



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
THAYNAN DA COSTA LEANDRO

APARENTE CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS
ALTERNATIVOS À TRANSFUÇÃO DE SANGUE:
BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS BRASILEIROS

Tubarão

2012

THAYNAN DA COSTA LEANDRO

**APARENTE CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS
ALTERNATIVOS À TRANSFUÇÃO DE SANGUE:
BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Edir Josias Silveira Beck, Esp.

Tubarão

2012

THAYNAN DA COSTA LEANDRO

**APARENTE CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS
ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE:
BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 28 de junho de 2012.

Prof. e orientador Edir Josias Silveira Beck, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Lauro José Ballock, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Lester Marcantonio Camargo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela dádiva da vida, da sabedoria e discernimento, sem Ele não teria a força necessária para prosseguir.

Aos meus pais, que são meus melhores amigos e incentivadores, agradeço por todo o apoio, amor, carinho e atenção. A mais profunda gratidão pela abnegação, paciência e compreensão, principalmente, durante este trabalho, auxiliando-me em tudo, não permitindo que a aflição tomasse conta e, sempre, prontos a proferir palavras de conforto e incentivo. Amo vocês!

Aos amigos, pelo incentivo, auxílio e compartilhamento dos conhecimentos, em especial, à Esolete, a qual foi de extrema importância na produção deste trabalho, ajudando-me a trilhar o melhor caminho, extraíndo o que possuo de melhor. À Raquel, Eduardo, Wagner e Nívio, pelos conhecimentos transmitidos. Ao Alvaro, por não medir esforços em me escutar, acalmar e animar.

Ao Serviço de Informações de Hospitais (HIS), pelos materiais, prontamente, fornecidos.

Às amigas de faculdade, Mara e Sílvia, por terem compartilhado, durante todo o período acadêmico, as alegrias, tristezas e frustrações, sempre prontas a transmitir palavras de incentivo.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Edir Josias Silveira Beck, que não mediu esforços durante toda a produção deste trabalho, dedicando parte do seu tempo, mostrando-se solícito, transmitindo seus preciosos conhecimentos. Agradeço, também, por suas palavras terem sido de fundamental importância, conferindo-me ânimo para prosseguir nessa caminhada e por ter acreditado na minha capacidade de poder fazer sempre melhor.

Não poderia deixar de agradecer ao meu supervisor de estágio na 7ª Promotoria de Justiça de Tubarão, Dr. Fábio, e meus colegas de trabalho, Alvaro e Joice, pela compreensão, apoio e consideração.

Por fim, agradeço aos meus professores e indiretamente à Universidade do Sul de Santa Catarina, pelos conhecimentos transmitidos durante todo o curso, os quais contribuíram, contribuem e contribuirão para a minha formação.

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a existência ou não de um conflito entre duas normas de direitos fundamentais – o direito à vida e o direito à liberdade –, quando um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, com a análise de sete decisões emanadas por Tribunais de Justiça estaduais pátrios e, a título complementar e ilustrativo, de duas decisões de cortes superiores internacionais, a respeito do assunto. Utilizou-se, para a realização do trabalho, o método dedutivo, pois se partiu de uma proposição universal ou geral, analisando-se quando um conflito de normas de direitos fundamentais ocorre e como se resolve o possível conflito, passando-se ao estudo das decisões referidas, para, então, atingir uma conclusão específica ou particular – verificar se há ou não conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, quando um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue. Quanto ao tipo de pesquisa, recorreu-se à bibliográfica, com estudo abrangente do conhecimento explanado em livros, artigos científicos, manuais e outras obras do mesmo gênero, bem como à documental, haja vista a análise de acórdãos exarados por tribunais estaduais brasileiros e por duas cortes internacionais, constituindo-se tais decisões fontes primárias de pesquisa. Os dados pesquisados permitem dizer que a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental de um titular repercute negativamente no exercício de um direito de mesma ordem de outro titular, assim como quando essa repercussão atinge bens coletivamente protegidos. Observa-se que, das decisões estudadas, quatro expressamente seguiram o entendimento de que há o conflito, devendo, portanto, prevalecer o direito à vida. Por fim, pôde-se concluir que inexistente o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, quando um paciente capaz escolhe um tratamento diverso à transfusão de sangue, haja vista tratar-se de um único titular que almeja o exercício de dois direitos fundamentais na sua mais ampla acepção, como inclusive entendido por outras das decisões pretorianas analisadas.

Palavras-chave: Conflito - Leis. Direitos Fundamentais. Sangue - Transfusão.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze the existence or not of a conflict between two standards of fundamental rights - the right to life and right to freedom - when a patient opts for different treatment of blood transfusion, with the analysis of seven decisions proceeding by Tribunals of Justice state patriotic and, to complement and illustrative title, of two decisions of international courts, above on the subject. It was used, for the accomplishment of the work, the deductive method, because it came from a universal or general proposition, when analyzing a conflict of fundamental rights standards occurs and how to resolve the possible conflict, passing to the study of decisions referred to then reach a specific conclusion or private – to verify if there is or not the conflict between the right to life and the right to the freedom when a patient opts for different treatment of the blood transfusion. Regarding the type of research, appealed to the literature, with ample study of knowledge explained in books, scientific articles, books and other works of the same gender as well as to the documental, considering the analysis of judgments by Brazilian state tribunals and two international courts, constituting such decisions primary research sources. The examined data allow to say that the collision of fundamental rights happens when the exercise of a fundamental right of a holder affects negatively in the exercise of a right of another holder of the same order, as well as when that repercussion reaches goods collectively protected. It is observed that, of the studied decisions, four explicitly followed the understanding that there is conflict, owing, should therefore prevail the right to life. Finally, it could be concluded that the conflict inexists between the right to life and right to freedom when a patient chooses a different treatment of the blood transfusion, considering that this is a single holder who craves the exercise of two fundamental rights in wider meaning, as understood by others including the praetorian decisions analyzed.

Keywords: Conflict - Laws. Fundamental Rights. Blood - Transfusion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	8
1.2 JUSTIFICATIVA.....	8
1.3 OBJETIVOS	9
1.3.1 Objetivo geral	9
1.3.2 Objetivos específicos	9
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	10
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	10
2 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	12
2.1 NORMAS JURÍDICAS	12
2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS	14
2.3 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.3.1 Direitos fundamentais: conceito e características	18
2.3.2 Proteção recebida pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro	22
2.3.3 Direito à vida	23
2.3.3.1 Direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	23
2.3.4 Direito à liberdade	26
2.3.4.1 Direito à liberdade e o princípio da legalidade	27
2.3.4.2 Liberdade religiosa	29
2.3.5 A relatividade dos direitos fundamentais	30
3 CONFLITO/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
3.1 ESPÉCIES DE CONFLITOS/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
3.1.1 Colisão em sentido estrito	35
3.1.2 Colisão em sentido amplo	37
3.2 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
3.2.1 Métodos clássicos de interpretação	39
3.2.2 Princípios de interpretação constitucional	41
3.2.3 Princípio da proporcionalidade e sua aplicação	46
3.3 ANÁLISE DA (IN)EXISTÊNCIA DO CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE.....	50

4 APARENTE CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS BRASILEIROS	54
4.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS	55
4.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	61
4.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	68
4.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	72
4.5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO	73
4.6 BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS	76
4.6.1 Supremo Tribunal de Justiça da Nação – Buenos Aires	77
4.6.2 Suprema Corte do Mississippi – Estados Unidos da América	79
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	86
ANEXOS	92
ANEXO A - Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	93
ANEXO B - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	104
ANEXO C - Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	113
ANEXO D - Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	118
ANEXO E - Agravo de Instrumento nº 70032799041, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	127
ANEXO F - Apelação Cível nº 132.720-4/9-00, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	148
ANEXO G - Agravo de Instrumento nº 22395/2006, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso	153
ANEXO H - Recurso Extraordinário nº 605, do Supremo Tribunal de Justiça da Nação de Buenos Aires	170
ANEXO I - Recurso de Apelação nº 1954, da Suprema Corte do Mississippi (EUA) ...	193

1 INTRODUÇÃO

Diante da objeção de um paciente ao tratamento com transfusão de sangue, muitos entendem que o direito à vida deve prevalecer em detrimento ao direito à liberdade do enfermo de escolher o tratamento ao qual deseja se submeter, devendo, portanto, ser compulsoriamente administrado aludido procedimento.

Esta situação foi, então, o que motivou a presente pesquisa, a qual visa analisar mais detalhadamente a existência ou não deste conflito de normas.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O presente trabalho tem como delimitação o estudo do aparente conflito existente entre duas normas de direitos fundamentais – o direito à vida e o direito à liberdade –, no tocante à escolha, por pacientes capazes, de tratamentos alternativos à transfusão de sangue, com a análise de decisões emanadas por Tribunais de Justiça estaduais pátrios. A propósito, a título complementar e ilustrativo, também são analisadas duas decisões de cortes superiores internacionais, a respeito do assunto.

Ambos os direitos são garantidos constitucionalmente e muitos entendem que, quando um paciente opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, existe um conflito entre aqueles direitos, devendo preponderar um em detrimento do outro.

Diante desse contexto, indaga-se: Como os tribunais tratam a questão relativa à (in) existência do conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, no que versa a escolha de tratamentos alternativos à transfusão de sangue?

1.2 JUSTIFICATIVA

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, *caput* garanta o direito à vida e o direito à liberdade, e estar-se em um estágio avançado no que tange aos direitos humanos e à bioética, admitindo-se tratamento médico qualificado, personalizado e protegendo-se a autodeterminação do paciente, veem-se decisões baseadas em fundamentos diversos, por vezes, desconsiderando os direitos dos pacientes, como os pertencentes à religião Testemunha de Jeová, os quais aceitam qualquer tratamento, com exceção da transfusão de sangue.

A doutrina é muito divergente em relação a esse assunto e os profissionais/operadores do direito, algumas vezes, não sabem exatamente o melhor modo de agir, haja vista envolver dois direitos fundamentais, deparando-se, portanto, com situação complexa, suscitando dúvidas e diversos entendimentos.

Apesar de tamanha dificuldade na solução de tais casos, vê-se, em muitos operadores do direito, a disposição e a vontade de buscar uma decisão que preserve os direitos e garantias assegurados pela Constituição, adequando-os ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Considerando que as decisões dos Tribunais de Justiça servem de base e inspiração para as decisões de 1º grau, justifica-se um estudo mais aprofundado sobre a maneira como os Tribunais pátrios estão decidindo o assunto, objetivando analisar tal questão pelo ângulo da prática, dos casos reais. Pretende-se, assim, contribuir para um melhor entendimento em relação à existência ou não de conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, quando um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, sem a intenção de exaurir o assunto, antes de ampliar a reflexão teórico-prática, buscando pacificar assunto tão relevante.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a existência ou não de um conflito entre duas normas de direitos fundamentais – o direito à vida e o direito à liberdade –, quando um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, bem como o modo como os tribunais pátrios vêm se manifestando acerca do assunto.

1.3.2 Objetivos específicos

Os objetivos específicos da monografia são:

Estabelecer o conceito de normas, em especial, as de direitos fundamentais, princípios e regras.

Analisar, de modo mais profundo, dois direitos fundamentais: o direito à vida e o direito à liberdade.

Verificar quando ocorre o conflito de normas de direitos fundamentais e como pode ser solucionado.

Observar, de forma ampla, porém não exauriente, a fundamentação de decisões dos Tribunais pátrios com relação à existência ou não do conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, no que tange à escolha de tratamento diverso à transfusão de sangue.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Utilizou-se, para a realização do trabalho, o método dedutivo, pois se partiu de uma proposição universal ou geral, analisando-se quando um conflito de normas de direitos fundamentais ocorre e como se resolve o possível conflito, passando-se ao estudo das decisões dos tribunais pátrios acerca do assunto, para, então, atingir uma conclusão específica ou particular – verificar se há ou não conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, quando um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue.

Quanto ao tipo de pesquisa, recorreu-se à bibliográfica, com estudo abrangente do conhecimento explanado em livros, artigos científicos, manuais e outras obras do mesmo gênero, bem como à documental, haja vista ter havido a análise de acórdãos exarados por tribunais estaduais brasileiros e por duas cortes internacionais, constituindo-se tais decisões fontes primárias de pesquisa. A recolha das informações envolveu a leitura e documentação bibliográfica por meio de anotações dos elementos originários da leitura, os quais foram transcritos e passaram a constituir a monografia, cujo conteúdo apresenta-se dividido em três capítulos.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, abordar-se-á, primeiramente, o conceito de norma, em especial, a de direitos fundamentais, princípios e regras. Após, analisar-se-á o conceito e as principais características dos direitos fundamentais, bem como a proteção recebida por eles no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, verificar-se-ão, mais detalhadamente, dois direitos fundamentais – o direito à vida e o direito à liberdade – e sua possível relatividade.

No segundo capítulo, far-se-á uma análise das espécies de conflitos/colisões de direitos fundamentais e dos métodos de solução existentes, para, por fim, constatar se, quando

um paciente capaz opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, está-se ou não diante de um conflito/colisão de normas de direitos fundamentais.

Finalmente, no terceiro capítulo, verificar-se-á, de forma ampla, porém não exaustiva, a maneira como os tribunais pátrios vêm se manifestando acerca da existência ou não de conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, ao se objetar tratamento com transfusão de sangue. E para maior amplitude do presente trabalho, a título ilustrativo e complementar, observar-se-á, também, o posicionamento de duas cortes internacionais acerca dessa questão.

2 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

Precede à questão foco deste trabalho a exposição de alguns conceitos básicos relacionados à Ciência Jurídica, sem os quais não se compreende a complexidade do tema proposto.

Advirta-se, nesse introito, que não se tem a intenção de esgotar o assunto em questão (a existência ou não do conflito de normas, quando há uma escolha por tratamento diverso à transfusão de sangue), procedendo à análise das teorias que explicam os conceitos e características das normas, principalmente as fundamentais, dos princípios e das regras.

2.1 NORMAS JURÍDICAS

A norma jurídica é uma regra de conduta imposta pelo ordenamento jurídico, podendo prescrever, permitir ou facultar algo.

As normas, de acordo com Silva, são:

[...] preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.¹

Já Catão conceitua norma jurídica da seguinte forma:

[...] **é aquela inserida em um sistema que se possa chamar de Direito.** Este sistema é um complexo normativo no qual a execução de seus preceitos é garantida por sanções organizadas que estão previstas no próprio sistema. Desta maneira, a norma jurídica é a que está inserida em um sistema que contém outras normas que estabelecem órgãos capazes de, dado o seu grau de institucionalização, fazer valer os preceitos normativos através de uma sanção organizada.² (grifo do autor).

Nesse contexto, enquanto o direito busca regular as situações, servindo de instrumento para determinar os valores que a sociedade deseja proteger, a norma visa à prática, de modo a proporcionar a aplicação dos direitos garantidos, e, em caso de necessidade, que haja alteração, modificação, de acordo com as novas realidades da sociedade.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

² CATÃO, Adrualdo de Lima. O critério identificador da norma jurídica. A necessidade de um enfoque sistemático. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2249>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

Barcellos identifica que o objetivo da norma é atuar no mundo dos fatos, de modo a poder alterá-la ou moldá-la de acordo com a realidade, não apenas esclarecendo ou dizendo o que já não pode ser diferente, mas transitando “[...] na seara da possibilidade e da liberdade, isto é: daquilo que é possível acontecer e do que o homem, no exercício de sua liberdade, pode decidir fazer.”³

Destarte, a característica principal de uma norma jurídica que permite diferenciá-la das normas de moral e de convenções sociais⁴, conforme disposto na descrição de Catão anteriormente mencionada, é a imposição coativa, porque ela impõe um dever, regulamenta a conduta humana social.

As normas jurídicas são consideradas imperativas porque são destinadas “[...] a regular o agir do homem e a orientá-lo para suas finalidades.”⁵

Diniz esclarece, ainda, que, ao considerar as normas jurídicas como imperativas, quer-se dizer que são prescrições de um comportamento, podendo, deste modo, “[...] tomar a forma de ordens, prescrições, comandos, intimações, preceitos, instruções, conselhos, recomendações, advertências, avisos, propostas, programas, etc.”⁶

Neste sentido, “[...] quando se fala de norma jurídica como um imperativo, apenas se quer dizer que ela impõe um dever.”⁷

Observa-se, portanto, que a norma jurídica possui um caráter de comando, isto é, “[...] influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo [...]”⁸, para determinar a obrigatoriedade no acatamento do padrão estabelecido por ela.

No entanto, de acordo com Hart, nem todas as normas possuem tal caráter, haja vista algumas normas serem tratadas como permissivas⁹, devido ao fato de não imporem que as pessoas façam ou não algo, de modo que, conforme ressaltado por Lyrio¹⁰, nem todas prescrevem imperativamente determinada conduta, mas facultam determinado modo de agir.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

⁴ Convenção social é o que a sociedade encara como certo, justo e honesto.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

⁶ Ibid., p. 54.

⁷ Ibid., p. 55.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 75.

⁹ Hart menciona como exemplos de normas permissivas as “[...] que conferem poderes aos particulares para outorgarem testamentos, celebrarem contratos ou casamentos, e leis que dão poderes aos funcionários, por exemplo a um juiz para julgar casos, a um ministro para fazer regulamentos ou a um conselho municipal para fazer posturas [...]” Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 33.

¹⁰ LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea**: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista. 2006. 160 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. p. 45. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Fabio%20Oliveira%20Lyrio.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

Mas apesar da existência dessas normas permissivas, elas não contrariam a ideia de imperatividade das normas, conforme explicitado por Bobbio:

As normas permissivas em sentido próprio não contrariam na realidade a doutrina imperativista pelo fato de não serem normas autônomas, mas simples disposições normativas que servem para *limitar* (isto é, para negar entre certos limites ou em certos casos) um imperativo anteriormente estabelecido. [...] a fim de atribuir permissões não são necessárias normas jurídicas permissivas correspondentes, visto que todo ordenamento jurídico se baseia no postulado fundamental pelo qual é permitido tudo que não seja ordenado nem vetado. **Quando num ordenamento se encontram disposições que atribuem a permissão de ter ou não ter um determinado comportamento, é porque com tais disposições se quer limitar ou negar um imperativo anteriormente estabelecido, que proíbe ou ordena ter aquele comportamento.** Assim, a norma que [...] consente em contrair um novo matrimônio depois de ser declarada a morte presumida do cônjuge, foi estabelecida porque existe uma outra norma que veta contrair novas núpcias desde que o cônjuge esteja vivo.¹¹ (grifo nosso).

Destarte, as normas “[...] têm como objetivo a obtenção de um determinado comportamento dos integrantes do grupamento social que busca disciplinar”¹², de modo a exigir o cumprimento de todos.

Barcellos acrescenta, ainda, que a norma jurídica vincula o Estado, de modo a fazer com que ele dê todo o aparato necessário para que ela possa ser imposta e cumprida, mesmo contra a vontade.¹³ Então, além de ser imperativa, Diniz menciona que a norma jurídica é autorizante, pois autoriza a pessoa que teve o seu direito lesado a reagir ou não contra quem infringiu a norma.¹⁴

Entretanto o conceito de norma não se resume apenas ao exposto, conforme se verificará.

2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Embora tenha havido certa discussão quanto à classificação das normas, parece consolidar-se, atualmente, o entendimento segundo o qual a norma (gênero) pode ser dividida em duas espécies: princípios e regras.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 187.

¹² LYRIO, 2006, p. 48.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

¹⁴ DINIZ, 2003, p. 140.

Perfilham-se a este posicionamento os juristas Bonavides¹⁵, Barroso¹⁶, Alexy¹⁷, Dworkin¹⁸ e Canotilho.¹⁹ Alguns outros, como é o caso de Bobbio, embora não sigam essa mesma estrutura, curvam-se diante do fato de que os princípios, assim como as regras, possuem imperatividade.

Neste sentido, Bobbio traz uma excelente explicação sobre o porquê os princípios são considerados normas:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização não se vê por que não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.²⁰ (grifo nosso).

De outra parte, alguns doutrinadores²¹ entendem que as normas podem ser divididas não somente em princípios e regras, mas também em valores.

Registre-se, neste passo, que este trabalho concentrar-se-á na análise daquelas duas primeiras espécies de normas mencionadas – princípios e regras –, tendo em vista o grau de generalidade e dimensão valorativa já presente nos princípios.

Identificar a diferenciação entre princípio e regra é tarefa complexa, mas tentar-se-á analisar a questão utilizando alguns critérios propostos pela doutrina.

A primeira diferença que se pode observar entre essas normas está no grau de abstração. Os princípios são mais abstratos, possuem um “grau de generalidade relativamente alto”, enquanto as regras detêm um “grau de generalidade relativamente baixo”, podendo-se citar, como exemplo de norma com alto grau de generalidade (princípio), a que garante a

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 253 e ss.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347 e ss.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85 e ss.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

²⁰ BOBBIO, 1999, p. 158-159.

²¹ Costa destaca Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterría como doutrinadores que entendem que as normas podem ser divididas, também, em valores. Cf. COSTA, Flávio Ribeiro. **A força normativa dos princípios constitucionais**. Monografia Estudo, Minas Gerais, 2006. Disponível em: <<http://monografiaestudo.blogspot.com/2007/10/perguntas-frequentes-diferenca-entre.html>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

liberdade de crença, e a norma, com um grau relativamente baixo de generalidade (regra), a que “[...] prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença.”²²

Além disso, os princípios visam auxiliar a compreensão das regras, atribuindo maior harmonia ao sistema normativo por tutelar e respeitar o que o Direito entende ser o mais importante e não apenas regular situação específica, como faz a regra.

Com efeito, a regra é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, ao passo que os princípios encontram espaço indefinido de atuação, conferindo coerência ao ordenamento jurídico.

Barcellos²³ traz alguns critérios, mais comumente, utilizados pela doutrina para diferenciação de princípios e regras, quais sejam:

a) Conteúdo: Os princípios possuem um conteúdo mais voltado para o direito, ideias de valor e moral, diferentemente das regras, que possuem uma diversidade de conteúdos.

b) Origem e validade: O princípio decorre do seu próprio conteúdo. Já as regras são derivadas de outras regras ou, até mesmo, dos princípios.

c) Compromisso histórico: Os princípios são universais e absolutos, valendo para um número indeterminado de situações, em contrapartida, o conteúdo das regras é relativo, dependendo de cada caso e de situações específicas.

d) Aplicação: Os princípios visam serem aplicados do melhor modo, levando em conta as possibilidades existentes. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”²⁴ Neste sentido, ou as regras são válidas ou são inválidas, ou se aplicam ou não se aplicam, não se admitindo variações.

e) Esforço interpretativo exigido: Para proceder à interpretação dos princípios, exige-se um raciocínio mais aprofundado, mais intenso. Já para as regras faz-se uma aplicação técnica.

Lopez explicita o assunto:

Normalmente não há o que contestar porque as regras regulam situações mais objetivas, [...] enquanto os princípios, por serem mais vagos, mais genéricos, dificilmente serão aplicados por meio de simples subsunção, será preciso realizar uma apreciação mais aprofundada sobre a pertinência do valor preconizado no princípio e a hipótese fática que

²² ALEXY, 2011, p. 87.

²³ BARCELLOS, 2002, p. 47-51.

²⁴ DWORKIN, 2002, p. 39.

se pretende relacionar, ou seja, é preciso fazer um juízo de peso ou de valor para saber qual princípio deve ser aplicado ao caso concreto.²⁵

Canotilho esclarece a importância da coexistência de princípios e regras em um sistema jurídico:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um «sistema de segurança», mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do «possível» fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.²⁶

Neste sentido, Bastos destaca a importância dos princípios ao mencionar que eles “[...] dão feição de unidade ao Texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais” e influenciando na interpretação e determinação do conteúdo do Texto Constitucional, “[...] até mesmo, tornando inconstitucionais [...] regras cujo teor pretenda impor comandos que conflitem com os princípios.”²⁷

Entretanto nem sempre se reconheceu a normatividade dos princípios. No Jusnaturalismo, os princípios eram considerados normas universais, as quais eram derivadas das leis divinas e humanas. Já no Positivismo Jurídico, os princípios tinham apenas a função de norma subsidiária, de “[...] suprir os vazios normativos e garantir o dogma da completude do sistema jurídico”²⁸, de modo que eles não se sobrepunham às leis, embora estivessem incorporados no ordenamento jurídico.

Foi com o Pós-Positivismo que os princípios alcançaram a normatividade, podendo-se, inclusive, dizer que detêm “[...] a mais alta normatividade de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica.”²⁹

Como observado, as normas se dividem em princípios e regras, entretanto têm-se vários tipos de normas, pois cada ramo do direito possui suas próprias normas (norma civil,

²⁵ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7977>>. Acesso em: 10 set. 2011.

²⁶ CANOTILHO, 2003, p. 1162.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 92.

²⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66-68.

²⁹ BONAVIDES, 2008, p. 288.

constitucional, administrativa, tributária, comercial, processual, penal, internacional, trabalhista, etc.).

Tendo em vista o escopo deste trabalho, apegar-se-á às normas constitucionais, mais especificamente às normas de direitos fundamentais.

2.3 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas de direitos fundamentais são normas jurídicas “[...] que outorgam direitos fundamentais.”³⁰ Esta ideia é defendida por Alexy, o qual apregoa que os direitos fundamentais são princípios e “[...] como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.”³¹

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser observados em alto grau, de modo a possibilitar a sua aplicação da maneira mais ampla, a fim de restringir o mínimo possível.

2.3.1 Direitos fundamentais: conceito e características

Os direitos fundamentais são aqueles essenciais, indispensáveis para assegurar uma vida digna; são “[...] inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*.”³² (grifo do autor).

Moraes conceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

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 de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.³³

Lunõ, citado por Moraes, considera os direitos fundamentais como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as

³⁰ ALEXY, 2011, p. 50.

³¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 110.

³² BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 404.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39.

quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.³⁴

Assim os direitos fundamentais são “concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”³⁵, visando à dignidade, igualdade e liberdade.

Embora inerentes ao ser humano, os primeiros direitos fundamentais ou também chamados direitos fundamentais de primeira geração surgiram devido à necessidade de impor limites ao Estado, ou seja, fazer com que suas ingerências na liberdade individual diminuíssem, exigindo, assim, um não fazer por parte do Estado, por esse motivo são também chamados de direitos de cunho negativo.

Os direitos fundamentais de primeira geração “são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos.”³⁶ Pode-se citar, também, como exemplo de direitos de primeira geração, o direito à vida, à liberdade – que são os direitos que serão abordados mais profundamente no decorrer deste trabalho – o direito à propriedade, à participação política e religiosa, dentre outros.

No início do século XX, houve o reconhecimento dos direitos de segunda geração, que são os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, que visam exigir do Estado uma atitude positiva, ou seja, prestações que lhe favoreçam a prática dos direitos, tais como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, à assistência social, dentre outros.

Depois, surgiram os direitos fundamentais de terceira geração, que são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que visam não apenas à proteção de direitos individuais, mas o direito de um grupo, de uma coletividade, direitos difusos. “Cita-se (sic), como exemplo, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, dentre outros.”³⁷

Alguns doutrinadores, como Bonavides, defendem a existência de direitos de quarta e quinta geração, porém ainda não há um consenso sobre os direitos abrangentes em cada uma dessas gerações. A título de exemplo, Bonavides diz que os direitos de 4ª geração são “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”³⁸, enquanto Bulos os define como os “direitos relativos à informática, *softwares*, biociências, eutanásia,

³⁴ LUNÕ, 1979 apud MORAES, 2003, p. 40.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 109.

³⁶ BONAVIDES, 2008, p. 563.

³⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. p. 94.

³⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética.”³⁹

Interessante e oportuno, o resumo de Ferreira Filho, em relação à classificação das três gerações:

Na verdade, o que aparece no final do século XVIII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: *as libertades públicas*. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os *direitos sociais*. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos *direitos de solidariedade*.⁴⁰

Ressalta-se que a existência de três gerações não tem como objetivo fazer com que uma substitua a outra, muito pelo contrário, o surgimento de uma geração posterior visa dar mais suporte e sustentação à geração anterior. De acordo com o esclarecimento de Alexandrino e Paulo, “os direitos de geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.”⁴¹

Portanto os direitos fundamentais são um conjunto de direitos e garantias indispensáveis à sobrevivência e existência com dignidade, que estão positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado, exigindo do ente público a proteção a tais prerrogativas, funcionando como guardião, de modo a dar todo o aparato necessário, a fim de que tais direitos não sejam violados por terceiros.

Oportuno o comentário de Bastos:

Os direitos individuais figuram como uma delimitação do poder estatal. É como se as Constituições tivessem duas partes: uma pela qual se instrumenta o Estado, se organiza o poder político; e a outra consistente em munir o súdito do Estado, ou melhor, todos aqueles que estão sob a jurisdição estatal de prerrogativas que lhe permitam preservar aquela condição do homem para o gozo da liberdade e da responsabilidade pessoal.⁴² (grifo nosso).

No mesmo sentir, disserta Mendes, Coelho e Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.⁴³

Os direitos fundamentais ocupam papel de vital importância, inclusive relativamente à sua posição no ordenamento jurídico, como normas constitucionais, e muitas

³⁹ BULOS, 2009, p. 407.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

⁴¹ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 94.

⁴² BASTOS, 2010, p. 239.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 107.

são as características apontadas pela doutrina sobre o tema, dentre as quais se destacam as elencadas por Alexandrino e Paulo⁴⁴ e Moraes⁴⁵:

a) Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não perdem seu efeito depois de decorrido certo tempo, não se perdem com o tempo. Isso significa que os direitos fundamentais podem ser exercidos a qualquer momento;

b) Inalienabilidade: os direitos fundamentais não podem ser transferidos a terceiros;

c) Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais podem deixar de ser exercidos, mas não podem ser renunciados, recusados, abdicados. Alguns doutrinadores, como Alexandrino e Paulo, entendem que pode haver uma renúncia temporária de direitos fundamentais, desde que esta renúncia não viole o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁶;

d) Inviolabilidade: os direitos fundamentais não podem ser atingidos, violados, molestados ou desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, podendo, inclusive, haver responsabilização civil, administrativa e criminal;

e) Universalidade: os direitos fundamentais abrangem todos os indivíduos, sem distinção de nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

f) Efetividade: os direitos fundamentais devem ser garantidos, assegurados pelo Poder Público, podendo ser utilizados, inclusive, mecanismos coercitivos;

g) Interdependência: apesar de serem autônomos, os direitos fundamentais estão interligados, de modo a atingir suas finalidades. Por exemplo, o direito à liberdade de locomoção está interligado à garantia de *habeas-corpus*;

h) Complementariedade: os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, de modo a atingir os objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Tais características mostram-se, ainda, importantes, ao serem analisados os direitos fundamentais previstos no ordenamento brasileiro e a proteção que recebem, de modo a permitir a visualização das aludidas características em um sistema concreto.

⁴⁴ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 92.

⁴⁵ MORAES, 2003, p. 41.

⁴⁶ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 100.

2.3.2 Proteção recebida pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição de 1988 prevê, no seu Título II, um rol de direitos e garantias fundamentais, que são normas jurídicas na sua espécie princípios. Este título divide-se, ainda, em cinco capítulos, são eles: Capítulo I – Dos direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º); Capítulo II – Dos direitos sociais (arts. 6º a 11); Capítulo III – Da Nacionalidade (arts. 12 e 13); Capítulo IV – Dos direitos políticos (arts. 14 a 16); Capítulo V – Dos partidos políticos (art. 17).⁴⁷

Por meio desta Constituição, não à toa chamada de Constituição Cidadã, teve-se uma ampliação considerável do rol, não taxativo, de direitos e garantias fundamentais, dando a eles a condição de cláusula pétrea, não podendo haver alteração tendente a aboli-los ou restringi-los, nem mesmo mediante emenda constitucional.

Quando se fala, aqui, em direito, está-se referindo aos bens dispostos em uma constituição. Já as garantias são os instrumentos de proteção a esses bens – direitos fundamentais elencados na constituição. Por exemplo, o direito à liberdade é um direito e o *habeas corpus* é o meio de garantir que tal direito seja resguardado.

Miranda, citado por Alexandrino e Paulo, esclarece bem a distinção entre os institutos:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos. Na acepção jurnacionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁴⁸

O *caput* do artigo 5º elenca os direitos basilares – “[...] direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”⁴⁹ – os quais se desdobram em outros direitos, distribuídos entre os incisos deste artigo.

Este trabalho terá como foco dois dos direitos fundamentais dispostos no Capítulo I: o direito à vida e o direito à liberdade.

⁴⁷ BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

⁴⁸ MIRANDA, 1990 apud ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 91.

⁴⁹ BRASIL, op. cit.

2.3.3 Direito à vida

O direito à vida, conforme já explicitado, é um direito de primeira geração, considerado o direito elementar para a prática dos demais direitos.

Moraes apregoa que o direito à vida envolve duas acepções: o direito de continuar vivo (sentido biológico) e o de ter uma vida digna (sentido imaterial).⁵⁰

Alexandrino e Paulo também apoiam o aspecto duplo que adquire o direito à vida:

[...] o direito individual fundamental à vida possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito à integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde, na vedação à pena de morte, na proibição do aborto etc.); em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.⁵¹

Nesse diapasão, ao deparar-se com questões de contenda, como, por exemplo, situações em que o paciente opta por tratamentos alternativos à transfusão de sangue, devem-se levar em conta as duas acepções do direito à vida – o seu sentido biológico com seus aspectos físicos e, também, o seu sentido imaterial, sob a ótica de elementos psíquicos e espirituais.

Ao destacar as peculiaridades que envolvem o direito à vida, Silva sustenta que “[...] a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais.”⁵² Nesse sentido, a expressão vida utilizada na Constituição de 1988 não se refere, simplesmente, à vida protegida pela medicina, mas a uma vida que vai além do direito à sobrevivência física – uma vida digna.

Conforme tais apontamentos, o direito à vida deve ser interpretado em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3.3.1 Direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana

É função do Estado assegurar o direito à vida, salvaguardando-a com o plus: o direito a uma vida digna, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, adotou, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana:

⁵⁰ MORAES, 2003, p. 87.

⁵¹ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 107.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 201.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...].⁵³ (grifo nosso).

Tal princípio é reconhecido, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, a qual dispõe em seu preâmbulo:

Considerando 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; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...].⁵⁴

A dignidade da pessoa humana é o pilar de toda a ordem constitucional e de todas as relações humanas, “é a razão de ser do direito.”⁵⁵

Por meio desse princípio, a pessoa pode conduzir sua vida baseada em suas convicções e princípios, “[...] permite que a pessoa possa conduzir sua vida de acordo com uma percepção do que é importante para ela e que possa, inclusive, morrer por essa percepção com dignidade, já que a vida desprovida de valores e objetivos perderia por completo o seu sentido.”⁵⁶

Moraes esclarece que a autonomia e a liberdade integram a dignidade:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade **é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas**, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵⁷ (grifo nosso).

Moraes explica, ainda, que “o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade

⁵³ BRASIL. (Constituição 1988). Loc. cit.

⁵⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

⁵⁶ LOPEZ, 2006, loc. cit.

⁵⁷ MORAES, 2003, p. 50.

da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”⁵⁸ “[...] A dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais”⁵⁹, de modo que cada direito fundamental é uma exteriorização da própria dignidade humana.

Nas palavras de Szaniawski:

O direito à vida não existe por si só [...] não basta em si ou, em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana não é plenamente vivenciado com a simples ideia de deixar alguém viver. **A vida tem de ser vivida dignamente. Por esta razão, o direito à vida integra-se ao direito de qualidade à vida e ambos estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.**⁶⁰ (grifo nosso).

Havendo, portanto, duas facetas da vida – biológica e imaterial –, uma não deve ser considerada superior a outra, pois ambas recebem idêntica proteção, de modo que, se não aplicadas simultaneamente, ter-se-á, por assim dizer, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, não raras vezes, vê-se a situação acima descrita acontecer, quando, em desconsideração ao sentido imaterial da vida e à dignidade da pessoa humana, médicos recorrem ao Poder Judiciário, a fim de obterem autorização para procederem a uma intervenção médica, à qual o paciente se recusou. Em tal situação, observa-se o interesse na preservação do direito à vida, porém apenas sob o seu aspecto biológico.

Com isso em mente, “é preciso que o direito proteja a capacidade de a pessoa decidir em que medida e de que maneira procurará concretizar suas convicções, seus objetivos de vida [...] porque essa proteção representa a proteção da dignidade humana.”⁶¹ Não basta ter assegurado o direito à vida, se com ela não advier o princípio da dignidade da pessoa humana. A vida sem dignidade não é a vida assegurada pelo texto constitucional.

Azevedo explana a respeito do direito à vida fundamentada na dignidade da pessoa humana:

O direito à vida garantido constitucionalmente no art. 5º, *caput* (CF), por conseguinte, pressupõe não apenas o direito de existir biologicamente. Se o direito à vida é um direito fundamental alicerçado na dignidade humana, a vida assegurada pela Constituição é a **vida com autonomia e liberdade.**⁶² (grifo nosso).

⁵⁸ MORAES, 2003, p. 60.

⁵⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer: autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue – mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** São Paulo, [s.n.] 2010. p. 13.

⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 157.

⁶¹ LOPEZ, 2006, loc. cit.

⁶² AZEVEDO, op. cit., p. 13.

Se o direito à vida for protegido sem ser levada em conta a dignidade, estar-se-á protegendo apenas uma das acepções do direito à vida – o biológico –, e, agindo dessa forma, conseqüentemente, atentar-se-á contra o princípio da dignidade da pessoa humana e contra o próprio direito à liberdade, pois, conforme mencionado por Azevedo, a vida que a Constituição assegura é uma vida com autonomia e liberdade.⁶³

2.3.4 Direito à liberdade

O direito à liberdade, assim como o direito à vida, faz parte dos direitos de primeira geração e é considerado como a essência dos direitos fundamentais, pois, por meio desse direito, surgem vários outros. O direito à liberdade se desdobra dando origem a outros direitos, constantes nos incisos do artigo 5º da Constituição de 1988.

Alexandrino e Paulo esclarecem que “a liberdade assegurada no caput do art. 5º deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamentos, de reunião, de associação, etc.”⁶⁴ Assim esse direito não se refere apenas ao direito de locomoção, mas ao direito de liberdade no seu mais alto grau.

O direito à liberdade é por Silva delineado como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”, haja vista consistir “na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”⁶⁵

Mill amplia as considerações acerca do direito à liberdade ao mencionar que:

Nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se nela não se respeitam, em geral, essas liberdades. **E nenhuma sociedade é completamente livre se nela essas liberdades não forem absolutas e sem reservas.** A única liberdade que merece o nome, é a de procurar o próprio bem pelo método próprio, enquanto não tentamos desapossar os outros do que é seu, ou impedir seus esforços para obtê-lo. **Cada qual é o guardião conveniente da própria saúde, quer corporal, quer mental e espiritual. Os homens têm mais a ganhar suportando que os outros vivam como bem lhes parece do que os obrigando a viver como bem parece ao resto.**⁶⁶ (grifo nosso).

Significa, assim, o poder que o indivíduo tem de agir de acordo com suas próprias determinações, respeitando as regras legalmente impostas. Desse modo, o direito à liberdade possui estreita ligação com princípio da legalidade.

⁶³ AZEVEDO, 2010, p. 13.

⁶⁴ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 108.

⁶⁵ SILVA, 2005, p. 233.

⁶⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 56.

2.3.4.1 Direito à liberdade e o princípio da legalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”⁶⁷

Tal prerrogativa assegura a liberdade de ação do indivíduo de agir de acordo com suas convicções e a garantia de que tal liberdade só será restringida se houver previsão legal, visando, assim, combater o poder arbitrário do Estado.

Nesse mesmo sentido, já se posicionava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Artigo 4º. **A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outrem:** assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. **Esses limites apenas podem ser determinados pela Lei.**⁶⁸ (grifo nosso).

A amplitude desse direito fica mais notável nas relações particulares, pois se aplica a autonomia da vontade, permitindo-lhes fazer tudo o que a lei não proíbe – liberdade em alto grau –, enquanto na administração não há liberdade nem vontade pessoal, pois, em seu âmbito, só pode ser feito o que a lei permite.

Resta claro, então, que o direito à liberdade é tão importante e indispensável ao ser humano que o legislador constituinte determinou que qualquer limitação só poderia ocorrer, se precedida por lei, conforme exposto por Silva:

[...] a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas perceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção) provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.*⁶⁹ (grifo do autor).

É com base nessa análise que um paciente, no exercício do seu direito à liberdade, pode recusar um tratamento médico e optar por outro. Além do que, não há legislação que restrinja tal autonomia, não há lei que obrigue o paciente a se submeter a determinado tipo de tratamento médico.

Nota-se que, conforme anteriormente mencionado, o direito à liberdade constitui um direito amplo, haja vista a Constituição vigente prever diversas espécies, as quais Silva

⁶⁷ BRASIL. (Constituição 1988). Loc. cit.

⁶⁸ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

⁶⁹ SILVA, 2005, p. 236.

divide em cinco grandes grupos: (1) *Liberdade da pessoa física*: são as liberdades de locomoção e de circulação; (2) *Liberdade de pensamento*: são as liberdades de opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento; (3) *Liberdade de expressão coletiva*: trata-se da liberdade de reunião, associação, etc.; (4) *Liberdade de ação profissional*: refere-se à livre escolha e ao exercício de trabalho, ofício e profissão; (5) *Liberdade de conteúdo econômico e social*: são as liberdades econômicas, de livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho.⁷⁰

Dentre as espécies de liberdades elencadas, muitos entendem que, quando um paciente opta por um tratamento alternativo à transfusão de sangue, está-se, mais especificamente, diante da liberdade religiosa, haja vista tal opção se dar, sobretudo, devido às crenças religiosas do paciente, como é o caso dos pertencentes à religião Testemunhas de Jeová.⁷¹

Devido ao fato de muitas decisões judiciais mencionarem a liberdade religiosa como motivo de um paciente objetar um tratamento de saúde, analisar-se-á, brevemente, tal liberdade.

Entretanto é importante ressaltar que a escolha de tratamento médico não necessariamente depende de motivação religiosa, pois pode ser exercida por qualquer pessoa, por quaisquer motivos e por quaisquer convicções.

⁷⁰ SILVA, 2005, p. 235.

⁷¹ As Testemunhas de Jeová recusam o tratamento com transfusão de sangue, por entenderem ser algo expressamente proibido por Deus, baseando-se nas seguintes passagens bíblicas:

Gênesis 9:4 – “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer”. Cf. ESCRITURAS SAGRADAS. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2006. p. 25.

Levítico 7:26 – “E **não deveis comer nenhum sangue** em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave quer de animal”. Cf. ESCRITURAS SAGRADAS, *ibid.*, p. 143, grifo nosso.

Levítico 17:14 – “Pois a alma de todo tipo de carne é seu sangue pela alma nele. Por conseguinte, eu disse aos filhos de Israel: “**Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne**, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado [da vida]”. Cf. ESCRITURAS SAGRADAS, *ibid.*, p. 158, grifo nosso.

Atos 15:20 – “[...] mas escrever-lhes que se **abstenham** das coisas poluídas por ídolos, e da fornicação, e do estrangulado, e do **sangue**.” Cf. ESCRITURAS SAGRADAS, *ibid.*, p. 1279, grifo nosso.

Atos 15:28,29: Pois, pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: **de persistirdes em abster-vos** de coisas sacrificadas a ídolos, e **de sangue**, e de coisas estranguladas, e de fornicação. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós! Cf. ESCRITURAS SAGRADAS, *ibid.*, p. 1279, grifo nosso.

Apesar de esses textos não se referirem especificamente a tratamentos médicos, as Testemunhas de Jeová entendem que eles excluem a transfusão de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma. Mas esta recusa não significa que recusem qualquer tratamento médico ou que sejam contra a medicina, pois aceitam componentes tais como a albumina, as imunoglobulinas, os preparados de fibrina, a autotransfusão (desde que não haja a desconexão entre a retirada e a infusão do sangue), a eritropoetina, entre outros.

As Testemunhas de Jeová acreditam na medicina e não apoiam as chamadas “curas pela fé”, apenas desejam tratamentos médicos compatíveis com suas crenças religiosas e que, por consequência, evitam a exposição aos riscos advindos das transfusões de sangue.

2.3.4.2 Liberdade religiosa

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso VI,⁷² a inviolabilidade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

A liberdade religiosa é conceituada por Ferreira Filho como “o direito de cada ser humano ter sua religião, por escolha livre, segui-la livremente nos seus mandamentos, prestar, segundo estes, o seu culto à divindade, sem ingerência, mas com o apoio do Estado.”⁷³

Tem-se que “[...] a Constituição não apenas garante o direito de professar uma determinada religião, mas o direito de conduzir a vida de acordo com seus preceitos frente a (sic) terceiros e ao Estado, inclusive.”⁷⁴

Então a liberdade religiosa juntamente com a liberdade em sentido amplo, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, corrobora para o direito de o paciente recusar um tratamento médico que não lhe agrade ou que ofenda seus princípios religiosos, pois, se um paciente pode objetar determinado tratamento médico em nome da sua liberdade em sentido amplo, também o pode em nome da sua liberdade religiosa, a qual é decorrente daquela.

Desse modo, os direitos à liberdade religiosa e à liberdade de consciência conferem dignidade ao modo de viver do cidadão.

Ferreira Filho assevera que “basta a invocação do direito fundamental à liberdade – que é o direito à autodeterminação pessoal – para justificar a recusa de qualquer tratamento [...]. Mas ela ganha força especial quando apoiada pela liberdade religiosa.”⁷⁵

Sendo assim, uma vez que o Estado garante, em sua Carta Magna, o direito de o indivíduo professar seus credos religiosos, deve possibilitar ao indivíduo agir de acordo com suas crenças, pois “[...] a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade de o Estado impor condutas aos cidadãos atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa.”⁷⁶ (grifo do autor).

Habermas explica a respeito da não ingerência do Estado frente às convicções religiosas dos cidadãos:

⁷² BRASIL. (Constituição 1988). Loc. cit.

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Parecer:** questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue. São Paulo, [s.n.], 1994. p. 17.

⁷⁴ AZEVEDO, 2010, p. 19.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 24.

⁷⁶ NERY JUNIOR, 2009, p. 15.

[...] independentemente de como os interesses envolvidos na relação entre Estado e organizações religiosas estejam distribuídos, **um Estado não pode impor aos cidadãos, aos quais garante liberdade de religião, obrigações que não combinam com uma forma de existência religiosa.**⁷⁷ (grifo nosso).

Com base nisso, é vedado ao Estado exigir do cidadão condutas que atentem à sua convicção religiosa, sendo, portanto, legítima a objeção de um paciente a determinado tratamento de saúde, quando este vai de encontro às suas convicções religiosas.

Além disso, conforme assevera Silva Neto, citado por Achar, “a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa.”⁷⁸ De modo que submeter um paciente a uma terapia que este recusa e que é contrária às suas convicções religiosas “[...] poderia [...] se converter em gravame tão considerável que a própria existência se tornaria, para el[e] (sic), absolutamente insuportável [...], ou seja, se traduziria, para o crente, em vida sem dignidade.”⁷⁹

Em que pese o direito à vida e o direito à liberdade, inclusive à liberdade religiosa, serem indispensáveis à vida humana e serem protegidos constitucionalmente, não significa que são direitos absolutos, que não podem sofrer limitações.

2.3.5 A relatividade dos direitos fundamentais

Para compreensão deste assunto, necessária é a análise acerca da inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

O *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 apregoa que os direitos ali elencados são invioláveis, o que significa, como já mencionado, que não podem ser atingidos, violados, molestados ou desrespeitados por determinações infraconstitucionais, por atos das autoridades públicas e por terceiros.

A doutrina, muito comumente, refere-se aos direitos fundamentais, também, como indisponíveis, porém não se pode confundir tal característica com a inviolabilidade, prevista na Constituição, pois são coisas distintas. Aquela significa que a pessoa, titular do direito, não pode dispor, ceder, abrir mão do direito. Bastos, ainda, fala que a indisponibilidade “[...] alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece

⁷⁷ HABERMAS, 2007, p. 299 apud NERY JUNIOR, 2009, p. 16.

⁷⁸ SILVA NETO, 2008, p. 114 apud ACHAR, Vivian Letícia. **O direito de recusa do paciente a tratamento médico à luz da bioética e dos direitos fundamentais constitucionais**. 2008. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008. p. 66.

⁷⁹ Ibid., p. 66.

qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos”⁸⁰, o que difere da inviolabilidade que “[...] sugere a proibição de outros indivíduos molestarem ou atingirem direito alheio”⁸¹, a qual compreende, conforme Bastos, a “[...] proteção de certos valores constitucionais contra terceiros.”⁸²

Diante da diferenciação acima, constata-se que um indivíduo pode abrir mão de um direito, desde que a lei não o proíba, e, dessa forma, não o estará violando.

Em que pese o indivíduo poder dispor do direito em certas situações, não significa que não haja um limite para isso. Barroso explica o assunto:

Embora a Constituição não fale em lugar algum da indisponibilidade de direitos fundamentais, existem, por certo, limites implícitos. De parte isso, a ordem jurídica pode, igualmente, instituir restrições expressas para proteger o direito de terceiros, a ordem pública ou o próprio titular do direito fundamental. **O que o Estado não pode fazer é anular integralmente a liberdade pessoal e a autonomia moral do indivíduo, vivendo sua vida para poupá-lo do risco.** Vigora, no direito constitucional brasileiro, o princípio da liberdade, do direito geral de liberdade, expresso no art. 5º, II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Desnecessário enfatizar que a lei há de ser compatível com a Constituição e que há limites para a restrição a direitos fundamentais.

Se assim é, **chega-se à conclusão algo surpreendente de que os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis, haja vista que a liberdade é a regra e a disposição, em muitos casos, é uma forma de exercer o direito.** Isso não significa que algumas posições jurídicas de direito fundamental não possam ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico. Mas, nessas hipóteses, o Estado terá o ônus argumentativo de demonstrar que se trata de uma restrição legítima, e não uma violação à liberdade de escolha do indivíduo. A proteção à dignidade exige que o próprio interessado seja o principal responsável pela definição do seu conteúdo, sob pena de se abrir espaço para uma espécie de *totalitarismo dos direitos humanos*. A indisponibilidade dos direitos fundamentais, portanto, não resulta de um mandamento constitucional. Como consequência, a validade ou não de um ato de disposição terá de ser verificada caso a caso, tendo em vista a natureza do direito em questão, a natureza de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes que possam ser legitimamente impostos na situação.⁸³ (grifo nosso).

Tratar os direitos fundamentais como sendo disponíveis, em algumas situações, corrobora para o entendimento de que, em regra, eles são relativos e não absolutos, haja vista encontrarem limites em outros direitos constitucionalmente tutelados, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Parecer:** direito a recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, à transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. São Paulo: 2000. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 3 fev. 2012.

⁸¹ LOPEZ, 2006, loc. cit.

⁸² BASTOS, op. cit.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Parecer:** legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Rio de Janeiro, [s.n.], 2010. p. 18.

que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – **permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.**⁸⁴ (grifo nosso).

Uma situação que comprova que um direito fundamental pode sofrer restrição é o caso da legítima defesa, pois um delito praticado em legítima defesa não é considerado crime, conforme disposto no artigo 23, inciso II do Código Penal.⁸⁵ De modo que, se uma pessoa tirar a vida de outra e restar comprovado que tal ato se deu em legítima defesa, não será considerado um ato ilícito, muito embora tenha sido atingido um direito fundamental – direito à vida.

Lopez conclui essa questão da seguinte forma:

[...] o ordenamento jurídico permite que, nesse caso, a vida humana seja sacrificada para a proteção da vida de outra pessoa que está agindo para se defender. Isso só comprova que o bem da vida não possui um caráter absoluto, uma proteção absoluta. Ao contrário, pode sofrer restrições, por exemplo, em prol da legítima defesa. Disso se conclui, via uma interpretação sistemática, que, o que aparenta ser gramaticalmente ‘inviolável’, como a vida humana, pode ser violável.⁸⁶

Outra situação que expõe claramente a disponibilidade de um direito fundamental ocorre quando uma pessoa se submete a participar de programas como “Big Brother”, no qual ela abre mão de direitos tão importantes, tais como o direito à intimidade, à privacidade e à vida privada. E, nesse momento, a Constituição não a priva de poder despojar dos seus direitos. “Na sua dimensão subjetiva, é perfeitamente legítimo que o titular de um direito fundamental, voluntariamente, abra mão de certas posições jurídicas.”⁸⁷

Alexandrino e Paulo identificam esta situação como um caso de renúncia temporária de um direito fundamental:

Um exemplo de renúncia temporária a direito fundamental individual é o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como *reality shows* (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, RJ, 12 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/MS_23452_RJ%20_16.09.1999.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

⁸⁵ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa. Cf. BRASIL. **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: 16 maio 2012.

⁸⁶ LOPEZ, 2006, loc. cit.

⁸⁷ BARROSO, 2010, p. 18.

oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (CF, art. 5.º, X).⁸⁸

Um último caso, que se pode analisar, envolve o direito à propriedade, também protegido constitucionalmente. Tal direito pode sofrer grandes restrições devido ao princípio da função social da propriedade, também disposto na Constituição, corroborando, assim, para o fato de que os direitos fundamentais não são absolutos.

Visto que um direito encontra limitação em outro direito, é comum haver casos de conflito entre direitos fundamentais. Mas, se todos esses direitos são constitucionalmente protegidos, como resolver o conflito?

Além disso, observam-se situações em que há aparentemente um conflito, porém ele não passa de um falso problema, pois não há um autêntico conflito entre os bens jurídicos.

É o que se analisará no próximo capítulo.

⁸⁸ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 100.

3 CONFLITO/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do extenso rol de direitos fundamentais disponível na Constituição brasileira de 1988, sua amplitude e a intensidade da proteção dirigida a eles, ocorrem situações em que um direito encontra sua limitação em outro, surgindo os conflitos ou colisões¹ de direitos fundamentais.

Conforme preceitua Alexy:

A maioria das constituições contém hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras usuais da interpretação jurídica. Essas, na interpretação dos direitos fundamentais, contudo, batem rapidamente em limites. Um fundamento essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais.²

Steinmetz explica que os direitos fundamentais podem colidir “[...] porque não estão *dados* de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*”, de modo que, pelo fato de as normas de direitos fundamentais serem amplas, serem “normas abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social”³, podem sofrer modificações ao longo do tempo, o que provoca conflitos/colisões entre elas.

Mas quando ocorre um conflito?

O conflito ou a colisão de direitos fundamentais ocorrerá “quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental.”⁴

Importante deixar claro que o conflito ou colisão ocorre quando pessoas distintas, diferentes titulares, querem exercer seus direitos fundamentais, porém o exercício ao direito fundamental de um titular afeta diretamente a proteção ao direito fundamental do outro. Portanto, não ocorrendo tal situação, não se estará diante de uma colisão ou conflito.

Delineadas as bases conceituais do conflito/colisão de direitos fundamentais, cumpre, doravante, revelar a classificação doutrinária que o fenômeno comporta.

¹ Muitos doutrinadores, como Alexy, usam a terminologia conflito, para as regras – conflito de regras e a terminologia colisão, para os princípios – colisão de princípios, porém tal discussão é bastante oscilante, pois também é usual a expressão conflito de princípios. Neste trabalho usa-se as referidas terminologias como sinônimas. Salientando o fato de que o conflito de regras e o conflito de princípios são fundamentalmente distintos.

² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 56.

³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais: e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 63.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. p. 99.

3.1 ESPÉCIES DE CONFLITOS/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão ou conflito de direitos fundamentais, de acordo com Alexy, pode se dar de duas formas: colisão em sentido restrito ou estrito e colisão em sentido amplo.⁵ Para Canotilho, a nomenclatura utilizada é outra – em vez de colisão em sentido restrito, o doutrinador opta por chamar de colisão autêntica de direitos, e, em substituição à expressão colisão em sentido amplo, denomina-a colisão de direitos em sentido impróprio.⁶

A colisão de direitos fundamentais em *sentido restrito* ou *estrito* ocorre “quando o exercício ou a realização de um direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.”⁷ Desse modo, a colisão em sentido restrito se refere, apenas, aos conflitos entre direitos fundamentais.

Já a colisão em *sentido amplo* ocorre “quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.”⁸

3.1.1 Colisão em sentido estrito

No conflito em sentido estrito de direitos fundamentais, a colisão pode se dar em relação ao mesmo direito fundamental ou a direito fundamental distinto, de modo que a colisão em sentido estrito subdivide-se em: colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais distintos.

A colisão de direitos fundamentais idênticos pode ser identificada de quatro formas:

Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa: Nesse tipo de colisão, será “afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal.”⁹ Tal situação ocorre quando, por exemplo, dois grupos distintos querem realizar uma apresentação na mesma praça pública da cidade.

Colisão de direito de defesa de caráter liberal de proteção: Trata-se do mesmo direito fundamental, porém, para um titular, esse direito está como direito de defesa liberal, e,

⁵ ALEXY, 2008, p. 57.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1270.

⁷ ALEXY, op. cit., p. 57.

⁸ STEINMETZ, 2001, p. 66.

⁹ ALEXY, op. cit., p. 57.

para outro, como direito de proteção. “Como exemplo, menciona-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima.”¹⁰

No entanto, nesse caso, há um problema mais complexo, conforme mencionado por Alexy¹¹ e Mendes¹², pois tal questão poderia ser solucionada, ou seja, a vida do sequestrador e a do refém poderiam ser preservadas, se fossem aceitas as condições impostas por aquele (sequestrador). Além disso, há outro elemento em questão, qual seja, a segurança pública, o dever do Estado em fornecer proteção para toda comunidade.

Colisão de caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: Esse tipo de colisão de direitos fundamentais idênticos ocorre, principalmente, quando está em análise a liberdade de crença, pois tal direito pode ser exercido tanto no aspecto positivo, ou seja, o direito de ter e praticar uma crença, quanto no aspecto negativo, não ter uma crença e não ter que se submeter à prática de nenhuma crença.

Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: Tal tipo de colisão dá-se, principalmente, ao analisar o direito à igualdade. Alexy, por meio de um exemplo, explica melhor o assunto:

Como exemplo, seja considerada a jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão sobre o auxílio de custas processuais. Se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e custas de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de impor seu direito são tomadas ou estreitadas. Se se fomenta, porém, o pobre, então se trata o rico juridicamente de outra forma como o pobre, portanto, desigualmente [...]. Se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então se encontra irrecusavelmente esse paradoxo da igualdade. O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais fortemente quanto mais é realizado em estado social. Não é, por conseguinte, nenhum acaso que o tribunal constitucional federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática como o princípio do estado social.¹³

Além das colisões entre direitos fundamentais iguais e distintos, têm-se, também, como já mencionado, as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. p. 281.

¹¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 57-58.

¹² MENDES; COELHO; BRANCO; INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO, op. cit., p. 281-282.

¹³ ALEXY, op. cit., p. 58-59.

3.1.2 Colisão em sentido amplo

As colisões em sentido amplo são aquelas que envolvem um conflito entre um direito fundamental e um bem coletivo, um bem jurídico da comunidade.

Bens jurídicos da comunidade, de acordo com Canotilho, “[...] não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de bens da comunidade.”¹⁴ São bens valiosos, considerados dignos de proteção, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, tais como saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, integridade territorial, família.

Podem-se mencionar, para melhor entendimento, os exemplos citados por Canotilho ao explicar o assunto:

A possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e bens da comunidade demonstra-se como os exemplos seguintes: (1) o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou em morte (art. 62.º), mas o direito de transmissão e utilização é susceptível de vir a sofrer restrições impostas pela necessidade de defesa do bem ‘património cultural’ (art. 78.º/2/c); (2) o bem da comunidade ‘saúde pública’ (cfr. art. 64.º) pode conflitar com direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito da deslocação (art. 44.º); (3) o bem jurídico ‘defesa nacional’ (art. 273.º) pode colidir com o direito à objecção de consciência (arts. 41.º/6 e 276.º/4).¹⁵

Alexy apresenta como exemplo, para a compreensão desse tipo de colisão, a obrigatoriedade de as empresas de tabaco colocarem nas embalagens os prejuízos que o aludido produto causa à saúde. Tal questão nada mais é do que uma intervenção no direito fundamental dos produtores de tabaco – direito à liberdade de profissão.¹⁶

Entretanto, no caso exposto por Alexy, a justificativa para tal intervenção é que há um bem maior a ser protegido, um bem coletivo, qual seja, a proteção da população aos riscos à saúde provenientes do uso de tabaco.

Conforme complementa Alexy, “o dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão alta quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.”¹⁷

Ao se analisarem as hipóteses de conflitos ou colisões de direitos fundamentais, percebe-se que se trata de algo difícil de ser solucionado (casos difíceis¹⁸). O que está em

¹⁴ CANOTILHO, 2003, p. 1271.

¹⁵ Ibid., p. 1272.

¹⁶ ALEXY, 2008, p. 60.

¹⁷ Ibid., p. 60.

¹⁸ Steinmetz (2001, p. 68) assevera que os casos difíceis “[...] são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos possíveis de solução

colisão são direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, de mesma hierarquia e força vinculativa, de modo que não basta simplesmente optar-se pela aplicação de um direito em detrimento do outro; tal solução se enquadraria para o caso de conflito de regras, porém, no conflito entre direitos fundamentais, tem-se um conflito de princípios.

Os conflitos de regras “[...] ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.”¹⁹ Isso significa que, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.”^{20, 21}

Já em relação aos princípios, quando eles se colidem, “[...] o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido [...]”²², um deles terá que ceder. Isso, entretanto, não significa que um dos princípios será considerado inválido, porque, em verdade, o que ocorre é que, em determinadas condições, um dos princípios pode prevalecer e, em outras condições, a situação pode ser resolvida de forma oposta, de modo que o princípio que anteriormente foi preterido pode, agora, com condições adversas, preponderar. Nessa perspectiva, como mencionado por Dworkin, os princípios continuam intactos mesmo quando não prevalecem.²³

Dessa feita, ao surgir um conflito entre direitos fundamentais (conflito de princípios), não pode o intérprete, simplesmente, excluir um deles, mas deverá analisar qual dos direitos fundamentais conflitantes preponderará.

Steinmetz explica o modo como deve ocorrer a solução para a colisão de direitos fundamentais:

[...] a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do

pela mera e imediata observância das normas. [...] São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão.”

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 94.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

²¹ Alexy (2011, p. 95) e Bobbio (1999, p. 92-96) utilizam três critérios para a solução de um conflito de regras, quais sejam: critério cronológico (“[...] entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*.”), critério hierárquico (“[...] entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*.”) e o critério da especialidade (“[...] é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.”).

Dworkin (2002, p. 43), ainda, assevera acerca da solução para o conflito de regras: “A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.”

²² ALEXY, op. cit., p. 91.

²³ DWORKIN, op. cit., p. 57.

princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) [...].²⁴

É exatamente o que Steinmetz menciona que se passará a fazer. Analisar-se-ão as formas de solução desse caso difícil – o conflito ou a colisão entre direitos fundamentais.

3.2 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO/COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para entender como o conflito pode ser solucionado, o ponto de partida é analisar os métodos clássicos de interpretação.

3.2.1 Métodos clássicos de interpretação

Entre os métodos clássicos de interpretação propostos por Savigny, estão o método gramatical, o sistemático, o teleológico e o histórico.

Interpretação Gramatical: Este método de interpretação visa “[...] atribuir significado aos enunciados linguísticos do texto constitucional”²⁵, analisar o espírito da norma a partir de sua letra.

Conforme assevera Steinmetz, “o sentido básico ou literal servirá à interpretação como uma primeira orientação e delimitará o campo no qual se movimentará o operador do direito.”²⁶

Nesse diapasão, o método gramatical serve, apenas, como um ponto de partida, pois ele analisa isoladamente cada dispositivo, e o que se tem é o conflito de duas normas, de modo que tal método não se mostra inteiramente eficaz para a resolução da questão em análise neste trabalho.

Interpretação Sistemática: Por meio deste método “[...] nenhuma disposição ou preceito pode ser interpretado isoladamente ou fora do seu contexto normativo”²⁷ e é por meio dele que “[...] o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.”²⁸

²⁴ STEINMETZ, 2001, p. 69.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

²⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 92.

²⁷ Ibid., p. 93.

²⁸ BARROSO, op. cit., p. 140.

Este método é considerado como tendo prioridade sobre os demais métodos de interpretação, até porque, é dele que “[...] deriva um dos mais importantes princípios de interpretação constitucional: o da unidade da Constituição”²⁹, o qual será abordado em momento oportuno.

O método gramatical, analisado juntamente com o método sistemático, possui grande relevância para a questão em análise neste trabalho.

Um exemplo em que se pode observar a presença dos dois métodos é quando o *caput* do 5º da Constituição de 1988³⁰ menciona que é inviolável o direito à propriedade e, o inciso XXIII³¹, bem como os arts. 170, III³²; 182, §2º³³ e 186³⁴ da Constituição de 1988, menciona que a propriedade deve obediência ao princípio da função social.

Para se entender o significado dessa norma, é necessário usar o método gramatical, a fim de se analisar o que significa a palavra inviolável³⁵, o que foi visto no capítulo anterior, bem como o método sistemático para observar o que o intérprete quis dizer ao assegurar que o direito à propriedade é inviolável, mas que, ao mesmo tempo, deve obediência ao princípio da função social.

Desta feita, constatar-se-á, com base nesse exemplo e utilizando-se o método gramatical e sistemático, que, quando a lei não vedar expressamente, um indivíduo pode abrir mão de seu direito e não o estará autoviolando, haja vista a própria constituição fazer isso, como é o exemplo do direito à propriedade.

O que se fez foi uma análise de uma particularidade, de um fragmento, que é o significado da palavra inviolável – interpretação gramatical – e uma análise do contexto

²⁹ STEINMETZ, 2001, p. 93.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012).

³¹ XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. (BRASIL. (Constituição 1988). Ibid.).

³² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade (BRASIL. (Constituição 1988). Ibid.).

³³ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (BRASIL. (Constituição 1988). Ibid.).

³⁴ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos. (BRASIL. (Constituição 1988). Ibid.).

³⁵ Bastos, conforme citado no capítulo anterior, menciona que “por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Parecer**: direito a recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, a transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. São Paulo: 2000. Disponível em:

<http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 3 fev. 2012).

normativo, observando-se não somente um texto de lei, mas também suas correlações e conexões com outras normas jurídicas – interpretação sistemática. Sendo assim, pode-se chegar à conclusão de que os direitos fundamentais não são absolutos.

Interpretação Teleológica: Este método “[...] visa descobrir a finalidade da norma constitucional e os valores por ela perseguidos, adequando-os às exigências sociais”³⁶, procurando, assim, “[...] revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”³⁷, de modo que a interpretação possa se dar de um modo que melhor atenda à finalidade para qual a norma foi criada.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, o princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar para o exercício dos demais. Dessa forma, por meio da interpretação teleológica, percebe-se que a garantia da dignidade dos cidadãos é um dos fins do Estado, de modo que ela deve estar presente, ao serem aplicados e exercidos todos os demais direitos.

Interpretação Histórica: Consiste na busca do sentido da lei por meio de projetos de lei, justificativas, exposições de motivos, emendas e condições que resultaram no trabalho de elaboração normativa, de modo a verificar as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, possibilitando uma análise dos antecedentes históricos.

Pode-se analisar tal método de interpretação, tomando-se por base os direitos e garantias fundamentais. Tais direitos possuíam previsão nas constituições anteriores à vigente, entretanto somente a de 1988 elencou rol tão extenso e logo no início do diploma legal, comprovando a importância alcançada pelos direitos fundamentais.

Apesar de tais métodos de interpretação serem importantes para a compreensão de um texto da norma e auxiliarem na delimitação do conteúdo de um caso concreto, não são suficientes para resolver um conflito de direitos fundamentais. Por isso é necessária, também, a análise dos princípios de interpretação especificamente constitucionais.

3.2.2 Princípios de interpretação constitucional

Os métodos clássicos de interpretação foram concebidos, mais precisamente, para a interpretação das regras, porém, quando se levam em conta os princípios, o modelo

³⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 335.

³⁷ BARROSO, 2009, p. 143.

tradicional mostra-se insuficiente, “[...] necessitando, assim, de métodos específicos de interpretação, o que foi criado com o advento da nova hermenêutica constitucional.”³⁸

Diante disso, passar-se-á a expor os princípios de interpretação especificamente constitucional.

a) *Princípio da Unidade da Constituição*: Por meio deste princípio, pode-se dizer que as normas da constituição não possuem hierarquia; conseqüentemente, cabe ao intérprete harmonizar os princípios que se colidem.

Este princípio, conforme exposto por Canotilho, “[...] quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos).”³⁹ Nesse diapasão, tem-se que a interpretação deve se dar em consonância com as demais normas, de modo a formar um sistema jurídico harmônico.

b) *Princípio da Concórdância Prática*: Este princípio também pode ser chamado de princípio da harmonização, o qual visa “[...] à coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.”⁴⁰

Guerra Filho salienta que, por meio deste princípio:

[...] se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.⁴¹

Resta clara a necessidade da ponderação de bens ou valores para que haja uma harmonização dos direitos em colisão, exigindo-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual será abordado ainda neste capítulo e que está diretamente relacionado ao princípio da concórdância prática.

Hesse, também, esclarece a respeito da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade:

[...] os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo na solução do problema que todos eles conservem sua entidade. Ali onde se produza colisões não se deve, através de uma precipitada 'pesagem de bens' ou incluindo a abstrata 'pesagem de valores', realizar um em detrimento do outro [...] A fixação do limite deve responder em cada caso concreto ao princípio da

³⁸ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006. p. 53. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33100-41716-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

³⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1223.

⁴⁰ Ibid., p. 1225.

⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Ed., 2007. p. 75.

proporcionalidade: não se deve ir mais do que venha exigido pela realização da concordância entre ambos os bens jurídicos.⁴² (tradução nossa).

Na aplicação deste princípio, o intérprete sempre terá em conta o igual valor dos bens constitucionais, visto não haver hierarquia entre eles, de sorte que, na solução de conflito entre direitos fundamentais, não se poderá sacrificar um direito em detrimento de outro, exigindo-se, como já mencionado, uma harmonização entre eles.

c) *Princípio do Efeito Integrador ou da Eficácia Integradora*: Diretamente ligado ao princípio da unidade da constituição, o princípio do efeito integrador determina que, “[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade da constituição.”⁴³

Canotilho assevera que “[...] na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se primazia aos critérios [...] que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”⁴⁴ Nesse sentido, os direitos fundamentais, os quais devem prevalecer em face de outras normas jurídicas, servirão de parâmetro para a interpretação das normas constitucionais, de modo a ser preservada a unidade política pretendida pela Constituição.

d) *Princípio da Força Normativa da Constituição*: Caracteriza-se pela necessidade de, ao solucionar conflitos entre normas constitucionais, garantir a atualização normativa e, conseqüentemente, a sua eficácia e permanência.

Além disso, conforme exposto por Guerra Filho, “este princípio nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como as normas infra-constitucionais.”⁴⁵

Referido princípio também se mostra de relevante importância, pois, conforme saliente Steinmetz, se perdesse a força normativa dos direitos fundamentais, voltar-se-ia à época em que estes eram considerados meras declarações, sem força vinculante e estando a mercê da livre disposição do legislador.⁴⁶

e) *Princípio da Correção Funcional ou da Conformidade Funcional*: De acordo com Canotilho:

⁴² [...] los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo em la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del outro [...] La fijación de límites debe responder em cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. Cf. HESSE, 1992, p. 45-46 apud STEINMETZ, 2001, p. 95.

⁴³ GUERRA FILHO, 2007, p. 73.

⁴⁴ CANOTILHO, 2003, p. 1224.

⁴⁵ GUERRA FILHO, op. cit., p. 74.

⁴⁶ STEINMETZ, op. cit., p. 96.

O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke).⁴⁷

Do ponto de vista do mesmo doutrinador, referido princípio não se refere a um princípio de interpretação constitucional, mas a um princípio autônomo de competência. Apesar disso, o princípio da conformidade funcional tem relevância para a interpretação dos direitos fundamentais, principalmente nos casos em que o tribunal constitucional faz o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

f) *Princípio da Efetividade*: De acordo com este princípio, a norma deve ser interpretada de modo a lhes dar maior eficácia, “[...] fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”, resultando em uma “[...] aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.”⁴⁸

Barroso acrescenta, ainda, que:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na concorrência de omissão do legislador.⁴⁹

Este princípio mostra-se relevante ao proceder à interpretação de normas de direitos fundamentais, pois é por meio dessa que se buscará dar maior concretização aos direitos fundamentais. Canotilho concorda com tal afirmação, ao mencionar que o princípio da efetividade é “[...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais [...]”, de modo que em “[...] caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”⁵⁰

Além do que a inobservância de tal princípio resultaria em os direitos fundamentais passarem a ser considerados como meras exortações morais.

g) *Princípio da Interpretação Conforme a Constituição*: Este princípio tem como finalidade evitar ao máximo que uma lei seja declarada inconstitucional, quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição. Significa a obrigação de interpretar todos

⁴⁷ CANOTILHO, 2003, p. 1224.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de et al.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008. p. 364.

⁴⁹ Ibid., p. 364.

⁵⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1224.

os textos normativos de acordo com a Constituição, assegurar a constitucionalidade da interpretação.

Guerra Filho segue este mesmo entendimento ao explicar acerca do princípio da interpretação conforme a constituição:

Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infra-constitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.⁵¹

No entanto é necessário observar alguns limites, elencados pela doutrina, à utilização deste princípio:

[...] no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição*, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem'* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a *melhor orientada* para a Constituição.⁵²

Alexandrino e Paulo explicam ainda mais a respeito dos limites apontados:

- a) o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter concordância da lei com a Constituição;
- b) a interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas, estando pelo menos uma delas em conformidade com a Constituição, que deve ser preferida às outras, em desconformidade com ela;
- c) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição; nessa hipótese, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma;
- d) deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição, quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a Constituição, sob pena de transformar o intérprete em ilegítimo legislador positivo.⁵³

Apesar de importantes, conforme já mencionado, tais métodos de interpretação não solucionam por completo os conflitos/colisões de direitos fundamentais. Guerra Filho

⁵¹ GUERRA FILHO, 2007, p. 74.

⁵² CANOTILHO, 2003, p. 1226-1227.

⁵³ ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 72-73.

menciona o assunto e ressalta a importância do, chamado por ele, “princípio dos princípios” – princípio da proporcionalidade – para a solução dos conflitos:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’.⁵⁴

Passar-se-á, então, à análise do referido princípio – princípio da proporcionalidade.

3.2.3 Princípio da proporcionalidade e sua aplicação

O princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição, entretanto está fundamentado no devido processo legal e na justiça, haja vista ser um instrumento de proteção aos direitos fundamentais, pois, por meio deste princípio, permite-se controlar a “[...] discricionariedade dos atos do Poder Público [...]” e, além disso, fazer com que a norma seja interpretada “[...] no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido [...]”.⁵⁵

Como foi visto no capítulo anterior, os direitos fundamentais, em regra, não são absolutos, encontrando limitações em outros direitos, exigindo-se, por parte do intérprete, um sopesamento dos direitos fundamentais, de modo a proporcionar maior eficácia a eles, “[...] visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente.”⁵⁶

Este sopesamento é feito por meio do princípio da proporcionalidade, o qual permite solucionar uma contradição “[...] de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito”⁵⁷ e, assim, garante “[...] a preservação de direitos fundamentais.”⁵⁸

Este princípio visa à proibição do excesso, ou seja, evitar que um direito fundamental seja restringido além do necessário, assegurando que se utilizará o meio menos gravoso, de modo a haver um equilíbrio entre o meio utilizado e o fim almejado.

⁵⁴ GUERRA FILHO, 2007, p. 75.

⁵⁵ BARROSO, 2009, p. 375.

⁵⁶ GUERRA FILHO, op. cit., p. 83.

⁵⁷ Ibid., p. 85.

⁵⁸ Ibid., p. 83.

Sendo assim, o aplicador do direito tentará conciliar os direitos fundamentais em conflito, preservando a sua normatividade, de modo a não haver necessidade de sacrificar um deles.

Lopez resume a função do aludido princípio:

[...] serve como mecanismo operacionalizador da proteção aos direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, porque irá definir qual o direito deverá receber prevalência diante de um caso concreto e quais sofrerão restrições, de modo a concretizar efetivamente a atuação do escolhido.⁵⁹

É imperioso esclarecer que o princípio da proporcionalidade deve ser analisado em um caso concreto, pois é inviável a análise em abstrato, haja vista os direitos fundamentais estarem em uma mesma hierarquia, dificultando chegar à conclusão de qual direito, a princípio, deve preponderar.

Diante disso, a ponderação deverá ser realizada com a observância de um caso concreto, possibilitando a busca por alguma peculiaridade que auxilie na decisão de prevalência de um dos direitos em questão.

O princípio da proporcionalidade, conforme exposto por Steinmetz⁶⁰ e Guerra Filho⁶¹, divide-se em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade ou exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação de bens.

Princípio da Adequação: Por meio deste subprincípio, quando houver a necessidade de restringir um direito fundamental, tem-se que utilizar um meio que seja adequado a resolver a finalidade de restrição, que “[...] o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’.”⁶²

Em outras palavras, este princípio visa “investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido.”⁶³

Importante ressaltar que, em determinados casos, pode haver mais de uma forma de se alcançar o fim pretendido, de modo que o subprincípio da adequação não será o responsável por determinar qual meio dentre vários se mostra mais adequado, mas, apenas, determinará se um meio é ou não apto a alcançar o que se almeja.

Princípio da Necessidade ou Exigibilidade: Este subprincípio visa optar pelo meio que terá menor ingerência nos direitos fundamentais, de modo que, havendo vários meios

⁵⁹ LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7977>>. Acesso em: 10 set. 2011.

⁶⁰ STEINMETZ, 2001, p. 144-145.

⁶¹ GUERRA FILHO, 2007, p. 85.

⁶² Ibid., p. 89.

⁶³ STEINMETZ, op. cit., p. 149.

idôneos, aplicar-se-á aquele menos nocivo e, em não havendo outra medida idônea, deve-se verificar “[...] outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão.”⁶⁴

Bonavides esclarece este subprincípio:

Em outras palavras [...] de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave [...].⁶⁵

Nesse sentido, o subprincípio da necessidade busca o meio que menos afetará o direito fundamental protegido. Desse modo, o intérprete escolherá, dentre as opções existentes, a que for menos gravosa, a mais suave, a que menos prejudicará os direitos dos indivíduos, isso porque não pode haver a invalidação de um princípio, mesmo quando em estado de colisão.

Assim, conforme expresso por Canotilho, exige-se “[...] sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso ao cidadão.”⁶⁶

Dentro deste subprincípio da necessidade, Steinmetz aponta quatro notas essenciais: A primeira diz respeito à intervenção mínima no direito fundamental do titular. A segunda é que sempre se deve partir da hipótese de haver ou poder haver um meio menos gravoso, “[...] é o princípio da desconfiança.” A terceira parte da comparação entre as medidas existentes, utilizando o critério da menor prejudicialidade. Havendo empate no critério da prejudicialidade, deve-se verificar o meio mais eficaz. Mas surge uma questão: “Se houver um meio M1 menos gravoso que o meio M2, porém menos eficaz, então qual o meio deverá ser considerado legítimo?” Uma primeira resposta seria no sentido de que o “[...] meio menos prejudicial deverá ser, no mínimo, igual ao do meio mais prejudicial. Caso contrário, não será exigível a substituição deste por aquele.” E uma segunda resposta é que, para que a medida menos gravosa possa substituir a mais prejudicial, deverá ser “[...] suficientemente apta ou eficaz para a consecução da finalidade perseguida.” Por fim, a quarta nota essencial está relacionada ao fato de que o subprincípio da necessidade só pode ocorrer com base em

⁶⁴ STEINMETZ, 2001, p. 151.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 397.

⁶⁶ CANOTILHO, 2003, p. 270.

um caso concreto, denotando, então, “[...] um juízo de conteúdo empírico, aquele que indica qual é a o meio menos prejudicial.”⁶⁷

Diante do exposto, o aludido subprincípio terá que sempre ter por base proporcionar ao cidadão a menor desvantagem possível, de modo a restringir um direito fundamental na medida do estritamente necessário.

Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito ou da Ponderação de Bens: Este subprincípio, como já comentado, exige que haja uma relação, uma correspondência entre o fim que se deseja alcançar e o meio utilizado para tal, de modo a ser aplicado o melhor meio possível. “Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana [...]”⁶⁸

Canotilho menciona que esse subprincípio pode ser “[...] entendido como o princípio da justa medida”, pois “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim.”⁶⁹

Tem-se, então, que deve haver, em um caso concreto, um equilíbrio entre os direitos em questão. Um direito será restringido apenas no que seja compatível com a importância dele na colisão com o outro direito que vai ser respeitado.

Em outras palavras, trata-se da lei da ponderação, proposta por Alexy, a qual se formula da seguinte maneira: “Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”⁷⁰

Essa lei da ponderação é decomposta em três passos:

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.⁷¹

Nesse sentido, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação de bens significa que se deve procurar alcançar o máximo de benefício com o mínimo de sacrifício, sempre ponderando a medida a ser aplicada com o fim almejado, “[...]”

⁶⁷ STEINMETZ, 2001, p. 151.

⁶⁸ GUERRA FILHO, 2007, p. 89.

⁶⁹ CANOTILHO, 2003, p. 270.

⁷⁰ ALEXY, 2008, p. 133.

⁷¹ *Ibid.*, p. 133.

pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁷² – análise de custo-benefício.

Diante do exposto, consegue-se, agora, analisar se o caso, objeto deste trabalho, constitui ou não um conflito de direitos fundamentais.

3.3 ANÁLISE DA (IN) EXISTÊNCIA DO CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE

A literatura médica, quando diante de um paciente que objeta um tratamento médico, tal como a transfusão de sangue, suscita haver um conflito entre dois importantes direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida e o direito à liberdade.

Entretanto, como visto no início deste capítulo, ocorre colisão/conflito de direitos fundamentais, quando estão envolvidos diferentes titulares de tais direitos. Ou seja, o exercício do direito fundamental por um titular afeta diretamente e ofende o direito do outro titular.

Diante disso, observa-se, já de início, que, quando um paciente objeta um tratamento médico, está-se diante de dois direitos fundamentais pertencentes a um único titular.

Além disso, como também observado anteriormente, a colisão/conflito de direitos fundamentais pode ocorrer de forma restrita, quando o exercício de um direito fundamental de um titular ofende o direito fundamental de terceiro, ou de forma ampla, quando o direito fundamental de um titular ofende bens coletivos.

Na questão em análise neste trabalho, percebe-se que não se está diante de uma colisão de direitos fundamentais em sentido restrito, pois, quando um paciente que opta por um tratamento de saúde diverso do que, a princípio, pareça ser o mais adequado do ponto de vista médico ou, mais especificamente, quando um paciente opta por tratamentos médicos diversos à transfusão de sangue, não se está diante de uma colisão restrita, haja vista que não se está ofendendo direito de terceiro, não há repercussões negativas em direitos fundamentais de outros titulares.

Estar-se-ia, sim, diante de uma colisão em sentido restrito, caso um cidadão, acometido de determinada enfermidade, recusasse submeter-se a tratamento médico, que, se não realizado, provocaria epidemia. Nessa hipótese, é visível o dano que essa recusa

⁷² CANOTILHO, 2003, p. 270.

acarretaria a terceiros, ofendendo direitos de outros cidadãos, de modo que, nesse caso, seria passível intervenção judicial, a fim de obrigá-lo a realizar determinado tratamento.

Tal situação fica clara, ao observar o disposto na Portaria nº 1.820/09, editada pelo Ministério da Saúde, a qual garante o direito do paciente de recusar tratamentos médicos, salvo nos casos em que a enfermidade acometida coloca em risco à saúde pública, o que não ocorre, quando um paciente nega a se submeter ao tratamento com transfusão de sangue.

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. **É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:**

[...]

XI - o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto.

[...]

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

[...]

V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais.⁷³ (grifo nosso).

Em relação à colisão em sentido amplo, também, pode-se dizer que ela não ocorre, pois se caracteriza pela colisão de direitos fundamentais com bens coletivos.

Em relação a essa espécie de colisão, poder-se-ia, no entanto, argumentar que o paciente, ao negar a submissão à hemotransfusão⁷⁴, estaria violando um bem coletivo, que seria o interesse na preservação da vida.

Todavia isso não se verifica, pois, quando um indivíduo recusa um tratamento que envolva transfusão de sangue, como é o caso dos pertencentes à religião Testemunhas de Jeová, não se está diante de uma opção pela morte, haja vista que tal paciente não deseja morrer, pois aceita quaisquer outras opções terapêuticas médicas, tendo como única ressalva a transfusão de sangue.

⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 1820/09**: dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 9 maio 2012.

⁷⁴ Hemotransfusão é a transferência de um ou mais tipos de hemocomponentes (glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaquetas e plasma), de um doador para um receptor. Cf. RONALD, Feitosa Pinheiro; LÉLIS, Antônia Rocivânia de Araújo. Prescrição de Sangue e Hemocomponentes. In: MOREIRA, Ícaro de Souza et al. **Dicas para uma boa prescrição hospitalar**. Disponível em: <http://www.huwc.ufc.br/arquivos/biblioteca_cientifica/1261588761_49_0.pdf>. Acesso em: 9 maio 2012.

Destarte, não se pode comparar a objeção à hemotransfusão com o suicídio, com a apologia do direito à morte, pois os pacientes que não se submetem a tal tratamento, na sua maioria, as Testemunhas de Jeová, desejam a vida. Não é à toa que vão até os hospitais em busca de tratamento, que percorrem diversos médicos em busca da melhor solução para os seus problemas de saúde, além do que aceitam submeter-se a praticamente todas as terapêuticas médicas existentes, possuindo como única exceção a transfusão de sangue.

Além do que, se realmente fosse de interesse dessas pessoas retirarem suas vidas, bastaria que não procurassem ajuda médica. Diante disso, não se pode acusá-las de serem suicidas ou de desejarem a morte.

Verifica-se, então, que, também, não se está diante de uma colisão em sentido amplo, pois não há ofensa a um direito coletivo.

Desta feita, uma vez que não estão presentes os requisitos necessários para configurar colisão de direitos fundamentais, quer em sentido restrito, quer em sentido amplo, quando um paciente recusa se submeter ao tratamento com transfusão de sangue, não se tem uma colisão/conflito de direitos fundamentais e, conseqüentemente, não se aplicam os meios existentes para solução dos conflitos.

Esse é também o entendimento de Nery Junior:

[...] não temos receio em afirmar ser ilegítima e inaplicável a invocação da teoria da ponderação de interesses para pretender respaldar decisões judiciais que obrigam praticantes de determinada religião a realizarem a transfusão de sangue. Nesse quadro, a suposta ponderação de interesses entre a vida e a liberdade religiosa **apresenta-se como um falso problema.**⁷⁵

Portanto tal fato constitui não um conflito de normas, mas um falso problema, algo que aparenta conflitar, porém, ao ser analisado, percebe-se que o conflito, em verdade, não existe.

Seguindo esse raciocínio, resta impossibilitado por parte do Estado “[...] coagir o cidadão à transfusão de sangue, na exata razão de que não pode impor a obrigação de praticar condutas (transfusão de sangue) que são atentatórias à sua dignidade e à sua convicção religiosa.”⁷⁶

Resta claro que o objetivo de um paciente que procura tratamento médico, no entanto objeta um tratamento específico, sendo admitido qualquer outro, é fazer valer ao

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer:** escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, [s.n.], 2009. p. 19.

⁷⁶ Ibid., p. 19.

mesmo tempo e na mesma medida o seu direito à vida e o seu direito à liberdade, ambos tutelados pela maior Carta Política do país – a Constituição.

Desse modo, observou-se que, no campo da teoria, o conflito não passa de um falso problema, entretanto as decisões dos Tribunais de Justiça nem sempre mostram isso.

Por isso é de relevante interesse para este trabalho observar não apenas a teoria envolvida nesta questão, mas também a prática, ou seja, verificar como os tribunais brasileiros e, até mesmo, alguns tribunais internacionais vêm decidindo tal questão – direito do paciente de optar por tratamento alternativo à transfusão de sangue –, o que se fará no próximo capítulo.

4 APARENTE CONFLITO DE NORMAS NA ESCOLHA DE TRATAMENTOS ALTERNATIVOS À TRANSFUSÃO DE SANGUE: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS BRASILEIROS

Diante do que se constatou nos capítulos anteriores, relevante observar como os tribunais pátrios, bem como alguns tribunais internacionais, vêm se posicionando e decidindo frente ao aparente conflito de normas na escolha de tratamentos alternativos à transfusão de sangue.

Para tanto, procedeu-se à pesquisa em meio eletrônico (sites dos tribunais brasileiros), utilizando-se as expressões “transfusão de sangue” e “transfusões de sangue”, procurando-se, assim, identificar o número exato de vezes que a aludida questão – paciente objetando a obtenção de tratamento com transfusão de sangue – chegou aos tribunais.

O critério de inclusão utilizado diz respeito aos casos em que houve ou não autorização ao tratamento médico sem transfusão de sangue; já no de exclusão, foram afastados os casos relacionados à indenização por sangue contaminado, os que envolviam a responsabilidade civil do médico e/ou do hospital, os que não foram analisados no mérito, bem como a possível existência do conflito, os casos envolvendo crianças, os atinentes a possíveis questões penais e os que perderam o objeto (paciente faleceu ou recebeu alta médica).

Não se pode assegurar ter-se localizado 100% das decisões, o que de qualquer forma não era o objetivo do estudo, porquanto sem pretensões estatísticas.

Vê-se o quadro demonstrativo do resultado da pesquisa.

Quadro 1 - Quadro demonstrativo dos acórdãos proferidos nos tribunais brasileiros no que diz respeito à opção por tratamentos alternativos à transfusão de sangue.

TRIBUNAL	NÚMERO DE ACÓRDÃOS
Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso	1
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	1
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	3
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	1
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	1
Demais Tribunais de Justiça	0
TOTAL	7

Fonte: Elaboração da autora, 2012.

Crível, pela quantidade de acórdãos existentes, que tal questão dificilmente chega aos tribunais, de modo que são resolvidas, em sua maioria, em primeiro grau, haja vista tratar-se de casos de extrema urgência. Considerando, entretanto, que as decisões dos Tribunais de Justiça servem de base e inspiração para aquelas decisões, justifica-se um estudo mais aprofundado sobre a maneira como tais cortes estão decidindo a questão.

O número de acórdãos brasileiros mostra-se pequeno, também, porque boa parte das decisões não adentrou ao mérito da questão – existência ou não do conflito e direito ou não do paciente escolher o tratamento –, haja vista algumas terem perdido o seu objeto – paciente se recuperou ou morreu.

Analisar-se-ão, também, para uma maior amplitude deste trabalho, decisões de dois tribunais superiores internacionais – Supremo Tribunal de Justiça da Nação de Buenos Aires e Suprema Corte do Mississippi (Estados Unidos da América).

Esclarece-se que a quantidade reduzida das decisões internacionais se deve ao maior interesse nas decisões dos tribunais pátrios.

4.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais identificou-se um acórdão exarado no Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, julgado em 14 de agosto de 2007.

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. – No contexto do **confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico.** – Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar.¹

Foi dado, por unanimidade, provimento ao recurso, levando-se em conta alguns argumentos.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001**. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, MG, 14 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/_inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=7&txt_processo=191519&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 16 maio 2012.

O primeiro deles diz respeito ao fato de o direito à vida, apesar de ser um direito de suma importância e que precede ao exercício de qualquer outro direito, deve estar sempre associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que “[...] não se exaure somente na mera existência biológica [...]”, mas preservar o direito à vida “[...] implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam.”²

O direito à vida, conforme asseverado por Moraes e comentado no segundo capítulo deste trabalho, está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, envolve duas acepções: o sentido físico ou biológico, que significa o direito de a pessoa permanecer viva, e o sentido imaterial, que é o que vai além da simples existência, compreendendo esta o viver com dignidade, respeitando-se os mais profundos sentimentos e valores (morais, espirituais, psicológicos, etc.) de determinada pessoa.³

O direito à vida sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana recebe maior amplitude, pois a dignidade permite anexar ao direito à vida valores sem os quais desproveria a vida de sentido, restando a seguinte pergunta: o que é uma vida sem dignidade, sem poder agir de acordo com suas convicções, com os seus valores?

Barroso menciona que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um aspecto muito amplo, funcionando, até mesmo, como um espelho, no qual todos podem projetar a imagem de dignidade que desejam, mas, apesar disso, “[...] não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos”⁴, e completa relacionando o direito à vida com o princípio da dignidade:

A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. **Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos.** Como regra geral, **as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela.**⁵ (grifo nosso).

Se a Constituição incluiu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos valores a orientar a República, conforme mencionado pelo desembargador relator, é porque o constituinte almejava que este princípio influenciasse toda aplicação das demais normas.

² BRASIL. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Loc. cit.

³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Parecer**: legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Rio de Janeiro, [s.n.], 2010. p. 7.

⁵ Ibid., p. 7-8.

Diante disso, quando um paciente opta por um tratamento diverso à transfusão de sangue não se está diante de uma pessoa que despreza o direito à vida, mas, sim, de alguém que deseja ter tutelado o seu direito à vida na sua maior amplitude – direito de permanecer vivo, o direito de ter respeitado e preservado os seus sentimentos, valores e convicções, bem como o seu direito à liberdade de escolha.

O segundo argumento utilizado diz respeito ao princípio da legalidade, o qual foi abordado no segundo capítulo deste trabalho; com base nele, observa-se que não há previsão legal que obrigue uma pessoa a se submeter a tratamento médico, destacando que “[...] a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador [...]”.⁶

Então, com base nesse princípio, o indivíduo é livre para fazer o que desejar, havendo restrição a essa liberdade apenas quando houver determinação expressa em contrário e, visto que não há nenhuma lei que obrigue um paciente a se submeter à transfusão de sangue, a recusa se mostra lícita.

Importante lembrar o disposto no capítulo anterior, com respeito ao artigo 5º da Portaria 1.820/09⁷, editada pelo Ministério da Saúde, que dispõe sobre o direito do paciente de recusar um tratamento médico, havendo como única ressalva para essa liberdade de escolha os casos em que a enfermidade acometida pelo indivíduo possa resultar em risco à saúde pública, o que não está presente quando um paciente objeta transfusão de sangue, pois os riscos atinentes a essa recusa se limitam ao próprio paciente.

Com isso em mente, o relator destacou que é o paciente quem detém a opção de se submeter a determinado tratamento ou não, de modo que essa liberdade de escolha está ligada ao direito de autodeterminação, terceiro argumento utilizado pelo magistrado.

A autodeterminação advém de um dos princípios da bioética⁸ – o princípio da autonomia, o qual se refere ao direito de autodeterminação do paciente, ou seja, “[...] expressa o direito que cada ser humano possui de se autogovernar, de acordo com suas próprias leis.”⁹

⁶ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Loc. cit.

⁷ Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

[...]

V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 1820/09**: dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em:

<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 9 maio 2012.

⁸ De acordo com o dicionário Michaelis, bioética é o “conjunto de considerações que pressupõe a responsabilidade moral dos médicos e biólogos em suas pesquisas teóricas e na aplicação delas.” Cf.

Esse princípio apareceu nas últimas décadas devido “[...] a necessidade de se melhorar o relacionamento entre o usuário do serviço de saúde e o profissional que lhe atende, evitando com isso as crescentes demandas judiciais.”¹⁰

Antes do surgimento desse princípio, as relações entre médicos e pacientes eram geridas pelo paternalismo médico, ou seja, os primeiros agiam de acordo com os seus próprios critérios, sem anuência do paciente ou – até mesmo – contra a vontade destes.

Almeida define o paternalismo médico como “[...] a conduta que tem por intenção beneficiar o paciente sem o seu consentimento.”¹¹ Porém assevera que tal modelo – o paternalismo médico – passou a ser questionado após a crescente valorização do princípio da autonomia, o que aconteceu “[...] a partir de 1914, quando tribunais norte-americanos começaram a interpretar os **casos de intervenção no corpo do paciente sem seu consentimento como uma violação do direito do indivíduo à autodeterminação.**”¹² (grifo nosso).

Com essa nova reformulação nos paradigmas da ética médica, a autonomia do paciente ganhou força e o paciente que antes era “[...] objeto da prática médica [...] passa a ser sujeito de direitos fundamentais”, como consequência disso, agora, “[...] cabe ao paciente anuir ou não com determinado exame ou tratamento; o médico não pode substituir-se a ele para tomar essa decisão ou impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundada em critérios técnicos.”¹³

Dworkin ressalta o valor da autonomia e inclui a recusa do paciente de se submeter ao tratamento com transfusão de sangue como sendo uma forma de exercer tal direito, cabendo aos demais respeitá-lo, mas, nessa questão, ressalta, ainda, a necessidade do consentimento informado.

[...] o valor da autonomia deriva da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva. O reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. **Permite que cada um de nós seja**

MICHAELIS. **Moderno dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=bioética>>.

Acesso em: 30 maio 2012.

⁹ LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**. (Coord. Ives Gandra da Silva Martins) Rio de Janeiro, ano 5, n. 20, p. 410-427, 4.º trim. 2005. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 23 maio 2012.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido**. 1999. 139 f. Tese (Doutorado) - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999. p. 76. Disponível em: <<http://portalteses.iciict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/1999/almeidajltd/capa.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2012.

¹² Ibid., p. 22.

¹³ BARROSO, 2010, p. 6.

responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade – coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva. Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de se deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser na medida em que um esquema de direitos possa tornar isso possível, aquilo que fez de si próprio. Permitirmos que um indivíduo prefira a morte a uma amputação radical ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo, porque reconhecemos o direito que ele tem de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores.¹⁴ (grifo nosso).

O consentimento informado consiste em o médico esclarecer ao paciente acerca do seu atual estado de saúde, bem como os métodos existentes para o tratamento da enfermidade, indicando-lhe os riscos, benefícios e resultados esperados de cada um deles, cabendo a escolha, após esse esclarecimento, ao paciente.

Vieira e Martins mencionam acerca da necessidade desse consentimento e a relação existente com a escolha por tratamento diverso à transfusão de sangue:

A necessidade do consentimento para a atuação médica decorre do direito que o paciente tem de opor-se ao tratamento, optando por outro que lhe pareça menos invasivo. Isto é o que ocorre com as Testemunhas de Jeová, que adotam diretivas contidas em um documento, no qual a pessoa manifesta de antemão sua vontade quanto ao tratamento que deseja se realize em determinadas circunstâncias.¹⁵

Nesses termos, conforme exposto por Nery Junior, “o consentimento informado é [...] procedimento necessário para o exercício da liberdade, sendo, por conseguinte, expoente fundamental do princípio da autodeterminação frente aos tratamentos médicos possíveis.”¹⁶

Portanto, antes de ser administrado qualquer procedimento no paciente, deve vir o consentimento – ou não consentimento do paciente –, cabendo ao médico respeitá-lo, ainda que divergente da sua orientação, sob pena de se caracterizar o paternalismo médico.

O quarto argumento utilizado foi a semelhança existente entre um paciente optar por um tratamento diverso à transfusão de sangue e o exposto no artigo 10 da Lei nº 9.434/1997¹⁷, que dispõe sobre os transplantes de órgãos e somente autoriza tal procedimento desde que haja o consentimento expresso do receptor, o qual deverá estar ciente dos riscos e

¹⁴ DWORKIN, Ronald; CAMARGO, Jefferson Luiz (Tradutor). **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 319.

¹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues; MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Testemunhas de Jeová e a recusa em receber transfusão de sangue. **Consulex**. Brasília, DF, ano XI, n. 261, p. 15-17, nov. 2007.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer**: escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, [s.n.], 2009. p. 27.

¹⁷ Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. Cf. BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997**: dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

excepcionalidades do tratamento, corroborando, assim, o princípio da autonomia e o direito ao consentimento informado.

Observa-se que essa lei não trouxe nenhuma ressalva que pudesse dispensar o consentimento, nem mesmo estando o paciente em iminente risco de vida, o que se sabe ser possível, haja vista muitos órgãos constituírem-se vitais. Portanto tal dispositivo atribui total autonomia ao paciente, estando ele em iminente risco de vida ou não.

Com base nessa análise, pode-se constatar que, da mesma forma que um paciente poderia recusar se submeter ao transplante de órgão, mesmo sendo um órgão vital, também poderia recusar se submeter à hemotransfusão, como forma de exercício do seu direito à liberdade e autonomia que estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme assevera Franzine:

[...] **direito de escolha de tratamento médico é uma concretização da “dignidade da pessoa humana”** (art. 1º, III, da Constituição Federal). Ademais, não se deve olvidar que a autonomia individual, projeção da liberdade é o alicerce da dignidade. **Não existe dignidade humana sem autonomia e liberdade de escolha.**¹⁸ (grifo nosso).

Por fim, como quinto argumento, o desembargador relator asseverou a existência de tratamentos diversos à hemotransfusão, corroborando, assim, para o direito do paciente de escolher, depois de esclarecido acerca dos procedimentos existentes, qual terapia médica se submeterá.

Diante do exposto, foi dado provimento ao recurso para indeferir a tutela antecipada, o que foi acompanhado por todos os demais senhores desembargadores.

Interessante observar do acórdão exarado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em nenhum momento, falou-se acerca de eventual conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, antes se elencaram argumentos que prestigiavam o direito do paciente de optar por um tratamento médico diverso ao que lhe foi sugerido.

Após a análise dessa decisão, constata-se, então, que ela objetivou tutelar da forma mais ampla a dignidade do paciente e, logo, o seu direito de autodeterminar-se, considerando-o não como um objeto, no qual cabe apenas ao médico dizer o que será melhor para sua saúde, mas como sujeito de direitos, permitindo-lhe participar ativamente nas decisões referentes a sua saúde, ao seu corpo, tendo em vista que os direitos envolvidos não se conflitam e podem ser aplicados na mesma medida.

¹⁸ FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová. O direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Prática Jurídica**. Brasília, DF, ano VIII, n. 91, p. 32-35, out. 2009.

4.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, extraem-se três acórdãos acerca da questão em análise neste trabalho.

O primeiro foi proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229, julgado em 5 de outubro de 2004, do qual resultou a seguinte ementa:

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.¹⁹ (grifo nosso).

Ao analisar o recurso interposto, o desembargador relator, bem como um dos vogais, negaram provimento ao recurso por entenderem que, no conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, deve prevalecer à vida, a fim de evitar que ela se acabe, mormente em virtude da recusa ao tratamento com hemotransfusão manifestada pelos familiares da agravante, e, ao ser questionado, o diretor do hospital acerca dos tratamentos alternativos, este informou não haver “[...] terapia alternativa à hemotransfusão com maior eficácia e com menor risco ao paciente.”²⁰

No tocante ao direito à vida prevalecer sobre o direito à liberdade, cabíveis os comentários tecidos com respeito ao Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, onde se observa que o direito à vida não se resume apenas ao seu sentido biológico, mas que também se deve observar seu sentido imaterial (sentido psicológico, espiritual e moral), bem como a relação direta existente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, como visto nos capítulos anteriores, havendo, realmente, um conflito/colisão entre direitos fundamentais, não se pode, simplesmente, preponderar um e excluir o outro, pois não há hierarquia entre os direitos fundamentais, todos estão no mesmo patamar e possuem a mesma importância, de modo que para a solução do conflito deve-se levar em conta, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, o qual visa evitar que um direito fundamental seja restringido além do necessário, assegurando que se utilizará o meio menos gravoso, de modo a manter um equilíbrio entre o meio utilizado e o fim almejado.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229**. Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, Rio de Janeiro, RJ, 5 out. 2004. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003CD54F67A152B742C9510CC7155A5F9FBC019C3213309>>. Acesso em: 18 maio 2012.

²⁰ Ibid.

Nesse diapasão, quando um paciente opta por tratamento diverso à transfusão de sangue, não se tem uma colisão de direitos fundamentais, haja vista, conforme visto no capítulo anterior, não se adequar em nenhuma das espécies de colisões de direitos fundamentais apontadas por Alexy, além do que, o fato de o paciente escolher um tratamento não significa desprezar seu direito à vida. Portanto, inexistindo o conflito, inaplicável o princípio da proporcionalidade.

Observa-se, ainda, que os aludidos magistrados que entenderam pela existência de um conflito chegaram a levar em conta, porém, não profundamente, a existência de tratamentos diversos à hemotransfusão, o que não foi negado pelo hospital, mas omitido, pois foi mencionado ser inexistente tratamento mais eficaz e com menor risco, deduzindo-se a possível existência de alternativa com a mesma eficácia e com os mesmos riscos.

Ademais, ao votarem por negar provimento ao recurso, alegaram que a recusa foi manifestada pelos familiares da agravante, porém, no teor do acórdão, constata-se que a agravante havia previamente se manifestado acerca dessa questão, por meio de um documento intitulado “Diretrizes para a equipe médica”, o qual dispunha sobre sua recusa a referido procedimento, autorizando, todavia, outros procedimentos que não envolvessem o uso de sangue, o que foi ratificado pelos seus familiares, restando claro o desejo da agravante.

Esses entendimentos sustentados pelo relator e seguidos por um dos vogais não foram acompanhados pelo vogal Des. Marco Antônio Ibrahim, o qual mencionou que o “[...] paciente [...] tem direito, legal e constitucionalmente garantido, a se recusar a receber tratamento desse jaez”²¹ e que, portanto, a decisão agravada feria o princípio da dignidade humana.

Tal voto resultou na seguinte ementa, a qual expõe os seus principais argumentos:

Constitucional. Civil. Transfusão de sangue não autorizada. Direito à privacidade e intimidade. Manifestação expressa de recusa à terapia transfusional. **Seja, ou não, por motivo religioso a vontade do paciente deve ser respeitada porque não há conflito real entre o direito à autodeterminação a tratamento médico e o direito à vida.** Todos os especialistas brasileiros e estrangeiros concordam com a afirmativa de que **a transfusão sanguínea não é procedimento isento de risco de contaminação mortal do paciente**, seja por vírus, seja por infecção bacteriana. **Viola a dignidade da pessoa humana obrigar o paciente a receber transfusão sanguínea contra sua vontade, especialmente se existe tratamento alternativo e não há prova cabal de risco à vida do mesmo.** Exegese do art. 15 do novo Código Civil que determina que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica.*²² (grifo nosso).

²¹ BRASIL. Agrado de Instrumento nº 2004.002.13229. Loc. cit.

²² Ibid.

No que diz respeito à existência de tratamentos diversos à hemotransfusão, o desembargador Ibrahim ressaltou que o diretor do hospital, ao dizer que não havia alternativa mais eficaz que a transfusão, deixou claro que, então, havia outra alternativa, de modo que essa deveria ser utilizada.

Desta feita, e por entender não haver um conflito entre o direito à autodeterminação a tratamento médico e o direito à vida, bem como por entender que “o Direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver”²³, votou por dar provimento ao recurso, baseando-se em interessantes pontos.

O primeiro ponto corresponde ao direito de autodeterminação – princípio da autonomia – o qual possibilita que o paciente exerça o seu “[...] livre arbítrio, decidindo a questão sobre seu corpo sem ferir valores inerentes à sua intimidade.”²⁴

Ressalta-se que, conforme exposto pelo desembargador Ibrahim, o direito à autonomia de escolher tratamento ao qual se submeterá independe de motivo religioso, pois se refere a direito pertencente a todos os indivíduos. Logo o que está em análise é o direito à liberdade no mais amplo grau, o que envolve o direito à liberdade religiosa, o direito à liberdade de escolha, liberdade de consciência e o direito à autonomia.

A relação existente com a dignidade da pessoa humana foi o segundo ponto observado, pois a ideia de que o direito à vida prevalece em relação a qualquer outro direito mostra-se “[...] simplista e ultrapassada em face do princípio da dignidade da pessoa humana – pilar da ordem constitucional [...]”²⁵, conforme Vieira e Martins.

O terceiro e último ponto arguido diz respeito aos riscos decorrentes da transfusão de sangue. Em relação a esse item, é interessante observar os seguintes comentários acerca dos riscos atinentes às transfusões de sangue, as quais não se mostram seguras, ocasionando, inclusive, em muitos casos, riscos aos pacientes.

A transfusão alogênica de hemácias tem sido reconhecida como fator de risco para evolução desfavorável no pós-operatório de cirurgia cardíaca. **Dados atuais demonstram que a transfusão de sangue no perioperatório de cirurgia cardíaca ocorre em até 80% dos casos, sendo responsável por considerável morbidade, mortalidade e elevação dos custos. A transfusão nesse contexto parece estar relacionada à maior incidência de infecções, complicações cardiovasculares, renais e pulmonares, e maior taxa de mortalidade.**²⁶ (grifo nosso).

²³ BRASIL. Agrado de Instrumento nº 2004.002.13229. Loc. cit.

²⁴ VIEIRA; MARTINS, 2007, p. 16.

²⁵ Ibid., p. 15.

²⁶ HAJJAR, Ludhmila Abrahão. **Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca**. 2010. 169 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2010. p. 3-4. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5152/tde-31082010-164814/pt-br.php>>. Acesso em: 26 maio 2012.

Pacientes transfundidos têm maior mortalidade na unidade de terapia intensiva (UTI) e hospitalar, maiores ocorrências de falências de órgãos e maior tempo de permanência na UTI. Além disso, a transfusão sanguínea está associada à infecção nosocomial e essa associação tem relação direta com o número de unidades transfundidas (quanto maior o número de unidades maiores as frequências de infecções nosocomiais).²⁷ (grifo nosso).

Diante dos riscos atinentes a esse procedimento, o qual pode, inclusive, em alguns casos, levar a óbito, constata-se a inexistência do conflito que muitos dizem existir, pois mencionam que a hemotransfusão é meio de salvar a vida do paciente, porém, conforme visto, aludido procedimento não se mostra isento de riscos, portanto, diante de um procedimento contrário ao desejo do paciente e um procedimento ao qual ele aceita se submeter, ambos não se mostrando totalmente isentos de riscos, caberia, tão somente, ao paciente decidir qual risco deseja se submeter.

Tal entendimento, conforme mencionado pelo magistrado Ibrahim, é preconizado pelo artigo 15 do Código Civil Brasileiro,²⁸ que assevera que o paciente não está obrigado a aceitar um tratamento, quando esse é passível de risco – em qualquer grau.

Aludido artigo não prevê exceção ao consentimento do paciente, “logo, a recusa de transfusão de sangue, terapia de riscos, deve ser respeitada, independentemente do estado clínico do paciente”²⁹, visando, assim, assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como a autonomia do paciente.

Com base nos argumentos apontados pelo desembargador Ibrahim e diante do fato de que a agravante, quando consciente, manifestou de modo expresso seu desejo no que diz respeito ao uso de transfusão de sangue, este deveria ter sido respeitado.

Além disso, mais uma vez, constata-se que, mesmo os familiares ratificando o desejo da agravante, não se vê presente a existência de conflito entre direitos fundamentais, pois, como já asseverado, a agravante expressou o seu desejo – viver e ter respeitado sua escolha de tratamento médico. Tal escolha não acarreta qualquer risco a terceiros, são direitos pertencentes a um mesmo titular, de modo que inexistente conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, conforme melhor exposto no capítulo anterior.

²⁷ SILVA JUNIOR, João Manoel; CEZARIO, Thiago Abreu, et. al. Transfusão sanguínea no intra-operatório, complicações e prognóstico. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. São Paulo, v. 58, n. 5, p. 448, set./out. 2008.

²⁸ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Cf. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**: código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer**: autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue – mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, [s.n.], 2010. p. 24.

O segundo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, referente ao assunto em análise neste trabalho, é resultante da Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063, julgada em 9 de fevereiro de 2011.

Apelação. Cautelar Inominada. Hospital. Pretensão de resguardo da vida do paciente e de possível futura responsabilidade. Transfusão de sangue. Convicção religiosa. Sentença de procedência do pedido. Inexistência de nulidade. Disposições contidas no artigo 15, do Código Civil e 56, do Código de Ética Médica não prevalecem quando houver iminente risco de vida. **Existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades, já que não haveria sentido proclamar qualquer outro direito se, antes, não se assegurasse o direito de estar vivo para usufruí-lo. Bem supremo que prepondera sobre demais direitos, como o da liberdade religiosa.** Manutenção da sentença. Não Provimento do recurso.³⁰ (grifo nosso).

Em decisão monocrática, a Senhora Desembargadora Relatora Katya Maria Monnerat negou seguimento ao recurso de apelação por entender que, apesar do direito do paciente de escolher o tratamento médico, o direito à vida é um bem supremo, preponderando sobre qualquer outro, prova disso é que o “[...] constituinte brasileiro, coerentemente, no caput, do artigo 5º, após garantir a igualdade entre os cidadãos, inicia o rol dos bens invioláveis justamente pelo direito à vida.”³¹

Cabíveis aqui todos os comentários referentes ao duplo sentido do direito à vida – sentido biológico e imaterial –, tecidos no Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, exarado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

De modo que, ao decidir acerca de tal questão, a qual interfere tão profundamente em direitos íntimos do indivíduo, deve-se levar em conta o duplo aspecto do direito à vida, sob pena de se privilegiar apenas um de seus aspectos, não se constituindo, assim, o pleno direito à vida, assegurado pela Constituição.

No que tange ao suposto conflito existente entre o direito à vida e o direito à liberdade, percebe-se que o entendimento da aludida magistrada é pela existência desse conflito, devendo preponderar o primeiro direito.

Ocorre que, quando um paciente objeta a hemotransfusão, não se está propriamente recusando um tratamento, mas fazendo uma escolha. Se esse tratamento diverso é ou não mais benéfico, não é o que se analisa neste trabalho, mas o que interessa é saber que ele existe, conforme já ficou claro nos acórdãos anteriormente analisados.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063**. Relator: Des. Katya Maria Monnerat. Rio de Janeiro, RJ, 9 fev. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B137E04A8DB2A03473EA0719422BF5E290C4025D3F31>>. Acesso em: 16 maio 2012.

³¹ Ibid.

Além disso, conforme visto no capítulo anterior e como exposto por Alexy, a colisão pode ser dar de duas formas: em *sentido restrito* ou *estrito* – “quando o exercício ou a realização de um direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”³² – ou em *sentido amplo* – “quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.”³³

No caso da apelante, não se tem colisão em sentido estrito, porque ambos os direitos pertencem a ela e não afetam direitos de terceiros, e, também, não se tem colisão em sentido amplo, pois o bem coletivo que se poderia alegar como sendo ferido é o direito à vida, o qual a apelante também deseja preservar.

Por fim, o último acórdão que se pode observar do Tribunal carioca foi proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000, julgado em 26 de outubro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE. MANUTENÇÃO. **Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu liminar para o fim de autorizar ao nosocômio autor, caso haja necessidade, a proceder a hemotransfusão, devendo apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias, relatório da cirurgia.**

Norma constitucional garante a inviolabilidade do direito fundamental à vida e prestigia a saúde, como direito de todos e dever do Estado, conforme teor dos artigos 5º, caput e 196.

A inclusão da garantia do direito à vida no texto constitucional evidencia a incumbência do dever positivo do Estado de agir para o fim de preservá-la, dever este estendido para o fim de alcançar o direito à saúde.

Obtenção da garantia a vida e a saúde, no caso, somente pode ser alcançada com a realização de tratamento eficiente e adequado, prescrito por aqueles que possuem formação profissional para tanto e não com o tratamento que entende o paciente conveniente.

Médico que asseverou que diante da cirurgia a ser realizada no paciente poderá haver a necessidade de hemotransfusão para o fim de preservar a sua vida.

Manutenção da decisão.³⁴ (grifo nosso).

Em decisão monocrática, a desembargadora relatora Elisabete Filizzola negou seguimento ao recurso, por entender que os documentos que aportaram aos autos acerca da disponibilidade de tratamento sem hemotransfusão não se mostraram suficientes a ponto de

³² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 57.

³³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais: e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 66.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000**. Relator: Des. Elisabete Filizzola, Rio de Janeiro, RJ, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=0003A74AF65B0DA0DA54D25ED3E12CAC061EC0C403141E52>>. Acesso em: 17 maio 2012.

poder ser dispensando o referido procedimento, além do que o médico não apontou a existência de procedimento diverso à hemotransusão.

Dessa forma, de acordo com a aludida magistrada, “[...] a obtenção da garantia à vida e à saúde apenas pode ser alcançada com a realização de tratamento eficiente e adequado, prescrito por aqueles que possuem formação profissional para tanto e não com o tratamento que entende o paciente conveniente.”³⁵

Argumentou, ainda, que o fato de o agravante possuir plena capacidade, bem como o direito à escolha de tratamento, assegurado por legislação infraconstitucional, não deve prevalecer ao ser confrontado com a orientação médica e que “não cabe ao paciente, que não é médico, indicar o tratamento a lhe ser ministrado. Na verdade, também não pode o magistrado, sem a realização de perícia (sic) médica, afirmar que a cirurgia deverá ser feita desta ou daquela maneira.”³⁶

Esse entendimento segue o modelo paternalista, o qual sustenta que o médico pode agir de acordo com o que entende mais adequado, sem a anuência do paciente, ou – até mesmo – contra a vontade deste.

Todavia esse modelo já foi superado e deu lugar à autodeterminação do paciente – princípio da autonomia – o que “[...] expressa o direito que cada ser humano possui de se autogovernar, de acordo com suas próprias leis.”³⁷

Esse princípio, o qual foi inobservado pela juíza de segundo grau, está intimamente ligado ao consentimento informado, que consiste em o médico esclarecer ao paciente acerca do seu atual estado de saúde, bem como métodos existentes para o tratamento da enfermidade, indicando-lhe os riscos, benefícios e resultados esperados de cada um deles, cabendo a escolha, após esse esclarecimento, ao paciente.

No tocante à análise da existência do conflito, a desembargadora mencionou existir um confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, mas que o fato de ter sido deferida a liminar, a fim de se efetuar a hemotransusão, não significava negar a liberdade religiosa do agravante, mas, tão somente, preservar-lhe a vida.

Novamente vê-se pelo entendimento de conflito entre dois direitos fundamentais, o que, conforme exposto nas decisões anteriores, inexistente.

³⁵ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000. Loc. cit.

³⁶ Ibid.

³⁷ LIGIERA, 2005, loc. cit.

4.3 TRIBUNAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No tribunal gaúcho foi proferida decisão nos autos do Agravo de Instrumento nº 70032799041, julgado em 06 de maio de 2010, em que, por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso.

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.

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.³⁸

Diante dos argumentos apresentados pela agravante, no sentido de que a decisão do juízo *a quo* viola suas convicções religiosas, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o seu direito de escolher o tratamento a que se submeterá, deferiu-se a antecipação da tutela recursal para que cessassem os procedimentos com transfusão de sangue. Após, os autos foram conclusos para julgamento.

O desembargador relator Cláudio Baldino Maciel deu provimento ao recurso, ponderando, dentre outros argumentos, que não há uma hierarquia entre os direitos dispostos na Constituição, de modo que nem mesmo o direito à vida pode ser considerado “super-preponderante”³⁹, e mesmo o fato de ser considerado condição para o exercício dos demais

³⁸ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000. Loc. cit.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70032799041.** Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel, Porto Alegre, RS, 6 maio 2010. Disponível em: <http://google4.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032799041%26num_processo%3D70032799041%26codEmenta%3D3657411+Transfus%C3%A3o+de+sangue&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70032799041&comarca=Caxias+do+Sul&dtJulg=06-05-2010&relator=Cl%E1udio+Baldino+Maciel>. Acesso em: 19 maio 2012.

direitos “[...] não o torna blindado quando conflitante com os demais valores fundamentais postos na Carta Magna.”⁴⁰

Nos termos da decisão, o direito à liberdade, em especial a religiosa, é o que dá sentido à vida da agravante, sentido esse de tamanha relevância que, “[...] entre correr o risco de perder a vida, mas permanecer íntegra em relação aos seus valores/ideais religiosos, e receber uma transfusão de sangue, tendo violados seus valores e sua dignidade de pessoa humana, esta escolheu manter-se íntegra em sua crença.”⁴¹ No entanto, como destacado pelo aludido desembargador, a dimensão da relevância do direito pleiteado pela agravante só é amplamente entendido por aqueles que comungam da sua mesma fé e que levam em conta os mesmos valores. Não se pode, pois, desconsiderar tais valores, tais direitos.

Ponderou, ainda, que o interesse da agravante era que fosse respeitado o seu direito de escolha, o qual está baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, deseja um tratamento compatível com suas crenças religiosas.

Ressaltou na questão da ponderação que se deve sempre ter como base o princípio da dignidade da pessoa humana e explicou que:

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.**⁴² (grifo nosso).

Não obstante comungar-se plenamente com a decisão exarada pelo relator, ressalta-se que foi equivocada a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, conforme mencionado nos comentários acerca do Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229, exarado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tal princípio só se aplica quando presente um conflito/colisão de direitos fundamentais, o que não ocorre no caso em tela.

Há situações de exceção em que se poderia obrigar o paciente a se submeter a determinado tratamento, quando a enfermidade acometida acarreta riscos à saúde da coletividade, estando, portanto, nesse caso, o Estado legitimado a agir.

Essa questão foi abordada pelo desembargador relator Maciel, ao deixar claro que o Estado só poderia intervir em esfera tão íntima, quando o ato de liberdade de um indivíduo implicar prejuízos a terceiros ou à sociedade.

⁴⁰ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Loc. cit.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

Entretanto, no caso do enfermo que se recusa a aceitar hemotransfusão, não há qualquer risco à saúde da coletividade, o que não justifica a interferência do Estado em esfera tão íntima.

Situação semelhante ocorre quando um indivíduo acometido de câncer – doença que até o momento se apresenta sem uma cura completa – recusa, após realizar cirurgia, submeter-se aos procedimentos de radioterapia e quimioterapia, os quais têm como função evitar que a doença volte a se desenvolver. Esses procedimentos, de fato, seriam os mais adequados, mas quem vai decidir se irá aceitá-los ou não é o paciente, pois não há lei que o obrigue.

Relativamente ao comentado no parágrafo anterior, interessante destacar que não se veem médicos e/ou hospitais recorrerem ao judiciário, a fim de que os aludidos procedimentos sejam realizados, mesmo que contrários à vontade do paciente e mesmo que indispensáveis a sua vida, pois se tem em análise o direito à liberdade do paciente, o seu direito de autodeterminação.

Não cabe, portanto, a terceiros julgar o que leva cada um a aceitar ou não determinado tratamento, conforme menciona Dworkin “ao longo prazo [...] é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro.”⁴³

O aludido magistrado sustentou, ainda, que todos os direitos devem ser preservados, resguardando-se o “[...] direito fundamental de todos e de cada um de viver de acordo com seus próprios e específicos valores, ainda que exóticos ou não compartilhados pela maioria da sociedade.”⁴⁴

Pontuou que nenhum direito é absoluto, podendo todos ser relativizados em algum momento e ilustrou tal situação:

Por exemplo, uma pessoa está legitimada, em tese, a matar em legítima defesa para defender-se de uma tentativa de estupro.

E uma mulher – creio – estaria legitimada jurídica e eticamente a colocar sua vida sob intenso risco para defender-se da mesma tentativa de estupro. **Isso significa que ela pode, licitamente, valorizar mais a sua liberdade sexual do que a sua própria vida. Dir-se-ia de tal mulher ser uma pessoa virtuosa.**

A agravante, que possui valores religiosos e morais tão enraizados a ponto de manter-se, mesmo sob risco de vida, sem descumprir os seus valores mais essenciais, os contidos nas regras de sua crença, também estará legitimada, pelo mesmo motivo, a arriscar a existência física por um valor, por um mandado de consciência, por um valor para ela transcendente e eticamente inviolável.

[...]

⁴³ DWORKIN; CAMARGO, 2003, p. 317.

⁴⁴ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Loc. cit.

Se qualquer mulher pode escolher, livre e conscientemente, morrer reagindo à violação de seu corpo por ato não desejado de terceiro, por exemplo, parece-me que a recorrente pode fazer a mesma escolha ante o que ela considera, possivelmente, violência tão grande a seus valores e princípios quanto mostrasse violenta a primeira hipótese.⁴⁵ (grifo nosso).

Concluiu, portanto, que o Estado só poderia intervir na esfera íntima da pessoa, caso “[...] o ato derivado da liberdade de cada um implique prejuízos a terceiros ou à sociedade. Tal é o seu limite.” Nessa senda, estando relacionado “[...] à exclusiva e íntima relação da pessoa consigo mesma parece-me não pode ser submetido à intervenção estatal sem sacrifício do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁶

Chama a atenção o exemplo apresentado pelo relator – mulher que está prestes a ser estuprada e que prefere gritar, espernear, correndo o risco de perder sua vida, a ter violada sua liberdade sexual.

Ninguém mencionaria que tal mulher agiu de modo errado por não preservar seu direito à vida. Da mesma forma, não se poderia condenar um paciente que devido as suas crenças religiosas tão arraigadas possui total aversão à hemotransusão.

Mas não é só isso que se deve levar em conta; como ficaria o estado de saúde, o qual já está debilitado, de um enfermo que sabe não estar sendo respeitado seu direito à liberdade, sua dignidade humana? E mesmo que inconsciente, como ficaria após recobrar os sentidos ao saber que o seu desejo, o qual foi expresso previamente por meio do documento utilizado pelas Testemunhas de Jeová, não foi observado e que se considerou como não escrito?

Desse modo, levando-se em conta os referidos argumentos, bem como o fato de que obrigar a agravante a se submeter a um tratamento ao qual se opõe, poderia acarretar dano maior do que não fazê-lo, votou no sentido de dar provimento ao recurso, o que foi acompanhado pelo vogal Orlando Heemann Júnior.

O desembargador Umberto Guaspari Sudbrack divergiu dos votos, por entender, primeiramente, haver carência de ação por falta de interesse processual, à medida que não há necessidade de o médico recorrer ao judiciário em busca de autorização para que seja procedida a hemotransusão, haja vista possuírem o dever de “[...] empreender todos os meios disponíveis para salvar a vida dos pacientes. Ao profissional da medicina subjaz a obrigação de cunho moral, legal e ético, atuável no empenho de esforços necessários para a manutenção da vida do paciente, em caso de risco [...]”⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 70032799041. Loc. cit.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

Ademais, entendeu, também, pela perda do objeto recursal, tendo em vista que foi procedida à transfusão de sangue na paciente. De outra parte, votou, alternativamente, pela manutenção da antecipação de tutela deferida pelo juízo *a quo* em não sendo acolhidas as preliminares levantadas.

Ocorre que esse entendimento não é nem mesmo defendido pelos médicos, pois, conforme parecer exarado pelo Conselheiro Marco Segre na Consulta nº 27.278/96 – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP –, o médico deverá “[...] procurar os recursos técnicos e científicos para proteger a saúde do paciente, sem contrariar a sua vontade expressa [...]”e, além disso, o disposto no artigo 46 do Código de Ética Médica vigente à época dos fatos não se refere a um dever, pois se tem que respeitar “[...] a vontade de quem quer que seja, legalmente competente, inclusive de morrer sem ser violentado em sua crença.”⁴⁸

Portanto permitir aplicação no paciente de terapia que ele aceita, mesmo que essa, em tese, não se mostre tão eficaz quanto outra, pode conferir ao enfermo uma melhora na sua saúde, preservando o direito à vida e, além disso, também, o seu direito à liberdade, de modo a não aniquilar nem este nem aquele.

4.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, identifica-se a Apelação Cível nº 132.720-4/9-00, julgada em 26 de junho de 2003.

Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. **Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos.** Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido. ⁴⁹ (grifo nosso).

Trata-se de recurso interposto pelo marido de uma paciente, uma vez que na sentença dos autos de Medida Cautelar foi autorizado, em caso de necessidade, o procedimento com transfusão de sangue.

⁴⁸ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta nº 27.278/1996:** transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmesp/pareceres/1996/27278_1996.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 132.720-4/9-00.** Relator: Des. Boris Kmjffmann, São Paulo, SP, 26 jun. 2003. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1568636&v1Captcha=cvjwj>>. Acesso em: 20 maio 2012.

O desembargador relator Boris Kmjjffmann entendeu por negar provimento ao recurso, devido ao fato de o direito à vida ser preponderante a qualquer outro.

Não se pode negar, todavia, que os vários direitos previstos nos incisos do art. 5o da Constituição Federal ostentam uma certa gradação em relação a outro direito, este estabelecido no *caput* do referido artigo: o direito à vida. Assim, se com base em sólido entendimento médico-científico, ainda que divergências existam a respeito, para a preservação daquele direito seja necessária a realização de terapias que envolvam transfusão de sangue, mesmo que atinjam a crença religiosa do paciente, estas terão de ser ministradas, pois **o direito à vida antecede o direito à liberdade de crença religiosa.**⁵⁰ (grifo nosso).

Além disso, entendeu que, em iminente risco de morte, a terapêutica com transfusão de sangue deve ser realizada independentemente da autorização ou vontade do paciente.

Assim, o desembargador relator, bem como os outros desembargadores que acompanharam a decisão, negou provimento ao recurso, mantendo, assim, a decisão proferida no juízo *a quo*.

Novamente, vê-se que, no entendimento dos desembargadores, existe conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade e aquele deve preponderar.

No entanto, como já mencionado exaustivamente, em diversas oportunidades, neste trabalho, trata-se apenas de um aparente conflito, pois tais direitos não se chocam, pertencem ao mesmo titular e este almeja que ambos os direitos sejam preservados.

4.5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO

Por fim, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso extrai-se o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 22395/2006, julgado em 31 de maio de 2006.

TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente.

A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela.

Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação.

⁵⁰ BRASIL. Apelação Cível nº 132.720-4/9-00. Loc. cit.

Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la.

O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um.

Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), **preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.**⁵¹ (grifo nosso).

Essa decisão foi propositadamente deixada por último, tendo em vista possuir um objeto diverso às decisões anteriormente analisadas.

A ação foi proposta pelo próprio paciente, uma vez que o estado do Mato Grosso não possuía profissionais habilitados para a realização da cirurgia nos moldes por ele aceitos e visava tão somente ao fornecimento dos meios necessários para seu deslocamento até o estado de São Paulo, onde o aludido procedimento seria realizado pelo Sistema Único de Saúde – SUS – e com técnicas que dispensam a transfusão de sangue.

O desembargador relator sustentou que a concessão para a realização da cirurgia cardíaca, de acordo com as conveniências religiosas do agravante, feriria o princípio da isonomia, negando, portanto, provimento ao recurso.

O voto do relator foi acompanhado, em um primeiro momento, pelo magistrado Leônidas Duarte Monteiro (1º Vogal).

Após, veio a decisão do 2º Vogal, Orlando de Almeida Perri, o qual mencionou que, no caso em análise, não se estava diante de confrontação entre o direito à vida e o direito à liberdade, mas entre o “[...] direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa.”⁵²

Perri mencionou que o Estado não poderia impor ao cidadão se submeter a um tratamento ao qual ele recusa, devido às suas crenças religiosas, pelo motivo de não haver, em seu quadro de funcionários, um profissional habilitado a realizar o procedimento almejado, pois, se assim agisse, estaria desrespeitando o direito fundamental à liberdade, principalmente, a religiosa.

Ressaltou, ainda, que, após diversas pesquisas, constatou a existência de várias técnicas alternativas ao tratamento com transfusão de sangue:

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 22395/2006**. Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Cuiabá, MT, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=18b3af29-7a81-4004-aec8-64e2860a35e8&render=1>>. Acesso em: 16 maio 2012.

⁵² Ibid.

Após exaustivas pesquisas e informações tomadas com os profissionais da área, constatei a existência de técnicas alternativas que dispensam, em cirurgias e procedimentos cardíacos, a transfusão de sangue, podendo citar a auto-transfusão, a utilização de máquina que permite reaproveitar o sangue do próprio paciente, o bisturi elétrico, que cauteriza ao mesmo tempo que corta, a estimulação de glóbulos vermelhos por hormônio, etc.⁵³

Foi objeto de sua argumentação o direito à liberdade de crença, o qual não está apenas adstrito à liberdade de culto, mas de também poder agir e orientar-se de acordo com seus preceitos religiosos, de modo que o estado não pode violar tal direito, por mais estranha que a crença do agravante lhe pareça.

Além do que, “não cabe à Administração Pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação.”⁵⁴

Percebe-se da decisão do 2ª Vogal o respeito ao direito à liberdade do agravante, a qual também deve ser respeitada pelo Estado, haja vista tratar-se de direito fundamental expresso na Constituição. Mas até que ponto o estado deveria arcar com o respeito à liberdade do agravante?

O desembargador Perri esclareceu que a existência na comunidade médica de procedimento cirúrgico substitutivo, não disponível no estado do Mato Grosso, era a exceção necessária para que o procedimento se desse fora do domicílio do agravante, haja vista a legislação do Estado do Mato Grosso atinente às normas do SUS mencionar que “o tratamento fora do domicílio constitui recurso de exceção e somente será admissível quando esgotados todos os meios de tratamento existente no Estado de Mato Grosso [...]”⁵⁵

Desta feita, o voto do 2º Vogal seguiu o entendimento segundo o qual o Estado do Mato Grosso deveria arcar com os gastos atinentes ao tratamento fora do domicílio (TFD), haja vista ser a única via que possibilitaria respeitar o direito individual à liberdade do paciente/agravante.

Diante dos argumentos exarados na decisão do 2º Vogal, o 1º Vogal optou por retificar seu voto, passando a compreender ser obrigação do Estado do Mato Grosso proporcionar um tratamento compatível com as crenças do agravante, de modo que, agindo assim, estar-se-ia respeitando o direito à liberdade e, sobretudo, o direito à vida. Com a mudança do voto do 1º Vogal, portanto o recurso foi provido.

⁵³ BRASIL. Agravo de Instrumento nº 22395/2006. Loc. cit.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

Esse caso mostra-se um pouco diferente do observado neste trabalho, porém extremamente interessante. Vê-se um titular de direitos – o paciente – e um titular de uma obrigação – o Estado –, de modo que se pode dizer, por um lado, não existir um conflito entre eles, pois o paciente tem assegurado o seu direito à saúde e o Estado tem a obrigação em proporcionar tal direito, pois, conforme assevera Mendes, Coelho e Branco, o Estado tem “[...] em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.”⁵⁶ Por outro lado, poder-se-ia dizer haver um conflito entre o direito à saúde do paciente e o direito do estado de se organizar financeiramente, da melhor maneira, o direito de preservar seus recursos financeiros para beneficiar, também, o restante da população.

Independente da existência de possível conflito ou não, o juiz Perri sustentou que o Estado tem o dever de fornecer ao cidadão procedimento médico que não atente à sua liberdade, preservando, assim, tanto o direito à vida quanto a liberdade de crença.

O desembargador que negou provimento ao recurso mencionou também a questão da isonomia, asseverando que a concessão do pedido feriria tal princípio, de modo que, se fosse concedido tal benefício a um, ter-se-ia que conceder a outros. Entretanto, como afirmou o próprio desembargador, a aplicação do princípio da isonomia exige a existência de igualdade de condições, o que só pode ser analisado no caso concreto. Assim, na análise do caso em tela, observa-se que o desejo do paciente de proceder a uma cirurgia em outro estado não extrapolava os limites da sua liberdade de escolha, em especial, a liberdade religiosa.

Portanto constata-se dessa decisão que inexistente conflito de normas quando um paciente opta por tratamento diverso à transfusão de sangue. Ainda, diante da possibilidade de um conflito entre o direito à saúde e o direito do Estado de se organizar financeiramente, da melhor forma, verifica-se que não há porque presumir-se que, em casos como o analisado, o efetivo respeito à liberdade religiosa individual conflitaria com os interesses do restante da população, considerados os recursos financeiros estatais que a todos devem beneficiar.

4.6 BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Analisar-se-ão, para maior amplitude deste trabalho, duas decisões proferidas por cortes superiores de outros países, haja vista que o aparente conflito de normas na escolha de

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002. p. 107.

tratamentos alternativos à transfusão de sangue trata-se de questão de extrema relevância, não existente apenas no Brasil, mas no mundo todo.

4.6.1 Supremo Tribunal de Justiça da Nação Buenos Aires

No Supremo Tribunal de Justiça da Nação de Buenos Aires foi proferida decisão nos autos de Recurso Extraordinário nº 605, julgado em 25 de agosto de 2000.

Em 1ª instância, foi autorizada a prática da transfusão de sangue, a Câmara Federal de Apelações confirmou a decisão, até mesmo mencionando que o caso em tela consistia em um suicídio lento, mencionando que o direito à vida, por ser um bem supremo, não poderia ser relativizado pela liberdade individual, a qual não pode ser exercida de um modo a extinguir a própria vida. Desse modo foi interposto Recurso Extraordinário.

O segundo vice-presidente e ministro Carlos Fayt sustentou que o homem é senhorio da sua vida, mas concluíram por ser inoficioso qualquer julgamento, devido ao fato de o recorrente ter recebido alta médica.

A dissidência do 1º vice-presidente e do ministro Antonio Boggiano sustentou que a objeção de consciência e a liberdade religiosa são direitos naturais, invioláveis e que ninguém pode ser obrigado a agir contra a sua consciência, o que inclui, portanto, o indivíduo poder “[...] não cumprir uma norma ou ordem da autoridade que viole as convicções íntimas de uma pessoa, sempre que o mencionado descumprimento não afete significativamente os direitos de terceiros nem outros aspectos do bem comum.”⁵⁷

Chama atenção a arguição de que o recorrente estava cometendo suicídio lento, o que foi rebatido pelos ministros, que, inclusive, mencionaram não se tratar nem de suicídio nem de eutanásia, pois o recorrente, conforme expresso no recurso extraordinário, não busca o suicídio, “mas somente pretende manter incólume as ideias religiosas que professa. Por isto, a dignidade humana prevalece frente ao prejuízo que possivelmente cause à referida ausência de transfusão de sangue.”⁵⁸

Ressaltaram que nem sempre a liberdade religiosa será preservada, por exemplo, em caso de eutanásia, por mais que essa prática seja sustentada por motivos religiosos, esse direito seria relativizado frente a prática de ato ilícito. Isso se dá porque a eutanásia consiste em um ato ilícito, enquanto que a objeção de consciência a um tratamento médico é ato lícito

⁵⁷ ARGENTINA. Supremo Tribunal de Justiça da Nação. **Recurso Extraordinário nº 605**. Presidente: Min. Ricardo Levene. Buenos Aires, 25 ago. 2000.

⁵⁸ Ibid.

e previsto na constituição, de modo que “[...] nada há a censurar aos que respeitam a decisão livre da pessoa em questão.”⁵⁹

Por fim, quanto ao fato de o recorrente já ter recebido alta, sustentaram a relevância de julgar tal questão, haja vista poder haver novamente a necessidade de o recorrente se submeter a tal procedimento, bem como poderem surgir situações similares. Além disso, viram como uma oportunidade de o Supremo Tribunal se manifestar a respeito, tendo em vista que “[...] dada a rapidez com que se produz o desenlace de situações como a dos autos, é bastante difícil que, na prática, cheguem para estudo do Tribunal as importantes questões constitucionais que aquelas incluem sem terem se tornados abstratos.”⁶⁰

Nesses termos, votaram por revogar a sentença que determinou a transfusão de sangue.

Os últimos ministros a votarem, Augusto Belluscio e Enrique Petracchi, entenderam que o indivíduo, no âmbito de liberdade, “[...] pode adotar livremente as decisões fundamentais sobre a pessoa humana, sem interferência alguma por parte do Estado ou dos particulares, contanto que tais decisões não violem direitos de terceiros.”⁶¹

Em fundamento de suas decisões, citaram sentença do Supremo Tribunal da República Federal da Alemanha, a qual reconhece a antijuridicidade de uma operação cirúrgica sem o consentimento do paciente.

Ninguém pode assumir o papel de juiz para decidir sob quais circunstâncias outra pessoa estaria razoavelmente disposta a renunciar à sua inviolabilidade corporal com o objetivo de curar-se. Este princípio também é vinculativo para o médico. Certamente que o direito mais transcendente deste e a sua obrigação mais essencial, é a de curar os indivíduos enfermos dentro de suas possibilidades. Porém, **este direito e esta obrigação encontram seus limites no direito do indivíduo em determinar, em princípio por si mesmo, sobre seu corpo. Constituiria uma intromissão anti-jurídica na liberdade e dignidade da pessoa humana se um médico – ainda quando estivesse fundamentado em razões justificadas do ponto de vista médico – realizar por si, uma operação de consequências sérias em um doente sem sua autorização**, no caso em que houvesse conhecer oportunamente a opinião daquele. **Pois, mesmo um doente em perigo de morte, pode ter motivos adequados e válidos, tanto do ponto de vista humano quanto ético, para recusar uma operação, ainda que somente quando por meio dela seja possível livrar-se de sua doença.**⁶² (grifo nosso).

Desta feita, concluíram por revogar a sentença apelada, uma vez que o ato do paciente não afeta terceiros e que negar o direito de autodeterminar-se “[...] significaria converter o artigo 19 da Carta Magna em uma mera fórmula vazia, que somente protegeria o

⁵⁹ ARGENTINA, loc. cit.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

foro íntimo da consciência ou as condutas de tão pequena importância que não teriam qualquer repercussão no mundo exterior.”⁶³

Constata-se dos votos dos ministros pelo entendimento de que a objeção a um tratamento médico não significa suicídio nem a prática de eutanásia, mas significa ter garantido o direito à vida e o direito à liberdade, e que o Estado só poderia interferir em esfera tão íntima quando afetasse o interesse de terceiros, o que não é o caso.

4.6.2 Suprema Corte do Mississippi – Estados Unidos da América

Decisão acerca da escolha de tratamento médico diverso à transfusão de sangue se encontra, também, na Suprema Corte do Mississippi – Estados Unidos da América – nos autos do Recurso de Apelação nº 1954, julgado em 30 de outubro de 1985, o qual, por maioria de votos, anulou a decisão apelada, de modo a não mais permitir que a apelante fosse obrigada a se submeter à transfusão de sangue contra sua vontade.

A paciente era testemunha chave de um processo criminal (crime de homicídio) e encontrava-se ferida, necessitando de cirurgia a qual requisitaria transfusão de sangue, procedimento por ela recusado.

Diante do interesse do Estado em punir o culpado pelo crime, o Tribunal de Equidade ordenou que, em caso de necessidade, fosse procedida transfusão de sangue na paciente.

A transfusão de sangue foi realizada, entretanto a paciente apelou da decisão, por entender “[...] que o assunto não havia sido plenamente discutido.”⁶⁴

O juiz presidente da Suprema Corte “[...] sustentou que os direitos individuais à livre prática da religião e à privacidade permitiam que a pessoa recusasse transfusões de sangue [...]”⁶⁵ e que diante disto “[...] o interesse do Estado em ter essa pessoa disponível para testemunhar no julgamento como testemunha ocular [...]”⁶⁶ não poderia interferir nos direitos individuais da paciente e nem sobrepujá-los.

Nos argumentos utilizados pelo juiz presidente da Suprema Corte, em nenhum momento, mencionou-se acerca do direito à vida, mas, sim, do direito ao exercício da crença religiosa e do direito à privacidade, pois ficou claro que o desejo da paciente não era morrer,

⁶³ ARGENTINA, loc. cit.

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Mississippi. **Apelação nº 1954**. Presidente: Min. Robertson Patterson. Mississippi, 30 out. 1985.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

tanto que procurou ajuda médica, aceitando se submeter a qualquer procedimento, tendo como única exceção a transfusão de sangue.

A situação presente na Suprema Corte do Mississippi mostra-se diversa às decisões analisadas, pois, nesse caso, pode-se falar na existência de um conflito – direito da paciente de ter respeitado o seu desejo de não se submeter à hemotransfusão e o direito do Estado em ter solucionado um crime.

No sopesamento entre os dois direitos em questão, a Suprema Corte, por maioria de votos, entendeu pela prevalência do direito individual da paciente, podendo-se extrair alguns argumentos utilizados para isso.

O primeiro argumento está relacionado ao fato de que “os direitos individuais podem ser reivindicados não importa quão inconveniente a sociedade ou seus membros possam reputá-los.”⁶⁷

Já o segundo assevera que “o direito da pessoa de não receber transfusão de sangue estava dentro do direito de livre exercício de religião, e não deveria ter sofrido interferência onde não havia indicação de grande e iminente perigo público.”⁶⁸

Novamente vê-se o entendimento de que o Estado só pode interferir em esfera tão íntima do paciente quando o exercício dos direitos deste acarretar consequências negativas a terceiros.

Mencionou-se como terceiro fundamento da decisão o direito que tem o paciente de especificar o tratamento que melhor lhe convém, “[...] anestesia local ou anestesia geral, tratamento convencional ou cirurgia, medicamentos ou não medicamentos, transfusões de sangue ou não transfusões de sangue, sem renunciar ao seu direito de livre exercício de religião e privacidade.”⁶⁹

Como quarto argumento foi apontado que “cada um de nós tem direito à integridade e inviolabilidade de nossa pessoa, a liberdade de escolha ou, digamos assim, um direito de autodeterminação sobre o nosso corpo.”⁷⁰

O juiz presidente, como quinto ponto, menciona o comentário exarado em outra decisão, a qual dispõe que:

Nenhum direito é tido como mais sagrado, ou é mais cuidadosamente protegido, pela lei ordinária, do que o direito de cada indivíduo à posse e controle de sua

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, loc. cit.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

própria pessoa, livre de qualquer restrição ou interferência de outros, a não ser pela clara e inquestionável autoridade da lei.⁷¹

Denota-se, novamente, que o direito à liberdade só será excetuado quando expressamente – por força de lei – houver previsão em contrário, respeitando-se, portanto, o princípio da legalidade.

O sexto fundamento está relacionado ao fato de que “nenhum médico ou hospital pode submeter uma pessoa a um tratamento médico, sem o consentimento informado dessa pessoa. A violação dessa norma constitui lesão corporal.”⁷²

Por fim, como último argumento, o juiz presidente da Suprema Corte menciona que, por mais importante que seja ter disponível uma testemunha ocular, “[...] este interesse não se enquadra naqueles tão impelentes a ponto de cercear os direitos [...]” da apelante “[...] ao livre exercício de suas crenças religiosas e à privacidade.”⁷³

O voto do juiz presidente foi acompanhado por outros cinco juízes. O sétimo juiz divergiu do voto proferido por entender que, sendo a apelante testemunha-chave de um crime (homicídio), “[...] o direito do Estado de assegurar que ela receba tratamento médico adequado, para garantir sua presença e testemunho em tribunal, pode muito bem se sobrepor à sua convicção religiosa pessoal.”⁷⁴

Em que pese seu entendimento de prevalecer o direito do estado em ter disponível testemunha importante, salientou que apoia “[...] o direito constitucional de uma pessoa de recusar uma transfusão de sangue sob o fundamento de convicção religiosa, mesmo que a recusa represente um risco de vida.”⁷⁵

Portanto a imposição de tratamento diverso ao aceite pelo paciente implica desrespeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade de crença e ao princípio da autonomia, impossibilitando o paciente de poder gerir sua integridade pessoal e sua própria vida.

Depreende-se das decisões das cortes internacionais analisadas que os argumentos apresentados apoiam todo o exposto neste capítulo, bem como nos demais – inexistência do conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade –, haja vista que o paciente, ao escolher um tratamento diverso à hemotransfusão, deseja não apenas um de seus direitos, mas todos eles na sua mais ampla acepção, e isso é possível, ao ser respeitada sua escolha, a qual é baseada no direito à vida, à liberdade, à liberdade religiosa, ao princípio da legalidade e à autodeterminação.

⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, loc. cit.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas na sua espécie princípios, devem ser observados na sua mais ampla acepção, aplicando-se da melhor e da mais ampla maneira.

O direito à vida e o direito à liberdade, focalizados neste trabalho, devem ser aplicados dessa forma, sobretudo, observando-se a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil.

O direito à vida, amparado pela Constituição, não se refere apenas ao seu sentido biológico – direito de continuar vivo –, mas também seu sentido imaterial – direito a uma vida digna –, levando-se em conta os elementos psíquicos, espirituais e morais de cada indivíduo; pois, do contrário, observando-se apenas o seu sentido biológico, a vida poderia se revelar desprovida de sentido, negando-se ao indivíduo o direito de viver de acordo com desejos e valores que, na sua esfera subjetiva, conferem razão a sua existência.

De igual parte, o direito à liberdade não está adstrito apenas ao direito de locomoção, mas consiste, também, na possibilidade de o indivíduo organizar sua vida da maneira que melhor lhe convém.

É fato que, em certos momentos, esses direitos podem ser relativizados, principalmente quando se tem uma colisão entre dois deles – quando o exercício de um direito fundamental de um titular repercute negativamente no exercício de um direito de mesma ordem de outro titular, assim como quando essa repercussão atinge bens coletivamente protegidos.

Nesses casos, não se pode simplesmente optar por um direito em detrimento de outro, haja vista que os direitos fundamentais não possuem hierarquia, não podendo um ser considerado superior ao outro. Assim o melhor caminho para solucionar a questão é a aplicação dos meios de interpretação, mas não só eles porquanto não se mostram totalmente eficazes para sua elucidação; deve-se aplicar, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, o qual exige um sopesamento dos direitos envolvidos, visando à proibição do excesso – evitar que um direito fundamental seja excessivamente restringido –, e a conciliação dos direitos em conflito, preservando a sua normatividade, de modo a não haver necessidade de sacrificar um deles.

Esse princípio divide-se em três: o Princípio da Adequação (tem como objetivo utilizar o meio adequado para o fim almejado), o Princípio da Necessidade (diante de vários meios idôneos a solucionar o conflito, deve-se optar por aquele que menor ingerência terá nos

direitos fundamentais) e o Princípio da Ponderação (visa à análise de custo-benefício, pesar as vantagens e desvantagens do meio que se pretende utilizar com o fim almejado, de modo a proporcionar um equilíbrio entre os direitos envolvidos, preservando-os ao máximo).

Ocorre que o interesse da maioria dos indivíduos é exercer todos os seus direitos no seu mais amplo grau e isso não é diferente, quando um paciente opta por um tratamento diverso à hemotransusão. Não se trata de desejar aniquilar seu direito à vida, antes que esse direito, com os seus dois sentidos – biológico e imaterial – seja preservado juntamente com o seu direito à liberdade, liberdade de poder escolher a qual tratamento se submeterá, independentemente da religião professada, preservando o seu bem-estar físico e interior, assim como qualquer outro paciente tem o direito de escolher realizar ou não determinado tratamento, tomar ou não determinado remédio, submeter-se ou não à determinada cirurgia, pois referido direito está intimamente ligado à autonomia do paciente, vale dizer, ao direito de autodeterminação.

Tal escolha, principalmente quando há a opção por tratamento diverso à transfusão de sangue, pode dar, e dá, a impressão de que os dois direitos em análise – o direito à vida e o direito à liberdade – entram em conflito; entretanto, ao ater-se detidamente à matéria, verifica-se que, na prática, o conflito inexistente, pois o exercício desses direitos não repercute negativamente em direitos de outros titulares nem afeta bens coletivamente protegidos.

Poder-se-ia, entretanto, objetar que a escolha por um tratamento diverso à hemotransusão poderia afetar o bem jurídico da vida, o qual é de interesse de toda a coletividade preservar. Ocorre que um paciente que faz aludida escolha não está optando pela morte, mas deseja simplesmente que seja respeitado o seu direito de recusar um único tratamento, aceitando, pois, todas as outras técnicas médicas existentes. Portanto não se pode chamar tal pessoa de suicida ou acusá-la de fazer apologia ao direito de morrer, até porque, como visto, o direito à vida não pode ser analisado isoladamente, mas, sim, em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual confere autonomia para tais escolhas.

Nesse norte, analisaram-se sete decisões de tribunais brasileiros e duas de cortes superiores internacionais acerca do modo como encaram tal (in) existência de conflito.

Dos julgados estudados, observa-se inexistir um consenso acerca da melhor decisão a ser tomada quando um paciente escolhe terapia diversa à hemotransusão, mostrando-se distante a formação de jurisprudência acerca do assunto.

Nas decisões referidas, pôde-se constatar que os julgadores que entenderam pelo direito do paciente de poder escolher o tratamento ao qual se submeterá, em sua maioria, não

se preocuparam em verificar qual direito deveria preponderar, qual era hierarquicamente superior ou tinha mais valor no caso prático; antes, suas decisões tiveram como foco preservar a dignidade humana de cada paciente, levando em conta o direito à vida na sua mais ampla acepção, o que envolve o direito de continuar vivo, o direito à liberdade de escolha, o direito à liberdade religiosa e o direito à autodeterminação.

Nesse cenário, ao ter-se por base o princípio da dignidade da pessoa humana, dificilmente um direito preponderará sobre o outro, mas poder-se-á usufruí-los na mesma proporção, excluindo, mais uma vez, possível colisão/conflito de direitos fundamentais.

Nas decisões analisadas, observou-se, também, que alguns juízes sustentaram a existência de um conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, sob o argumento de que, dentre o rol de direitos fundamentais, o direito à vida é hierarquicamente superior, devido ao fato de a existência dos demais direitos fundamentais dependerem dele.

Entretanto tal interpretação, como já exposto, mostra-se equivocada, pois não há hierarquia entre os direitos fundamentais e nenhum deles possui a capa da superproteção, já que todos, em determinados momentos, podem ser relativizados, inclusive o direito à vida, como se dá no caso da legítima defesa, para citar apenas um exemplo.

Inexistindo o conflito, não há por que se aplicar o princípio da proporcionalidade, não se revelando razão para escolher que direito deveria preponderar no caso prático, já que a colisão de direitos não passa de um falso problema, de modo que se mostra totalmente possível a preservação de ambos os direitos – à vida e à liberdade. Se há um meio de preservar todos os direitos envolvidos, não há por que não o fazer. Permitir a aplicação no paciente de terapia que ele aceita – mesmo que essa, em tese, não se mostre tão eficaz quanto outra, pode conferir ao enfermo uma melhora na sua saúde, preservando o direito à vida e, além disso, também, o seu direito à liberdade, de modo a não aniquilar nem este nem aquele.

Desta feita, diante da luta da sociedade pela criação de direitos que impliquem menor ingerência, por parte do Estado, em sua vida íntima – direitos de 1ª geração – e da cobrança pelo respeito a tais direitos, bem como aos direitos das minorias – com a criação de mecanismos que propiciem isso, tais como o Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, criação de cotas raciais, entre outros –, não se entende por que não dar ao paciente o direito de escolher o próprio tratamento. Também incompreensível não assegurar a preservação dos direitos envolvidos quando isso é possível, uma vez que não se conflitam.

Por fim, a presente pesquisa não tem como fito esgotar o assunto, antes, espera-se que sirva como mais uma fonte de informação para os operadores do Direito, possibilitando, assim, novas pesquisas, não só na esfera do Direito Constitucional, mas, também, na esfera do

Direito Civil, Direito Penal, Bioética e Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o assunto deste trabalho também possui reflexos nessas áreas, de modo a assegurar o direito do paciente de escolher um tratamento diverso à transfusão de sangue, já que esse se encontra no exercício, no mais amplo grau, do seu direito à vida e à liberdade. Almeja-se, também, que o presente trabalho tenha contribuído para maiores reflexões sobre tema de tão grande relevância.

REFERÊNCIAS

- ACHAR, Vivian Letícia. **O direito de recusa do paciente a tratamento médico à luz da bioética e dos direitos fundamentais constitucionais**. 2008. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu, 2008.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.
- ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido**. 1999. 139 f. Tese (Doutorado) - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999. p. 76. Disponível em: <<http://portalteses.icict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/1999/almeidajltd/capa.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2012.
- ARGENTINA. Supremo Tribunal de Justiça da Nação. **Recurso Extraordinário nº 605**. Presidente: Min. Ricardo Levene. Buenos Aires, 25 ago. 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer**: autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue – mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo, [s.n.] 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de et al.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro; Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Parecer**: legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Rio de Janeiro, [s.n.], 2010.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Parecer**: direito a recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, à transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. São Paulo: 2000. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_31_2_1_2.php>. Acesso em: 3 fev. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2005.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Agravo de Instrumento nº 22395/2006**. Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida. Cuibá, MT, 31 maio 2006. Disponível em:
<<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=18b3af29-7a81-4004-aec8-64e2860a35e8&render=1>>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229**. Relator: Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, Rio de Janeiro, RJ, 5 out. 2004. Disponível em:
<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003CD54F67A152B742C9510CC7155A5F9FBC019C3213309>>. Acesso em: 18 maio 2012.

_____. **Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000**. Relator: Des. Elisabete Filizzola, Rio de Janeiro, RJ, 26 out. 2011. Disponível em:
<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003A74AF65B0DA0DA54D25ED3E12CAC061EC0C403141E52>>. Acesso em: 17 maio 2012.

_____. **Agravo de Instrumento nº 70032799041**. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel, Porto Alegre, RS, 6 maio 2010. Disponível em:
<http://google4.tj.rs.gov.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26verso_o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70032799041%26num_processo%3D70032799041%26codEmenta%3D3657411+Transfus%C3%A3o+de+sangue&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70032799041&comarca=Caxias+do+Sul&dtJulg=06-05-2010&relator=C1%Eludio+Baldino+Maciel>. Acesso em: 19 maio 2012.

_____. **Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001**. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, MG, 14 ago. 2007. Disponível em:
<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=7&txt_processo=191519&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expresao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. **Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063**. Relator: Des. Katya Maria Monnerat. Rio de Janeiro, RJ, 9 fev. 2011. Disponível em:
<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B137E04A8DB2A03473EA0719422BF5E290C4025D3F31>>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. **Apelação Cível nº 132.720-4/9-00**. Relator: Des. Boris Kmjjffmann, São Paulo, SP, 26 jun. 2003. Disponível em:
<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1568636&vlCaptcha=cvjwj>>. Acesso em: 20 maio 2012.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2012.

_____. **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: 16 maio 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**: código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 maio 2012.

_____. **Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997**: dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Rio de Janeiro, RJ, 12 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/MS_23452_RJ%20_16.09.1999.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

_____. **Portaria nº. 1820/09**: dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 9 maio 2012.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006. p. 53. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33100-41716-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

CATÃO, Adrualdo de Lima. O critério identificador da norma jurídica. A necessidade de um enfoque sistemático. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2249>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta nº 27.278/1996**: transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1996/27278_1996.htm>. Acesso em: 20 maio 2012.

COSTA, Flávio Ribeiro. **A força normativa dos princípios constitucionais**. Monografia Estudo, Minas Gerais, 2006. Disponível em:

<<http://monografiaestudo.blogspot.com/2007/10/perguntas-frequentes-diferena-entre.html>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2008.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald; CAMARGO, Jefferson Luiz (Tradutor). **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESCRITURAS SAGRADAS. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Mississippi. **Apelação nº 1954**. Presidente: Min. Robertson Patterson. Mississippi, 30 out. 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Parecer: questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue**. São Paulo, [s.n.], 1994.

FRANZINE, Raquel de Souza. Tratamento médico em pacientes Testemunhas de Jeová. O direito de escolha e a inaplicabilidade da tese da colisão de direitos fundamentais. **Prática Jurídica**. Brasília, DF, ano VIII, n. 91, p. 32-35, out. 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Ed., 2007.

HAJJAR, Ludhmila Abrahão. **Estudo prospectivo e randomizado das estratégias liberal e restritiva de transfusão de hemácias em cirurgia cardíaca**. 2010. 169 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2010. p. 3-4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5152/tde-31082010-164814/pt-br.php>>. Acesso em: 26 maio 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**. (Coord. Ives Gandra da Silva Martins) Rio de Janeiro, ano 5, n. 20, p. 410-427, 4.º trim. 2005. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 23 maio 2012.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7977>>. Acesso em: 10 set. 2011.

LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista**. 2006. 160 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Fabio%20Oliveira%20Lyrio.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=bioetica>>. Acesso em: 30 maio 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer: escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová – como exercício harmônico de direitos fundamentais**. São Paulo, [s.n.], 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RONALD, Feitosa Pinheiro; LÉLIS, Antônia Rocivânia de Araújo. Prescrição de Sangue e Hemocomponentes. In: MOREIRA, Ícaro de Souza et al. **Dicas para uma boa prescrição hospitalar**. Disponível em: <http://www.huwc.ufc.br/arquivos/biblioteca_cientifica/1261588761_49_0.pdf>. Acesso em: 9 maio 2012).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA JUNIOR, João Manoel; CEZARIO, Thiago Abreu, et. al. Transfusão sanguínea no intra-operatório, complicações e prognóstico. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. São Paulo, v. 58, n. 5, p. 447-454, set./out. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais**: e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; MARTINS, Érika Silvana Saquetti. Testemunhas de Jeová e a recusa em receber transfusão de sangue. **Consulex**. Brasília, DF, ano XI, n. 261, p. 15-17, nov. 2007.

ANEXOS

**ANEXO A - Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001, do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais.**

**ANEXO B - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229, do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro**

**ANEXO C - Apelação Cível nº 0007768-02.2008.8.19.0063, do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro**

**ANEXO D - Agravo de Instrumento nº 0056515-70.2011.8.19.0000, do Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**ANEXO E - Agravo de Instrumento nº 70032799041, do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio Grande do Sul**

**ANEXO F - Apelação Cível nº 132.720-4/9-00, do Tribunal de Justiça do Estado de
São Paulo**

**ANEXO G - Agravo de Instrumento nº 22395/2006, do Tribunal de Justiça do Estado do
Mato Grosso**

**ANEXO H - Recurso Extraordinário nº 605, do Supremo Tribunal de Justiça da Nação
de Buenos Aires**

ANEXO I - Recurso de Apelação nº 1954, da Suprema Corte do Mississippi (EUA)