

O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA E A (IM)POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

*Camilo Stangherlim Ferraresi**

*Isabela Martins Ferraz Diman***

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a norma jurídica com grau máximo de eficácia e no ordenamento jurídico brasileiro é a fonte de eficácia de todas as outras leis e regimentos, devendo-se manter relação de compatibilidade vertical com ela.

Dentro da Constituição existem os direitos fundamentais, que são direitos inerentes a cada indivíduo, não precisando que ninguém faça algo para possuí-los ou merecê-los, pois apenas em existir, o homem já os possui. As características dos direitos fundamentais são: universalidade, historicidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos, aplicabilidade imediata e inalienabilidade.

Os direitos fundamentais são inalienáveis, ou seja, ninguém pode ceder

*Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS). Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

**Bacharelada do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

qualquer um deles, pois são considerados, também, imprescindíveis. Diante disso, em casos concretos, vê-se que é possível dois dos referidos direitos fundamentais colidirem, fato que gera bastante discussão.

O presente trabalho tem por objeto analisar a colisão entre o direito à vida e a liberdade de crença, dois direitos garantidos pela Constituição Federal. A liberdade de crença não deve deixar que o Estado interfira, em relação às atividades e crenças religiosas, tendo em vista que se trata de liberdade de consciência interna, liberdade a qual pertencente à intimidade e privacidade de cada indivíduo.

A pesquisa tem como delimitação a religião testemunha de Jeová, a qual possui diversos entendimentos bíblicos diferentes e que, por isso, acaba sendo vítima de preconceito e, até mesmo, interferência do Estado. A religião tem como prática o entendimento de que não se deve fazer a ingestão de nenhum tipo de sangue, de nenhuma forma, inclusive, via transfusão sanguínea. O primeiro fundamento das testemunhas de Jeová quanto a não aceitação de ingestão de sangue encontra-se em Gênesis 9:3-4: “Tudo quando se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis”. Para eles “O sangue é entendido como sinônimo de vida e a transfusão, como um pecado que corrompe sua pureza”. Por isso, muitas vezes acabam tendo seu direito à liberdade de crença, a qual é íntima e privada, interferida pelo Estado nos casos de perigo de morte.

Por sua vez, o direito à vida, assegurado pelo artigo 5º “caput” da Constituição Federal, tem como sentido a inviolabilidade do direito à vida, tendo em vista ser o direito fundamental mais importante de todos os outros direitos, pois sem ele não há que se falar nos demais direitos.

No caso concreto, o exercício de um direito fundamental implica na colisão com outro direito como sendo um limite ao exercício dos direitos, necessário observar e analisar qual deve prevalecer, em uma situação de sobreposição.

Na colisão de direitos não existem proposições normativas incompatíveis, mas sim exercício de direitos colidentes entre si, de modo que em cada caso concreto em conflito entre direitos, deverá determinar-se qual direito poderá ou deverá ser exercido, ou, ainda, quais as concessões deverão ser feitas no exercício dos direitos em conflito, não eliminando, de forma alguma,

o direito subjetivo inferior, que continua importante, podendo ser chamado em outras situações.

Nos casos de conflito entre a liberdade de crença e o direito à vida a maioria das decisões dará maior importância ao direito à vida, tendo em vista que sem ele, não há que se falar em mais nenhum direito. Entretanto, como descrito e explicado diversas vezes anteriormente, o direito à liberdade de crença, assim como o direito à vida, é inalienável e pertence ao íntimo de cada um.

Assim, sabendo que o direito à liberdade de crença depende de cada indivíduo e de cada íntimo analisar o que é mais importante para si. Sabendo também, que, dependendo da “força” da crença e da fé de cada um, após ter sua liberdade de crença ferida em razão de outra circunstância, mesmo que seja em perigo de morte. A pessoa que teve ferida a sua liberdade de acreditar em algo que não se vê, mas que, de fato, é importante para ela, um indivíduo religioso, ainda é possível se ter uma vida digna?

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Conforme ensinamentos de José Eduardo Farias “não constitui tarefa simples conceituar direitos humanos. Esta expressão é demasiadamente genérica. As tentativas resultam em definições tautológicas: direitos do homem são os que cabem a ele enquanto homem” (FARIAS, 1996, p. 59).

Conceituar direitos fundamentais pode ser considerada uma tarefa árdua, tendo em vista as diversas expressões e nomenclaturas que, talvez, causem espanto. Existem diversas expressões no ordenamento jurídico que são empregadas com relação a tais direitos. Dentre eles, de acordo com José Afonso da Silva, estão:

- a) Direitos Naturais: por entender-se que se tratava de direitos inerentes a natureza do homem;
- b) Direitos Humanos: contra essa expressão existe a teoria que não é apenas o homem e titular de direitos;
- c) Direitos Individuais: cada vez mais é desprezado esse termo, contudo é ainda empregado para compreender aos denominados direito de civis ou liberdades civis;
- d) Direitos Fundamentais do Homem: é o termo mais correto para ser utilizado, pois, além de referir-se a princípios que se resumem a concepção do mundo com prerrogativas e instituições que ele se concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2004, p.176)

Entretanto, apesar de diversos tipos terminológicos, todas as expressões procuram apresentar e não desrespeitar direitos que visam criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são direitos subjetivos aplicáveis nas relações entre cidadãos, com o Estado e, também, na sociedade, para que, nestas relações, não haja desrespeito à liberdade, à igualdade e à dignidade de alguém. Os direitos fundamentais são positivados na Constituição Federal ou em normas infraconstitucionais.

Conforme entendimento de MORAES:

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 da pessoa humana [...]. (MORAES, 2000, p.39)

Vale destacar, também, a definição apresentada, em relação aos direitos fundamentais, por Ingo Wolfgang Sarlet:

Direitos fundamentais é um conjunto de faculdades que concretizam as exigências de igualdade, dignidade e liberdade dos seres humanos. Tais direitos são inerentes a toda a sociedade e não se restringem apenas aos que a Constituição elenca, mas, todos aqueles que possuem condições essenciais para uma qualidade de vida digna e de bem-estar social. (SARLET, 2001)

Os direitos fundamentais são o núcleo da dignidade da pessoa humana. Núcleo mais adequado para positivizar as normas que asseguram pretensões que respeitem tal dignidade.

Os direitos e garantias fundamentais são um conjunto indispensável de prerrogativas necessárias para assegurar uma existência digna e igual para todas as pessoas. “Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes” (PINHO, 2010, p.96).

Os direitos e garantias fundamentais possuem diversas características, quais sejam: a) Historicidade, tendo em vista que, para alguns autores, os direitos fundamentais são resultados da evolução histórica; b) Inalienabilidade, por serem inegociáveis e intransferíveis; c) Imprescritibilidade, pois são exigíveis;

d) Irrenunciabilidade, porque não se pode renunciar a capacidade de exercer tais direitos; e) Universalidade, todos os seres humanos possuem os direitos fundamentais; f) Limitabilidade, em razão de serem limitados.

Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos positivados e, com isso, integram parte do patrimônio jurídico do Estado, o qual disponibilizará os instrumentos necessários para defender tais direitos.

Os direitos fundamentais são primordialmente premissas para um Estado constitucional democrático, tendo em vista que, tais direitos foram estabelecidos, a fim de delimitar as áreas em que o Estado deve ou não, intervir, bem como representam os fundamentos das comunidades.

O aspecto evolucionar não deve ser deixado de lado. Uma vez que foram necessários séculos de esforços para que os direitos fundamentais fossem estabelecidos como elementos constitutivos da vida comunitária. Pode-se dizer, também, que os direitos fundamentais não são estáticos, uma vez que podem evoluir conforme a maturidade da sociedade.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, há imperativos de coerência lógica. (MENDES, 2015, s.p.)

Uma perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais, primeiramente, em três gerações. Importante frisar, que tais gerações não podem ser vistas como etapas eminentemente sucessivas. Essas gerações representam movimentos constitucionais, que buscavam a conquista de determinados direitos que, na época, eram considerados essenciais para o desenvolvimento da sociedade. Porém, a evolução que propõe com a divisão de tais direitos, não significa que dentro de uma determinada geração, não se insira a luta por direitos que caracterizam uma outra geração.

De acordo com o entendimento de José Afonso da Silva:

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direito. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação. (SILVA, 1997, p. 172)

Outro aspecto que não se pode deixar de dizer, é que as gerações de direitos fundamentais não são sucessivas, no sentido de que uma vem em substituição à outra. As gerações que surgem, complementam as que já existem, a fim de garantir o surgimento de uma sociedade cada vez mais justa.

A primeira geração de direitos fundamentais tem como marco a Carta Magna do rei João Sem Terra. Em 1215, em razão de diversas e intensas cobranças de barões ingleses, justamente em um momento em que o rei João mostrava-se abatido após uma série de derrotas. O documento conhecido como *Magna Charta Libertatum* foi assinado pelo Rei João, o qual reconheceu alguns direitos fundamentais, bem como limitou a intervenção do poder estatal.

As gerações de direitos fundamentais, a depender do enfoque que se dê a elas, podem ser divididas em três.

Os direitos de primeira geração abrangem os direitos das revoluções americana e francesa. São, também, os primeiros a serem positivados e, por isso, de primeira geração.

A primeira geração reconhece o direito à liberdade, a igualdade e o mais importante de todos, o direito à vida. São direitos civis e políticos, os quais são inerentes aos seres humanos oponíveis ao Estado, visto, na época como opressor das referidas liberdades individuais.

De acordo com BONAVIDES:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2010, p. 563-564)

Os direitos de primeira geração mostram a passagem do Estado autoritário para o Estado de Direito, garantem ao cidadão, um espaço onde não pode haver a intromissão estatal.

Tal geração de direitos representa uma das primeiras conquistas quanto ao absolutismo imperante há época, tendo vista que impõe uma abstenção do poder estatal, obrigações de não fazer do Estado em benefício da liberdade individual.

Segundo Brega Filho:

A princípio, os direitos fundamentais constituíram uma limitação do poder estatal, pois buscavam delimitar a ação do Estado. Tais direitos definiam a fronteira entre o que era lícito e o que não era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado seria lícito. Eram chamados de direito de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado (negativos). Esses direitos exigiam uma abstenção e não uma conduta positiva. (BREGA FILHO, 1988, p. 22)

Os direitos fundamentais de segunda geração foram impulsionados pela necessidade de o cidadão fazer escolhas, as quais dariam efetividade para os direitos de primeira geração. Do que vale o direito à liberdade, se não forem dadas condições e possibilidades de escolha para que os indivíduos escolham desimpedidamente os caminhos a seguir.

Enquanto os direitos de primeira geração implicavam a abstenção estatal, os direitos fundamentais de segunda geração exigem certa atuação do Estado, a fim de garantir condições para complementar os direitos anteriormente explicados.

Nesse sentido explica Ricardo Luis Lorenzetti:

Estes direitos estão relacionados com os anteriores, porquanto constituem a base de sua efetivação. Para sermos livres, necessitamos ter um nível de vida digno e um mínimo de educação; do contrário, não haverá possibilidade de optar, porque se está em estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções. (LORENZETTI, 1998, p. 153)

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, os quais: direito ao trabalho, direito a habitação digna, direito à saúde, ao lazer.

O Estado possui obrigações de dar ou fazer para a sociedade, uma vez que os indivíduos necessitam de caminhos e escolhas para, assim, conseguir efetivar os direitos de primeira geração e escolher com total liberdade o que lhe é necessário e devido.

Os direitos de segunda geração buscam a dignidade, que lhe é inerente simplesmente pelo fato de ser humano, assegurando-lhe a saúde, o trabalho, a educação, a cultura, o lazer, etc. Para que, assim, conseqüentemente, garanta os direitos individuais (FERRARESI, 2010, p. 25).

Os direitos de terceira geração possuem como destinatário o gênero humano. Pretendem proteger a coletividade, e não mais a proteção de um indivíduo isolado. Tais direitos são “transindividuais que transcendem os interesses

do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2011, p. 862).

São considerados de fraternidade, ou seja, os que se relacionam com a proteção do direito ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública. De acordo com Bonavides, “emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade” (BONAVIDES, 2003).

Neste contexto, surgiu o embrião dos festejados direitos difusos e coletivos, os quais abrangem conceitos de tal amplitude que transcendem em muito a esfera dos interesses individuais do homem.

Existe, também, quem sustente a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, a qual seria formada, para alguns, por direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte, etc, tendo em vista que são direitos que pertencem a todos os indivíduos.

Outros autores entendem como sendo direitos de quarta geração, os decorrentes da globalização, tais como, o direito à democracia, direito ao pluralismo, entre outros (FERRARESI, 2010, p. 28).

Em linhas gerais, essas são as características básicas das chamadas gerações dos direitos fundamentais.

De fato, a ideia de direitos fundamentais, foi sim concebida para alcançar direitos tidos como indispensáveis aos seres humanos e para a existência humana digna.

Pode-se afirmar, ainda, que a conquista dos direitos fundamentais não acabou, uma vez que a sociedade evolui e se modifica constantemente, ressignificando ou obrigando o surgimento de novos direitos.

Em se tratando da aplicação de normas definidoras dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, §1º, de nossa Constituição Federal, estas têm aplicação imediata.

Há de se fazer uma ressalva, pois aplicação não se confunde com aplicabilidade, conforme leciona José Afonso da Silva, que classifica as normas de eficácia plena e contida como tendo “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada como possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta. Pode-se separar os direitos fundamentais em relação à aplicabilidade, levando em conta a natureza e geração:

Ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de 1ª dimensão, *acrescente-se*) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª dimensão, *acrescente-se*) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação. (LENZA, 2016, s.p.)

Em se tratando de normas relativas aos direitos fundamentais dotados de aplicabilidade mediata, os quais dependem de atos posteriores para efetiva aplicação, há também remédios para, no caso do particular lesado, com direito garantido e omissão legislativa, poder procurar o Poder Judiciário, a fim de que se tenha a tutela de seu direito constitucionalmente previsto, por meio de um mandado de injunção.

Desta feita, conforme ensinamento de Pedro Lenza:

Cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal), especialmente diante de atividades privadas que tenham certo “caráter público”, por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho, etc. Nessa linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais: o princípio da autonomia da vontade privada e o de livre-iniciativa de um lado (arts. 1º, IV e 170, *caput*); o da dignidade da pessoa humana e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art 1º, III) de outro. (LENZA, 2016, s.p.)

Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização.

3 O DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após a proclamação da república de 1889, Ruy Barbosa redigiu o Decreto n.º 119-A de 7 de janeiro de 1890, separando definitivamente o Estado e Igreja; até então, não havia citação de Deus no preâmbulo da Constituição, a qual

apenas teve menção com a criação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1934.

Um dos principais motivos pelo qual o Estado englobou e amparou todas as religiões, sem distinção é o fato de ser laico e não possuir nenhuma religião oficial.

Pode-se dizer que o complexo e atual tema do fenômeno religioso parte do pressuposto de que as guerras religiosas ocorridas na história importaram na exigência da tolerância religiosa que, após longas tentativas de contratualismo jusnaturalista, veio lançar bases do que hoje se conhece

De acordo com Marcelo Novelino, a liberdade de crença:

Consiste na adesão a certos valores morais e espirituais, independentes de qualquer aspecto religioso, podendo se determinar no sentido de crer em conceitos sobrenaturais propostos por uma religião ou revelação (teísmo), de acreditar na existência de um Deus, mas rejeitar qualquer revelação divina (deísmo) ou, ainda, de não ter crença em Deus algum (ateísmo).

A liberdade de crença foi assegurada pela Constituição Federal de 1988, e faz parte do rol de direitos fundamentais, como já dito anteriormente.

Além disso, foi assegurada a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, bem como o livre exercício de cultos e suas práticas. Com isso, ninguém poderá ser privado de direitos por motivos de crença religiosa ou pela liberdade de manifestação religiosa, seja apenas por sua prática, ou até mesmo pelo ensino de determinada religião.

Tais garantias existem em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada por 58 Estados membros conjunto das Nações Unidas em seu artigo 18 (DUDH):

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Na concepção de alguns doutrinadores, o Estado possui o dever de proteger o pluralismo religioso em seu território, criar condições para um bom exercício de cada religião, cuidar pelo princípio da igualdade religiosa. Tudo isso sem incorporá-lo em sua ideologia.

A liberdade de religião e manifestação é tratada constitucionalmente no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, onde diz que, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.420) “A liberdade religiosa consiste na liberdade para professar a fé em Deus. Por isso não cabe arguir a liberdade religiosa para impedir a demonstração de fé de outrem ou em certos lugares, ainda que públicos”.

Entende-se que não existe liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente se orientar de acordo com posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito de liberdade de crença pressupõe a sua livre manifestação de vontade.

Pode-se dizer, também, que a liberdade de crença assegura aos indivíduos a liberdade de escolha da religião que se deseja praticar, a liberdade para aderir a seita ou denominação, a liberdade para se alterar de religião e, ainda, a liberdade de não seguir nenhuma religião.

A liberdade se tornou o princípio mais importante do Estado moderno, uma vez que tal conceito diferenciou-se de forma radical da antiguidade.

O Estado democrático, defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, que se refere a proibição de censura.

A liberdade na Grécia antiga consistia em exercer, de modo coletivo, o direito a soberania, mas admitiam a submissão completa dos indivíduos à autoridade do todo, enquanto que, para os modernos, os indivíduos são independentes em suas vidas privadas, limitando-se, assim, a soberania do Estado.

Já a liberdade moderna, deve ocorrer de forma que não lese terceiros. Portanto, se a conduta a ser praticada por algum indivíduo, de forma que esteja colocando em prática sua liberdade, não ferir direito de terceiro, tal conduta deve ser respeitada (MILL, 1991).

O estudioso britânico John Stuart Mill, conhecido como “o padrinho da liberdade”, defendia que a liberdade de expressão é uma das garantias mais fundamentais que as pessoas apresentam para se proteger contra os governos.

Apenas com esse direito fundamental assegurado, o direito de dizer e escrever e querer para si, que as pessoas podem diminuir os poderes do governo.

Como dito em todo o decorrer do presente trabalho, a liberdade é considerada resistência a opressão ou à coação da autoridade ou do poder; deve ser entendida como exteriorização do pensamento em seu sentido mais abrangente e não cria grandes problemas quando se refere ao seu sentido interno (o que é importante para cada indivíduo), de forma que coloque em exercício a comunicação, religião, expressão intelectual, artística, científica e cultural.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito deve primar pelo zelo às liberdades, especialmente a liberdade de pensamento e a religiosa. Quanto mais a democracia avança, mais liberdade se ganhará, sendo ela o palco, no qual as liberdades podem se aumentar.

O ser humano se distingue dos outros animais, através da sua racionalidade, ou seja, o que diferencia um homem de um macaco é principalmente os seus pensamentos e raciocínios lógicos. Assim, constata-se que os humanos são importantes para a evolução da civilização. Pode-se dizer, também, que o homem possui essa capacidade desde a sua origem. Dessa maneira, torna-se fundamental a liberdade do pensamento.

O Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, pela proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura (FERREIRA, apud MORAIS, 2010, p.45).

Alguns filósofos negavam a existência da liberdade, afirmando haver uma necessidade, um determinismo absoluto. Assim como havia outros que confirmavam o livre arbítrio, defendiam a liberdade absoluta e negavam a necessidade.

Tais posições colocam o homem fora do processo da natureza. Mas é necessário resolver o problema a partir da consideração de que o homem faz parte dela. Por isso, o homem está sujeito às leis objetivas da necessidade, mas, além disso, ele é também um ser social. De acordo com José Afonso da Silva: “é criador produto da história, e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionados por suas relações sociais com os outros homens” (...) (SILVA, 2007, p. 231).

Com isso, o homem se torna cada vez mais livre conforme aumenta seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a ne-

cessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas.

O estudioso britânico John Stuart Mill, conhecido como “o padrinho da liberdade”, como já mencionado em tópico anterior, defendia que a liberdade de expressão era uma das garantias mais fundamentais que as pessoas apresentavam para se proteger contra os governos tirânicos. É apenas com esse basilar assegurado, o direito de dizer e escrever o que quer sobre seu governo, que as pessoas podem diminuir os poderes do governo a agir de maneira desfavorável ao bem-estar do povo. É por meio de uma imprensa livre que as pessoas podem esperar conseguir um governo correto.

Algumas teorias conceituam a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder, tratando-se de uma visão de liberdade no sentido negativo, pois nega à autoridade. Entretanto, existem, também, teorias que dão à liberdade um sentido positivo, sendo livre quem participa da autoridade ou do poder. Essas teorias possuem o defeito de entenderem a liberdade em função da autoridade. A liberdade é contra o autoritarismo, mas não deve ser contrária ao poder legítimo.

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique outra pessoa, assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esse limite somente a lei poderá determinar. A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. (Declaração de 1789, apud SILVA, 2007, p. 233).

A liberdade de pensamento é o direito de expressar, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, de forma que o homem passe, por exemplo, a transmitir suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.

A liberdade de pensamento que é detentora de muitas maneiras de expressão é resumida pela liberdade de opinião e, por esta razão, a doutrina denomina a liberdade de pensamento como a liberdade primária e origem das demais liberdades. O indivíduo tem a liberdade de escolher a atitude intelectual que vai adotar. Isso abrange pensamentos pessoais, liberdade de pensar e dizer o que se acredita ser verdade.

A liberdade de opinião é exteriorizada por meio do exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 19, dispõe:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteira, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

A liberdade de manifestação de pensamento é um aspecto externo da liberdade de opinião. Essa manifestação pode se realizar entre pessoas presentes ou ausentes. Na primeira hipótese, tem a possibilidade de se realizar um diálogo, uma conversação de pessoas que pode se realizar através de palestras, aulas e seminários. No segundo caso, há uma comunicação feita através de jornais, revistas e livros.

Em razão da liberdade de o ser humano poder externar sua opinião de qualquer forma, com relação a cultura, religião, política etc. Entendo que a liberdade de pensamento pode ser considerada como um pressuposto para a liberdade religiosa.

O exercício do direito fundamental a liberdade de crença religiosa, poderá, eventualmente, colidir com outro direito fundamental.

A análise das colisões de normas constitucionais é relativamente recente no direito contemporâneo, uma vez que a diversidade e complexidade das sociedades levaram à Constituição Federal, valores, interesses e costumes diversos, o que faz com que tais normas entrem em conflito.

Existem três tipos de colisão de normas constitucionais, quais sejam:

Colisão entre princípios constitucionais;

Colisão entre direitos fundamentais;

Colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

A colisão do item (i) decorre da existência de diversas normas e valores divergentes, até mesmo em razão da diversidade de costumes e culturas existentes no país.

Não existe hierarquia entre os referidos princípios, o que faz com que o conflito que exista entre eles, seja resolvido diante da luz de cada caso concreto.

A repetição de colisões deste tipo, apenas revela que os valores existentes na Constituição não são absolutos e devem coexistir.

A colisão entre direitos fundamentais, qual seja, o principal tema abordado neste item, não deixa de ser, de certa maneira, uma particularização dos conflitos sobreditos. De certa forma, os princípios possuem o mesmo modo de aplicação dos direitos fundamentais.

O referido conflito entre direitos fundamentais possui diversas jurisprudências do Tribunal Constitucional Federal alemão e é, crescentemente, objeto de debate doutrinário no Brasil.

Dentre os conflitos de direitos fundamentais, podem ser citados alguns exemplos como, o conflito entre a liberdade de religião, em conflito com o direito à privacidade, em razão de, por exemplo, determinada pessoa pregar, em aparelho de microfonia, hinos e passagens bíblicas, de forma a atrapalhar os moradores próximos ao local. Outro exemplo que pode ser citado é a liberdade de expressão em conflito com o direito à própria honra e imagem, de pessoa que fez topless em uma praia e teve uma foto desse momento publicada, sem sua autorização.

Por fim, a colisão referida no item (iii), são direitos voltados para a proteção do interesse da coletividade.

Entre as três formas de conflitos anteriormente descritos, existem características em comum, quais sejam: a insuficiência dos critérios tradicionais de solução; a inadequação do método subsuntivo para a formulação de norma concreta que poderia decidir as controvérsias e a necessidade de ponderação para encontrar um resultado constitucionalmente correto (BARROSO, 2015).

A ponderação é uma técnica indispensável para que uma solução adequada seja encontrada nos casos de conflito entre direitos fundamentais. Técnica a qual coloca as duas normas, os dois direitos em conflito, como se estivessem uma “tela”, a fim de visualizar qual acaba se sobressaindo.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE LIMITES À LIBERDADE CRENÇA

A liberdade religiosa possui algumas restrições como direito fundamental. Assim, é necessário observar os parâmetros que elas devem seguir, pois,

para que uma lei possa restringir a liberdade religiosa de qualquer grupo, principalmente de uma minoria; deve-se respeitar tais direitos, para não diminuir o gozo total do direito.

De acordo com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, são três os parâmetros que podem limitar ou restringir um direito fundamental, conforme se pode verificar:

A compreensão da problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias exige uma sistemática de limites, isto é, análise dos tipos de restrições eventualmente existentes. Aqui vai pressupor-se a seguinte tipologia: (1) restrições constitucionais diretas ou imediatas = restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva); (3) limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos).

Segundo Gilmar Mendes, as restrições aos direitos fundamentais possuem três parâmetros, quais sejam: a reserva legal simples, a reserva legal qualificada e os limites imanentes.

A reserva legal simples se encontra quando o constituinte permite que o legislador produza intervenções no âmbito de proteção do direito fundamental. Assim, diante de normas densas de significado fundamental, o constituinte defere ao legislador atribuições de significado instrumental, procedimental ou criador do direito.

Quanto à reserva legal anteriormente mencionada, a Constituição não se limita a impor apenas que eventual restrição no âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Por último, existem os direitos fundamentais sem expressa previsão na reserva legal. Para tais direitos, a restrição que eventualmente pode existir se baseia nos limites intrínsecos.

Dessa forma, verifica-se que os limites inerentes são parâmetros de restrição complexos, pois, se não efetuados de forma criteriosa, podem servir para restringir direitos fundamentais de forma aleatória. Esses limites se embasam na possibilidade da restrição de um direito fundamental somente com base em limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

As restrições não estão expressas na Constituição Federal de forma literal, mas devem ser observadas para que não haja caos social, ou para que o direito não seja usado como provedor de arbitrariedades. Os limites intrínsecos atuam de forma a organizar os direitos, efetivando-os da melhor forma dentro do ordenamento.

Com o passar do tempo e devido a intensa procura por métodos alternativos, surgiram procedimentos eficientes que beneficiaram os fiéis, consequentemente, isso revolucionou a medicina em razão da não utilização do sangue.

Quanto aos riscos sofridos pelos indivíduos a passarem por tais procedimentos novos, estes são rebatidos por muitos especialistas que defendem que a não utilização de sangue torna a recuperação do paciente mais rápida do que quando o enfermo recebe transfusão sanguínea.

O argumento das pessoas que seguem a religião de testemunha de Jeová, é o de que, por diversas vezes, a bíblia diz que a alma (a vida que uma pessoa ou animal possui) está no sangue, o qual está intimamente envolvido nos processos vitais. Em Levíticos 17:11 está explícito: “ A alma da carne está no sangue, e eu mesmo o pus para vós sobre o altar para fazer a expiação pelas vossas almas, porque é o sangue que faz a expiação pela alma nele.”

Com o passar do tempo, houve inúmeros avanços na medicina em relação ao tratamento sem sangue, na maioria das vezes tais avanços ocorreram em prol das testemunhas de Jeová, e hoje, são utilizados em pessoas que não querem se submeter ao risco de serem, por exemplo, contaminadas por doenças transmitidas pelo sangue, ou desencadear reações do sistema imunológico ou sofrerem com erro humano.

É comum, atualmente, a realização de procedimentos cirúrgicos complexos como operações cardíacas, cirurgias ortopédicas e transplante de órgãos sem o uso da transfusão de sangue. Pessoas que se submetem a este tipo de procedimento se recuperam, tão bem ou até melhor do que aqueles que aceitam a transfusão, sendo assim, incerto alegar que ao negar a transfusão de sangue o paciente virá a óbito ou, se aceitar, irão sobreviver.

Para os religiosos e crentes na religião de testemunha de Jeová, a questão do sangue é bíblica, pois acreditam que Deus entende melhor o funcionamento do corpo humano e, portanto, sabe o que é melhor para as pessoas.

Considerando que os valores pessoais das pessoas devem ser respeitados e tidos como limite para a atuação do Estado, assim como a existência de

procedimentos novos que não utilizam sangue, a possibilidade de recusa de transfusão de sangue é alta.

Embora exista discussão bastante complexa com relação a recusa de transfusão de sangue, podendo até mesmo que o médico competente seja responsabilizado pelo óbito do indivíduo, nos casos em que o paciente puder externar sua vontade contra a transfusão de sangue, esta deverá ser respeitada, diante de toda argumentação de liberdade e limitação do Estado nas atitudes dos homens. Lembrando que todos os indivíduos são livres para realizar qualquer ato, desde que não prejudique terceiro.

Entretanto, nos casos em que se tratar de pessoa incapaz ou inconsciente, os pais ou responsáveis não poderão responder pelo paciente, em razão de, neste caso, o Estado ser responsável por garantir a vida do incapaz, até que este possa exercer seus direitos individuais conscientemente, incluindo o direito à liberdade religiosa.

Além disso, o Código Civil dispõe que ninguém pode ser forçado a se submeter a tratamento ou intervenção cirúrgica, assim como o Código de ética Médica, Resolução n.º 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina.

Diante da aparente colisão entre o direito a liberdade de crença, será necessário a utilização da ponderação de valores para se encontrar a solução adequada constitucionalmente ao caso concreto.

Em um primeiro instante, é necessário se verificar se há realmente, a efetividade de uma colisão de normas e princípios positivados na Constituição Federal, seja de forma direta ou indireta.

Deve-se dar início ao controle da proporcionalidade quando o fim que se deseja possui legitimidade constitucional.

Depois, é necessário descrever as situações e problemas do caso em discussão. Assim, o primeiro e o segundo requisito para a ponderação de direitos devem ser analisados antes da aplicação do princípio da proporcionalidade.

De forma sucessiva, procede-se aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade, observando a inter-relação entre os direitos fundamentais em conflito.

Analisando o caso concreto de colisão entre o direito à vida e a liberdade de crença, é possível verificar que há apenas dois meios de solucionar este problema: (i) obrigar o paciente a realizar transfusão de sangue ou, (ii) respeitar sua vontade de não aceitar tal procedimento. O primeiro meiooo apresentado

privilegia o direito à vida, já o segundo sobre o direito a liberdade de crença.

Apenas através do princípio da proporcionalidade poderá se determinar qual dos direitos tratados ao longo do presente trabalho deverá prevalecer.

Diante de todo o apresentado anteriormente, é possível concluir que o direito a ser protegido, principalmente, é o direito a uma vida digna, em que o Estado possui atuação mínima.

Embora o direito à vida seja considerado o direito fundamental mais importante garantido na Constituição Federal, entende-se, através de todo o trabalho redigido, que não vale de nada estar vivo e não se sentir digno.

Caso a liberdade religiosa seja colocada em segundo plano para que o direito à vida prevaleça, é possível que o indivíduo envolvido sinta que teve seus direitos feridos e, em razão disso se sinta indigno.

Com relação ao presente conflito de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida e a liberdade de crença, o Supremo Tribunal Federal ainda deve decidir, neste ano, se o exercício da liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. A questão será analisada em Recurso Extraordinário (RE) 979742.

Quanto ao posicionamento com relação ao conflito, o ministro do STF Luís Roberto Barroso, em parecer chamado “Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas”, se manifestou no sentido de que liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicas do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade, A recusa a se submeter a procedimento médico por motivo de crença religiosa, se da como manifestação de autonomia de cada indivíduo, autonomia esta derivada da dignidade da pessoa humana.

No mesmo parecer, o ministro afirma que a transfusão compulsória violaria o direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira.

Entretanto, embora a manifestação do ministro Barroso tenha sido em favor da liberdade de crença, ainda existe muita divergência com relação ao presente conflito de direitos fundamentais e a jurisprudência tem decidido que o direito à vida se sobrepõe à liberdade de crença. Isso com base no entendimento de que as convicções religiosas não podem prevalecer perante o bem maior que é a vida.

Com isso, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais levam as seguintes conclusões: (i) não sendo possível qualquer outro tratamento alternativo em razão de iminente perigo de morte, a transfusão de sangue deverá ser realizada caso o médico responsável ache necessário. (ii) se ausente o perigo iminente de morte, prevalece a vontade do paciente ou responsável legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à vida e a liberdade de crença e as possibilidades de recusa da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, questão que, há muito tempo, vêm sendo discutida, pois os profissionais da saúde se veem de mãos atadas ao se depararem com paciente em estado grave que acaba recusando um procedimento de transfusão de sangue. Assim como os indivíduos adeptos a religião sobredita quando tal direito é desrespeitado.

Nestes casos, a jurisprudência tem efetuado a utilização da ponderação de valores, quais desses direitos devem prevalecer? A vida, ou a liberdade de crença e, conseqüentemente, a dignidade do indivíduo que, talvez, por motivo diverso, tenha esse direito ferido?

Referidos direitos estão previstos na Constituição Federal e possuem mesmo nível de hierarquia; são direitos que precisam “caminhar” juntos para se obter uma vida digna.

Embora existam pensamentos de que não há que se falar em dignidade sem vida na presente discussão, é necessário analisar se a pessoa que possui sua liberdade de crença e, como analisado, também de pensamento feridas, possuirá uma vida digna após realizado o procedimento de transfusão de sangue.

Essa discussão sempre acontecerá enquanto a terapia transfusional for necessária, já que os demais meios não podem ser realizados em 100% dos casos, seja por impossibilidade econômica, seja por falta dos equipamentos necessários, ou até mesmo pelo risco da demora existente em procedimentos diversos à transfusão sanguínea.

Embora exista o risco iminente de morte em grande parte dos indivíduos que necessitam da realização do procedimento de transfusão de sangue e, caso a morte venha ocorrer, não há mais que se falar em liberdade de pensamento

e crença religiosa, tais direitos são básicos do indivíduo e sua escolha deve ser respeitada pelo Estado.

A recusa de se submeter a procedimento médico por motivo de crença religiosa, se dá como manifestação de autonomia de cada indivíduo, autonomia esta que, por sinal, deriva da dignidade da pessoa humana.

Eventual desrespeito a escolha da vítima, assim como de seu direito de fazer e escolher o que quer para si, sem constranger a outrem, violaria o direito à saúde, ou do direito à vida digna, um dos fundamentos da República brasileira.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Curso de Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa da República do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. *Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009*. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 17/08/2018

FARIA José Eduardo. *Direito e Justiça: A função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1996.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. *O direito ao lazer*. São Paulo: Porto de Ideias, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Constitucional Esquematizado*, 20ª Edição, São Paulo, Ed Saraiva, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução e prefácio Alberto Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do Pensamento Político; v. 22).

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Ordem Social. In: MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Princípia Editora, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito constitucional*. 3ª ed São Paulo: Atlas, 2000.

PICCININI, Taís Amorim de Andrade. *Manual Prático de Direito Eclesiástico*. Vila Velha/Es: Editora Direito Eclesiástico, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª. Ed. Revista e Atualizada, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.