denial to hemotherapeutic treatment for religion based reasons under the perspective of the bioethical principles and the collision between two fundamental rights declared as such by our present Federal Constitution: the right to life and the right to religious freedom. To do such task, we eager to analyze the role principles in the efetivation of constitutional rights and guarantees, to, next, situate the occurring conflict inside Bioethics starting from the principialist paradigm. Sequentially, we seek to know the understandments made by jurisprudence and national doctrine on the subject, positioning us towards the application of the Proportionality Principle. The research seeks its justificatives in the role taken by the Academy in searching means to materialize fundamental rights e guarantees starting from the research of resolutions for the conflicts between themselves, upholding its contribution towards society. This work was guided by this following hypothesis: *“considering the role of principles in the law, would the Proportionality Principle be a just and viable solution resolving the collision between the right to life and right to religious freedom?”*. Deductive method was used, as well as bibliographic and documental research on the theme and a qualitative approach and descriptive-analytical procedure was taken. With that, standardization from the results was possible, enhancing the positive response to the hypothesis pointed and the valuation of the right to life above the right to religious freedom in the proportionality judgment made over the conflict which is object to this work.

KEYWORDS: Right to Life; Right of Religious Freedom; Bioethics; Collision of fundamental rights.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana Toledo de. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BÍBLIA. Português. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Cesário Lange-SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 14 de junho de 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus nº 7785/SP. Acórdão, 6ª Turma. Processual Penal. Habeas Corpus. Ação Penal. Trancamento. Falta de Justa Causa. Paciente: Guilherme Frederico Albuquerque Chermont e outros. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 23 de fevereiro de 1999. Disponível em <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=a%E7%E3o+penal+testemunha+de+jeov%E1&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 14 de junho de 2014.

_____. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Agravo de Instrumento n. 2009.01.00.010855-6/GO (200935000032777). Decisão, 5ª Turma. Agravante: Universidade Federal de Goiás. Agravado: Manoel Batista Alves. Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em <
<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200901000108556&pA=200901000108556&pN=92394820094010000>> Acesso em: 14 de junho de 2014.

BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATÃO, Marconi Gomes do Ó; CATÃO, Marconi do Ó. Uma Oportunidade de Adequação da Teoria Bioética Principlológica no Contexto da Realidade Social Brasileira: I ENCEP/CONEP/CNS/MS – 2012. In: **Revista Científica A Barriguda**. Volume 1, Número 3, 2011. Disponível em: <
<http://abarriguda.org.br/ojs-2.3.4/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/46/pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1021/80**. Resolução publicada em 26 de setembro de 1980. Disponível em: <
<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=307>> Acesso em: 14 de junho de 2014.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

FONSECA, Ana Carolina Costa e. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. In: **Revista Bioética**, vol. 19, nº 2, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988**. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>.

Acesso em: 20 de maio de 2014

HAMERSCHLAK, Nelson; JUNQUEIRA, Pedro Clovis; e ROSENBLIT, Jacob. **História da Hemoterapia no Brasil**. In: Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, vol. 27, nº 3. São José do Rio Preto, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbhh/v27n3/v27n3a13.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2014.

MARTINEZ. Daniel Gutiérrez; e RAYMUNDO, Marcia Mocellin. Considerações sobre a laicidade e a diversidade e suas conexões com a bioética. In: **Revista Brasileira de Bioética**, Volume 6, Números 1-4. Editora: Sociedade Brasileira de Bioética, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <file:///C:/Users/Cliente%20Preferencial/Downloads/a%20proporcionalidade%20na%20jurisprudncia%20do%20supremo%20tribunal%20federal%20(1).pdf> Acesso em: 24 de junho de 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento nº 0009813-13.2004.8.19.0000 (2004.002.13229). Acórdão, 18ª Câmara. Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido. Agravante: Irani da Silva Macedo. Agravado: Ministério Público. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos. Rio de Janeiro, 05/10/2004. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003CD54F67A152B742C9510CC7155A5F9FBC019C3213309>> Acesso em: 14 de junho de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70020868162. Acórdão, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Apelante: Hospital Cristo Redentor AS. Apelado: Deise Esteves Macedo. Rel. Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 22/08/2007. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%

[E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020868162&num_processo=70020868162&codEmenta=2007045&temIntTeor=true](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2010&codigo=130432)> Acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70032799041. Acórdão, 12ª Câmara Cível. Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente. Agravante: Heliny Cristina Lucas Alho. Agravado: Fundação Universidade de Caxias do Sul. Rel. Desembargador Claudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 06/05/2010. Disponível em <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2010&codigo=130432> Acesso em: 15 de junho de 2014.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico: implicações.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SERODIO, Aluisio. Revisitando o princípalismo: aplicações e insuficiências na abordagem dos problemas bioéticos nacionais. In: **Revista Brasileira de Bioética**, Volume 4, Números 1 e 2. Editora: Sociedade Brasileira de Bioética, 2008.

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

SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Conhecimento que Conduz À Vida Eterna.** Cesário Lange-SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995.