



Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A TRANSFUSÃO DE SANGUE PARA OS SEGUIDORES E NÃO SEGUIDORES DA RELIGIÃO TESTEMUNHAS DE JEOVÁ NO BRASIL

Ana Luiza Sousa Rodrigues
Maria Clara P. C. Ferreira
Maria Laura Aragão Bonfim
Prof: Pablo Zuniga

RESUMO

Diante da permanente discussão acerca do conflito existente entre seguidores e não seguidores da religião Testemunhas de Jeová no Brasil no que diz respeito à necessidade de transfusão de sangue para pacientes, busca-se mostrar como a aplicação do princípio da ponderação pode solucionar ou, pelo menos, mediar tal conflito principiológico, visto que tanto a liberdade de religião quanto o direito à vida são plenamente assegurados pela Constituição Federal Brasileira.

Palavras-chave: Princípio da Ponderação. Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Direitos Fundamentais. Liberdade de Religião. Direito à Vida.

1 INTRODUÇÃO

Alvos de diversas críticas por pregarem a proibição da transfusão de sangue sob qualquer circunstância, os seguidores da religião Testemunhas de Jeová alegam que tal ato é proibido pelas leis divinas. O caso é discutido por vários profissionais, tanto da área da saúde quanto do Direito, pois há um conflito entre os princípios dos que defendem interesses dos seguidores da religião e daqueles que argumentam pelo direito à vida.

Limitados diante de tal situação, os profissionais da saúde se veem acuados por carregarem o dever legal de salvaguardar o direito, *prima facie*, mais essencial do ser humano: o direito à vida. Juristas, por sua vez, visando diminuir tal conflito entre direitos fundamentais que o tema proporciona, apelam para a utilização de outros meios que possam ajudar a encontrar uma solução para o problema. Diante do exposto, pergunta-se: É possível que o princípio da ponderação auxilie de maneira equilibrada o conflito entre médicos e fiéis?

A sociedade, ora e vez, é abordada para opinar em casos que atraem os olhos de vários estudiosos, religiosos e pessoas de vários cantos do mundo, pois as soluções parecem sempre conflituosas. Acerca do direito à vida, existem diversas discussões éticas, biológicas, sociais e jurídicas em se tratando da violação desse direito. Por sua vez, a questão da transfusão de sangue em prol da saúde de pacientes, é negada aos membros do grupo religioso Testemunhas de Jeová, que pregam ser um ato pecaminoso tendo em vista que o indivíduo “perde sua essência” aos olhos de Deus. Em caso de ausência de métodos recorrentes, é preferível que a vida seja perdida, uma vez que, acredita-se que esta será recompensada com o paraíso.

Essa questão desperta reações negativas, pois acredita-se que tudo deve ser feito visando o bem-estar do paciente em questão. O maior problema decorre do modo que cada um interpreta aquilo que é estabelecido por determinada ordem, nesse caso o artigo 5º, que trata do direito à vida, e os incisos VI, VII e VIII, que tratam da liberdade de crença. (CASTILHO; REZENDE, 2013)

O interesse inicial para esta pesquisa foi o entendimento que, à luz do princípio da ponderação, pode-se chegar a uma solução do conflito entre o direito à vida e a liberdade de crença, presentes nesse caso. O estudo tem como objetivo geral verificar se esse princípio pode ser, de fato, uma forma de mediar tal conflito e se chegar a uma solução para o problema e, como objetivos específicos, descrever o princípio da ponderação e sua aplicação em casos concretos, discorrer acerca da aparente colisão entre direitos fundamentais na situação em tela e analisar como a ponderação pode ser uma solução para o conflito.

A pesquisa classifica-se quanto aos objetivos em exploratória e quanto aos procedimentos em bibliográfica (GIL, 2010). Foram utilizadas as bases de dados Scielo e Google Acadêmico durante o período de 1997 a 2015, além de livros, entrevistas e artigos relacionados ao tema em blogs e sites em geral.

2 O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO

Devido à carga valorativa presente em nossa Constituição, os direitos e garantias fundamentais, cuja proteção foi destacada pelo Constituinte de 1988, têm as mesmas características dos princípios, na medida em que atuam como uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Os princípios são valores fundamentais que tem como finalidade a criação e manutenção do sistema constitucional, ou seja, são normas dentro

do sistema que exercem diferentes dimensões: interpretativa, fundamentadora, integrativa, dentre outras. (ALEXY, 2011)

Dentre os princípios que norteiam o Direito Constitucional, o Princípio da Ponderação ou da Proporcionalidade, está se tornando cada vez mais relevante. Tal princípio é utilizado, em linhas gerais, para a solução de conflitos de direitos fundamentais, atuando através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

A ponderação é um dos mais relevantes princípios consagrados pelo pós-positivismo, considerado o axioma do Direito Constitucional, pois exerce papel primordial na proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto normas plurais, cujos princípios entram em conflito a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes conflitos é a utilização da proporcionalidade. (ALEXY, 2011)

Sabe-se que uma das características dos direitos fundamentais é o seu aspecto de não ser absoluto e ilimitado; podendo, por isso, ocorrer colisões ou relativas contradições entre tais direitos. Desta forma, imperiosa será a utilização do princípio da proporcionalidade para uma necessária ponderação entre os mesmos perante o caso concreto. Atualmente, esse é um princípio com status constitucional que busca ponderar direitos fundamentais que se conflitam através da devida adequação dos mesmos, ao caso concreto com o binômio meio-fim. (BARROS, 2000)

3 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SITUAÇÃO EM TELA

Aqueles que defendem a recusa à transfusão de sangue para seguidores da religião Testemunha de Jeová recorrem à Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso VI, que dispõe ser inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado a qualquer cidadão o direito a cultos religiosos e garantido por lei, os locais de cultos e suas orações. Ainda, no mesmo artigo, inciso VIII, preceitua-se que nenhum indivíduo será privado de seus direitos por motivos de crença religiosa, filosófica ou política, salvo se utilizá-las para não cumprir com obrigações legais impostas a todos ou mesmo se deixar de cumprir alguma prestação alternativa, imposta pela lei.

Segundo Ana Carolina Leme (2004), a ideia de direito fundamental à liberdade, em ampla concepção, abrange também direitos fundamentais a liberdades específicas, como por exemplo, a liberdade de religião. Nessa lógica a mesma aduz que,

a garantia de liberdade, no aspecto da religião, consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa e não se esgota no plano da crença individual, meramente subjetiva, de foro íntimo, mas abarca a prática religiosa, também denominada de liberdade de culto. (LEME, 2004, p. 01).

Por outro lado, existem doutrinadores que vão contra a recusa da transfusão de sangue por motivos de crenças religiosas, afinal o direito à vida biológica é algo indisponível e irrenunciável, independente de qualquer outra coisa, já que ela é a base da existência de todos os demais direitos. Segundo Moraes (2005), o direito à vida é o direito mais primordial, consistindo em pré-requisito para a existência de todos os outros.

Nesse interim, para José Afonso da Silva (2005), a vida é a fonte primeira de todos os demais bens jurídicos. E por ser um direito, e não uma simples liberdade, não se disponibiliza a opção de viver ou não viver e, enquanto os poderes públicos protegerem esse bem vital, a vida continuará sendo preservada independente da vontade do seu titular. Assim, em casos em que o direito à vida fica à mercê da vontade de não viver, ou em que tal direito seja agredido, o Estado deverá defendê-lo, mesmo que para isso seja necessário atingir a liberdade ou até mesmo outros direitos fundamentais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009)

Além do mais, o próprio Código Penal Brasileiro, em seu artigo 146, § 3º, inciso I, descreve que, se justificada por iminente perigo, não se torna delito o constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, que não tenha o consentimento do paciente. Assim, se o paciente estiver em perigo iminente ou estado de urgência, ou se for menor de idade o paciente, o médico deverá atendê-lo. Assim, utilizando a ponderação quanto aos interesses em jogo, jamais o direito à vida poderá ser sobrepujado pela liberdade de crença, pois a Constituição não apoia atos que vão de confronto com a vida. (LENZA, 2009)

Quanto à postura do médico mediante casos de seguidores da religião que precisam da transfusão de sangue para sobreviver, o mesmo deverá dar toda assistência, sob pena de omissão de socorro, descrito no artigo 135 do Código Penal Brasileiro. Dessa forma, fica claro que este conflito abrange bens jurídicos fundamentais elencados na Constituição: o direito à vida biológica e à liberdade de crença. Isso evidencia que não existe hierarquia entre esses direitos fundamentais, nenhum é ou pode ser considerado mais fundamental que o outro, assim, dependendo do caso concreto se conseguirá solucionar tal conflito.

3.1 A dignidade da pessoa humana

Como já dito, o direito à vida biológica é inerente ao ser humano e sua inserção na Constituição Brasileira denota o objetivo do Estado de garantir ao indivíduo a preservação

desta. Entretanto, ainda que revestido de relevância jurídica, o direito à vida não possui caráter absoluto, devendo este ser considerado ao lado de outros direitos constitucionais. Nesse contexto, surge a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e um meio de limitar qualquer interferência a outros direitos fundamentais. Desse princípio emanam o respeito à integridade física, psíquica e intelectual, além das condições mínimas de liberdade e igualdade, cuja violação de qualquer desses pressupostos significa a infringência do próprio conceito de vida digna.

Assim, seguindo essa corrente, a recusa do seguidor da religião Testemunha de Jeová seria lícita, pois a ele deve ser assegurado o direito à vida digna, já que ao receber o sangue de alguém, mesmo em situação de risco de morte, esse religioso seria considerado impuro e sua “vida” já não teria valor dentro de sua comunidade. Porém, mesmo de acordo com essa corrente, para o menor de idade Testemunha de Jeová, não seria possível a recusa no recebimento de transfusão sanguínea, visto que o mesmo ainda não teria a compreensão e o discernimento necessários para se orientar acerca de suas escolhas, mesmo estando seus responsáveis convictos delas. (KFOURI NETO, 2001)

Cabe ressaltar ainda que, tendo em vista que os seres humanos são seres mutáveis, principalmente no que diz respeito às suas crenças, e se utilizando dos argumentos citados, alguns juristas e doutrinadores entendem que de nada vale uma dignidade sem vida, estando, portanto, o direito à vida em posição de superioridade no caso em tela. Como demonstrado, a transfusão sanguínea para pacientes seguidores da religião Testemunhas de Jeová é um acaso de difícil solução que alimenta divergências de opiniões e que exige do intérprete muito cuidado ao verificar todos os elementos presentes no caso concreto para tomar sua decisão.

4 A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA

Observa-se que no caso dos seguidores da religião Testemunhas de Jeová, no que diz respeito à casos de transfusão de sangue, há uma colisão de direitos fundamentais, que trazem consigo situações diferentes, portanto, somente no caso concreto o aplicador do direito poderá solucionar tal conflito, através do princípio da ponderação, sopesando cada argumento, trazendo a luz seus prós e seus contras, e buscando preservar o máximo de cada lado, mas sendo isso na medida do possível. (BARROSO, 2006)

A ponderação, segundo Barroso (2006), consiste num instrumento de decisão judicial a ser aplicado em casos difíceis, principalmente, naqueles que a subsunção de um direito fundamental não foi suficiente para solucionar o conflito, ainda mais quando o caso se

dá entre dois grandes direitos fundamentais de mesma hierarquia que geram soluções distintas. Ademais, segundo Paulo Bonavides (2006), em certas circunstâncias, um princípio deve ceder ao outro, pois para cada caso concreto, há um peso diferente, e o princípio de maior peso é o que prepondera.

Além disso, Barroso (2006) associa as noções de balanceamento de interesses, valores, bens ou normas ao próprio princípio da ponderação. Segundo esse autor, o procedimento para a aplicação desse princípio se dá através de três etapas, em que a primeira seria a identificação das normas aplicáveis ao caso, na segunda etapa seria feita a análise e compreensão dos fatos, e por fim, seria a aplicação geral de pesos, onde possibilitaria uma conclusão.

Portanto, para solucionar tal conflito sobre a recusa das transfusões de sangue por parte dos seguidores das Testemunhas de Jeová, o operador do direito, interpretará o caso e utilizará a técnica da ponderação sob a luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (considerados equivalentes), já descritos anteriormente, que consiste na adequação, saber se a medida a ser tomada atingirá o fim desejado; necessidade, verificar se tal medida é a menos gravosa para alcançar o fim; e por último a proporcionalidade, que é estudar as vantagens e desvantagens, e se a primeira supera a última, respectivamente.

4.1 A visão dos Tribunais Brasileiros

São raras as decisões jurisprudenciais que abordam especificamente a matéria em questão. Porém, algumas visões representam melhor o entendimento da situação. Um exemplo disso é o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo desembargador Sérgio Gisckow Pereira que aborda o assunto da seguinte maneira:

CAUTELAR. TRANSFUSAO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVA. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica, deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art-146, §3º, I, do Código Penal). [...] O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade.

Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.[...] Abrir mão de direitos fundamentais, em nome de tradições, culturas, religiões, costumes, é, queiram ou não, preparar caminho para a relativização daqueles direitos e para que venham a ser desrespeitados por outras fundamentações, inclusive políticas. [...]

Por fim, cabe ressaltar que a jurisprudência brasileira consultada não registra demandas indenizatórias que condenem médicos à reparação civil por ter procedido a transfusões de sangue contra a vontade de um paciente ou de seu responsável legal. Sendo assim, é pacífico que, uma vez comprovado efetivo perigo para o paciente, não comete delito o médico que ministre transfusão sanguínea, mesmo contrariando a vontade expressa dos responsáveis pela vítima. (KFOURI NETO apud LEME, 2005)

5 CONCLUSÃO

A liberdade é um dos requisitos fundamentais para que se tenha um Estado democrático e social. Para tanto, a autonomia individual deve ser respeitada, assim como o direito de consciência e de crença, incluindo qualquer manifestação e prática religiosa, dando valor a seus dogmas em todas as circunstâncias da vida.

O ordenamento brasileiro, porém, não tem na liberdade religiosa um direito fundamental absoluto. Por esse motivo, diante dessa aparente colisão de direitos fundamentais, faz-se necessária uma ponderação dos valores envolvidos, optando pelo direito que melhor assegure a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BRASIL. Código Penal. (1916)

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTILHO, Lucas Valério de; REZENDE, Laura Ferreira de. **O conflito de princípios constitucionais e os seguidores da religião testemunhas de Jeová**. Teresina, ano 18, n. 3648, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24791>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4.ed. São Paulo: RT, 2001.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>> Acesso em: 07 mai. 2015.

LENZA, Pedro. **Liberdade Religiosa- Laicidade do Estado - Radicalismos e Preconceitos – Limites – Razobalidade**. Jornal Carta Forense. Abril/2009. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3852>>. Acesso em: 08 mai. 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005