

COLISÃO DE PRINCÍPIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UM ESTUDO DE CASO

FÁBIO CAMPÊLO CONRADO DE HOLANDA

Advogado e Professor da UFC

Mestrando em Direito (UFC)

SUMÁRIO: Intróito. O sangue e a bíblia. Os problemas atinentes às transfusões “tradicionais” de sangue. O alcance do poder familiar no deliberar cirúrgico. O Código de Ética Médica e os Conselhos de Medicina. O Estatuto da Criança e do Adolescente. O advento do Biodireito com lastro na dignidade da pessoa humana. O Princípio da Proporcionalidade. Conclusão. Bibliografia.

INTRÓITO

Louvável é, por certo, o propósito do Ministério da Educação e Cultura de melhor preparar os que perseguem a formação jurídica a fim de despertar e aguçar o interesse do aluno e sua atividade em consonância com o espírito universitário, levando o mesmo a ampliar a gama de conhecimentos noutras áreas, e propiciando, com isso, o surgimento de obras específicas de monografias jurídicas, o que concorre para o que se chamava, nas universidades medievais, de *universitas studiorum*.

Ao se perquirir os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, uma plethora de questões podem dali ser suscitadas, sendo muitas dessas polêmicas inerentes ao cotejo dos diversos princípios albergados em seu bojo, notadamente no que tange aos direitos fundamentais.

Dentre as muitas controvérsias extraídas de seu 5º artigo, certamente aquela respeitante à inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, acostada em seu inciso VI e parte do objeto da presente explanação, suscita, contemporaneamente, ávidas discussões, dado o caráter transdisciplinar que encerra, fugindo-se às estéreis departamentalizações das pesquisas científicas tradicionais e reclamando a miscigenação de conhecimentos religiosos, jurídicos, médicos e filosóficos para uma satisfatória compreensão do assunto.

A crença religiosa é um direito humano fundamental, reconhecido constitucionalmente, identificando-se como uma convicção pessoal que influencia diretamente a vida do crente.

A adesão de uma pessoa a uma religião revela não uma preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade transcendente e superior a todas as outras, acarretando comportamentos que estabelecem liames entre o homem e Deus.

A Constituição Federal de 1967/69, outorgada no regime militar, não previa a liberdade de crença em si, mas apenas a liberdade de consciência e, na mesma provisão, assegurava aos crentes o exercício dos cultos religiosos - art. 153, §5º. A moderna ordem constitucional, no entanto, pontifica ser “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 a suas liturgias”.

Impende se ratifique, pelo menos em regra, estar assegurado às Testemunhas de Jeová o direito constitucional de pugnar pela defesa de sua fé e dos paradigmas que a estruturam.

Diz-se estar assegurada “em regra” a garantia constitucional da liberdade de crença às Testemunhas de Jeová, pois, em deferência à unidade axiológica da Constituição (comentada no decorrer da presente monografia), não se pode estender a aplicação de determinado princípio em termos absolutos, haja vista

a prevalência de um sobre o outro (que não se exclui) no caso concreto, tudo sob a égide do princípio da proporcionalidade, garante da consonância dos valores albergados na Constituição.

A materialização de aludido sopesamento, *in casu*, ocorre quando é comprovada a necessidade médica de se proceder à transfusão de sangue tradicional em paciente Testemunha de Jeová que, não obstante, defende a prerrogativa de se eximir de referida intervenção cirúrgica, incompatível com os ditames religiosos dos quais é devoto. Surge, assim, um suposto embate entre os princípios constitucionais fundamentais da liberdade de crença e o do resguardo à vida.

O enfoque em trato é ainda mais evidenciado quando se atribui ao paciente o *status* pueril, trazendo à tona questões ínsitas aos institutos civilistas do poder familiar e da incapacidade civil. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 2º, considera criança, “a pessoa até doze anos de idade incompletos”.

Delicado e despido de quaisquer resoluções taxativas, se afigura o pretense desate da questão, identificado, a mais não poder, com a tendência de transdisciplinariedade da ciência moderna.

A Declaração de Veneza, diga-se no azo, datada de 07 de março de 1986, e elaborada por auspiciosa iniciativa da Unesco trouxe, por intermédio de seus participantes, no final do colóquio “a ciência face aos confins do conhecimento”, os seguintes pontos:

2) *O conhecimento científico, por seu próprio movimento interno, chegou aos confins, onde pode começar o diálogo com outras formas de conhecimento. Neste sentido, reconhecendo as diferenças fundamentais entre a ciência e a Tradição, constatamos não a sua oposição, mas a sua*

*complementaridade. 3) Recusando qualquer projeto globalizador, qualquer sistema fechado de pensamento, qualquer nova utopia, reconhecemos, ao mesmo tempo, a urgência de uma pesquisa verdadeiramente transdisciplinar em intercâmbio dinâmico entre as ciências 'exatas', as ciências 'humanas', a arte e a Tradição. De certa forma, esta abordagem transdisciplinar está inscrita em nosso próprio cérebro, através da interação dinâmica entre seus dois hemisférios. O estudo conjunto da natureza e do imaginário, do universo e do homem poderia, assim, melhor aproximar-nos do real e permitir-nos enfrentar melhor os diferentes desafios de nossa época.*¹

Diante do exposto, é de se ressaltar a viabilidade da proposta de discussão do tema em tablado, cujo debate se fundamenta no cotejo entre a fundamentação religiosa das Testemunhas de Jeová (no que tange à abstenção da prática de transfusões de sangue, tidas como tradicionais) e dos que não corroboram essa tese, refutando-a.

Consiste, pois, a transdisciplinaridade, num dos principais mecanismos a serem utilizados na compreensão do objetivo a ser estudado na presente monografia, que é o de situar a fé das Testemunhas de Jeová, especialmente em face de suas crianças, na moldura normativa do ordenamento jurídico pátrio.

O SANGUE E A BÍBLIA

Em que pese a importância da definição que os manuais de biologia dispensam ao sangue, qual seja, a de ser o líquido através do qual no organismo, se transportam as substâncias necessárias às células e aos detritos destas, intermediando as correlações glandulares e transportando os diferentes hormônios; tal não é, nem de longe, para as Testemunhas de Jeová, o entendimento mais relevante sobre o amplo conceito que têm sobre o sangue.

A condição sagrada que atribuem-lhe, é extraída de determinados trechos bíblicos. Veja-se pois:

*“Tudo que vive e se move nos servirá de comida ... Contudo, não deveis comer carne com vida, isto é, com sangue.”*²

*“Pedirei contas de nosso sangue que é vossa vida”*³

*“Deus então explicou o que um caçador devia fazer com um animal morto: Ele deve derramar o seu sangue e cobri-lo de terra ... Não deveis tomar o sangue de carne alguma, pois a vida de toda carne é o sangue.”*⁴

*“a alma da carne está no sangue”*⁵

*“Não o deves comer [o sangue]. Derrama-o na terra, como água. Não o comas, para seres feliz com teus filhos, fazendo o que é reto.”*⁶

Indelévels são as passagens bíblicas susofocadas, constituindo-se como valioso manancial utilizado pelas Testemunhas de Jeová com o fito de sedimentar o reproche às transfusões de sangue tradicionais, procedimento médico que refutam, lhes identificando como afrontoso aos pilares de sua doutrina religiosa.

O professor de anatomia da Universidade de Copenhague (Dinamarca), Thomas Bartholin (1616-80), sobre o tema foi enfático, emitindo polêmico parecer, chegando às raias de comparar os que se utilizam de sangue humano em cirurgias com a prática da antropofagia⁷ :

Os que introduzem o sangue humano como remédio de uso interno para doenças, parecem es-

tar abusando dele e pecando gravemente. Os canibais são condenados. Então por que não abominamos os que mancham sua goela com sangue humano? ⁸

Abdicar do procedimento cirúrgico à base de sangue puro, quando não existe o iminente risco de vida para o paciente, podendo o mesmo se socorrer de métodos alternativos seguros, é atitude remansosa, longe de suscitar a celeuma em trato. Entretanto, no limiar entre a vida e a morte, quando a derradeira opção é o uso do sangue, inúmeras dúvidas advêm quanto a manutenção deste pensar.

Em visita aos salões de cultos religiosos das Testemunhas de Jeová, obtive o autor uma cartilha onde se discute a nuance em trato e onde, coerentemente, se é mantida a posição de fé das Testemunhas de Jeová, professando-se que: “contrário ao raciocínio de muitos hoje, a lei de Deus sobre o sangue não deveria ser desconsiderada numa situação de emergência” ⁹

Entendem as Testemunhas de Jeová que a recusa da intervenção cirúrgica à base de sangue não é uma questão de escolher “como morrer”, mas, ao revés, é uma questão de escolher “como viver”.

OS PROBLEMAS ATINENTES ÀS TRANSFUSÕES “TRADICIONAIS” DE SANGUE

Aviltando-se depois da Segunda Grande Guerra, os avanços na medicina tornaram possíveis uma gama de cirurgias, antes inimagináveis. Como corolário desse momento histórico, aflorou a milionária e generalizada indústria do uso de sangue para fins de transfusão (procedimento considerado *standard* na medicina). Concomitantemente, entretanto, preocupações várias surgiram com as doenças relacionadas ao sangue.

A título ilustrativo, durante a Guerra das Coréias, cerca de 22% (vinte e dois por cento) dos que receberam transfusões de plasma contraíram hepatite (espécie de inflamação no fígado), quase 3 (três) vezes mais do que apontavam as estatísticas na Segunda Guerra Mundial.

Por volta dos anos 70, os Centros de Controle de Doenças, nos Estados Unidos, calcularam que anualmente ocorriam 3.500 (três mil e quinhentas) mortes por hepatite, relacionadas com as transfusões à base de sangue (houve quem chegasse a falar em cifras 10 vezes maiores).

Nos anos 80, descobriu-se que o sangue poderia ser contaminado pelo vírus HIV (à época chamado de “peste gay”), ainda sem cura. Em vários países, ressaltou-se, existiram escândalos relacionados à contaminação de sangue com o vírus da AIDS (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida), calculando-se que na França, de 6.000 a 8.000 pessoas receberam transfusões entre 1982 e 1985, infectando-se com citada mazela.

Estatisticamente, considera-se que as transfusões de sangue são responsáveis por 10% (dez por cento) das infecções por HIV na África, e por 40% (quarenta por cento) no Paquistão, deflagrando, em perspectiva, caos ainda maior nos países subdesenvolvidos.¹⁰

É preciso não olvidar que no estágio atual do conhecimento humano, o sangue a ser transfundido raramente será 100% (cem por cento) seguro, porque os testes disponíveis na esfera não só nacional, mas mundial, não podem levar à segurança absoluta da ausência de risco para o paciente, pois, como é sabido na comunidade científica, sempre haverá a possibilidade da existência da chamada “janela imunológica”.

Ante o exposto, é de se indagar, então, o que seriam as transfusões “não-tradicionais” à base de sangue, advogadas pelas Testemunhas de Jeová? (qualificadas pelas mesmas como um

procedimento de riscos diminutos e compatíveis com dogmas de sua religião).

Segundo o *Journal of Burn Care & Rehabilitation* (bimestre janeiro/fevereiro de 1987)¹¹, a reposição do volume do plasma pode se dar sem a utilização total de sangue ou plasma sanguíneo.

Diversos líquidos que não contêm sangue constituem eficazes expansores do volume do plasma. O mais simples de todos é a solução salina, existindo também outros líquidos dotados de propriedades especiais, tais como a dextrana, o haemaccel, a solução de lactato de Ringer, e o mais recente, que é a hidroxietila de amido, podendo referidas alternativas serem, seguramente, ministradas a pacientes que objetem a derivados do sangue.

Procedendo-se à minuciosos exames e à seleção mais cuidadosa de doadores, os casos de contaminação por hepatite B diminuíram, sem prejuízo do aparecimento de uma nova forma do vírus (hepatite C), que passou a fazer muitas vítimas (estima-se que quatro milhões de norte-americanos contraíram o vírus, várias centenas de milhares desses por meio de transfusões de sangue).

Em todo caso, recomendam os manuais distribuídos nos salões de culto das Testemunhas de Jeová que, estando o paciente na iminência de uma intervenção cirúrgica siga os seguintes passos:

1º passo: Fale com o médico sobre alternativas ao uso do sangue (recomendação especialmente importante no caso de mulheres grávidas, de pais com filhos pequenos e de idosos);

2º passo: Materialize por escrito o que deseje, em especial se existir um documento legal com esse objetivo;

Por exemplo:

1) *Eu, ... , abaixo assinado, no pleno gozo de minhas faculdades mentais, através deste instrumento particular, delinco diretrizes relativas a tratamento de minha saúde, bem como outorgo procuração, para que o outorgado tome por mim outras decisões sobre assuntos não abrangidos em minhas determinações. Este documento entrará em vigor numa eventual incapacidade minha. PARTE 1 – DIRETRIZES RELATIVAS A TRATAMENTOS DE SAÚDE.* 2) *Sou Testemunha de Jeová. À base de minhas firmes convicções religiosas (vide Atos 15:28,29) e à base do meu desejo de evitar riscos e complicações das transfusões de sangue, DE FORMA ABSOLUTA, INEQUÍVOCA E RESOLUTA, recuso sangue alogênico (sangue de outra pessoa) e sangue autólogo armazenado (meu próprio sangue armazenado) sob toda e qualquer circunstância, não importa qual seja o meu estado clínico.* 3) *Com relação às diminutas frações sanguíneas ou produtos que as contenham, de acordo com a minha consciência aceito: 1. produtos que tenham sido processados com ou que contenham pequenas quantidades de albumina; 2. imunoglobulinas; 3. fatores de coagulação etc.* 4) *Aceito e solicito tratamento médico alternativo sem sangue quais sejam, os expansores do volume do plasma, tais como o dextrana, a solução de lactato de Ringer ou hidroxietila de amido.* 5) *Com respeito ao sangue autólogo não armazenado (autotransfusão), de acordo com a minha consciência, aceito a hemodiluição e a recuperação intra-operatória ou pós-operatória de sangue (...).* 8) *Em resumo, exijo que minhas determinações sejam seguidas, sob pena de se infringir os meus direitos constitucionais de liberdade pessoal, de privacidade e de liberdade religiosa, de autodeterminação sobre meu próprio corpo e autonomia pessoal, garantidos na CF/88.* ¹²

3º passo: Em admitindo-se a hipótese de recusa do médico, procurar outro profissional disposto ao cumprimento de tal mister.

Em recente decisão (12 de março de 1997) sobre os formalismos que circundam a discussão sobre a abstenção do uso de sangue nas Testemunhas de Jeová, o Tribunal Distrital de Tóquio prolatou a seguinte decisão:

Se houver um acordo bem estabelecido entre as partes, de que não se deve aplicar transfusão de sangue sob quaisquer circunstâncias, este Tribunal não o julga ser contra a ordem pública e por isso, não o considera inválido;

Complementando: “todo ser humano está fadado a morrer algum dia, e o processo que conduzirá ao momento da morte pode ser decidido por toda pessoa.”¹³

Sobre o procedimento utilizado pelas Testemunhas de Jeová com o desiderato de eximirem-se da cirurgia de transfusão sangüínea, em artigo publicado na revista *Anesthesiology News* de outubro de 1989, um médico da Faculdade de Medicina Albert Einstein (EUA) escreveu o seguinte:

*A maioria das Testemunhas de Jeová assina prontamente o formulário da Associação Médica Americana, isentando os médicos e os hospitais de qualquer responsabilidade, e muitos portam um documento para uso médico (renovado anualmente e assinado pela pessoa e por testemunhas). Um formulário devidamente assinado e datado é um acordo contratual e legalmente válido*¹⁴

Em que pese a pertinente discussão envolvendo as recomendações formais em epígrafe, concernente à declarante com

maioridade civil e detentor de faculdades mentais perfeitas, o fator etário objeto do trabalho reclama uma abordagem especial, já que não se cogita o elemento volitivo e de autonomia quando se envolvem crianças em fase de formação física, intelectual e moral, dependendo, para tanto, de seus pais ou responsáveis.

Os riscos à saúde, até aqui expostos, identificam-se na transmissão do vírus, nas mazelas diversas e percentuais alarmantes, não podendo as crianças (qualificadas no art. 2º, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente como as pessoas até 12 anos de idade), de per se, deliberarem sobre a terapia que julgam ser-lhes a mais adequada, servindo-se, para tanto, e como se não bastasse, de pretensas convicções religiosas.

Pondere-se, inobstante, que o deslinde da questão está longe de seu fim, seja pela fase de experimentalização dessas substâncias, seja por que, da comparação entre a realidade dos centros médicos federais, estaduais e municipais no Brasil e a vanguarda das técnicas médicas, exsurge um gritante hiato, denunciando a superposição do drama social sobre as alternativas do argumentar acadêmico.

O alcance do poder familiar no deliberar cirúrgico

Os pais ou responsáveis por uma criança poderiam, por motivo religioso, recusar a transfusão de sangue que lhe salvaria a vida?

Na maioria dos casos, incumbe aos pais ou responsáveis a condução das principais decisões da vida civil de seus filhos, enquanto menores civilmente. O Código Civil Brasileiro é expresso em seus arts. 5º e 84 quando enuncia, respectivamente, que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesesseis anos); ...” e “as pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos; ...”

Para tanto, tomam os mesmos as decisões que podem refletir na segurança e na própria vida de seus infantes, todas, obviamente, carregadas do amor¹⁵ e zelo que desejam aos mesmos. Citados préstimos ao resguardo dos interesses da criança são, juridicamente, ligados ao instituto do poder familiar.

No Brasil, as Testemunhas de Jeová lavram um termo de responsabilidade, fazendo brotar palpitante discussão quanto à abrangência da deliberação negativa dos pais ou responsáveis, em nome dos filhos, que no limiar entre a vida e a morte, vêem-se despidos da capacidade civil para assinar quaisquer declarações de vontade sozinhos, necessitando da representação dos mesmos.

As Testemunhas de Jeová, sobre tal peculiaridade, argumentam que assim como os médicos diferem em suas recomendações, assim também os pacientes ou os pais diferem quanto ao que julgam ser o melhor, engendrando tenaz raciocínio. Veja-se, pois:

Muitos concordam que um tribunal não é o lugar para se decidir questões pessoais de saúde. O que pensaria se decidisse fazer um tratamento com antibióticos, mas alguém recorresse a um tribunal para obrigá-lo a fazer uma amigdalectomia? Um médico talvez queira prover-lhe o que julga ser o melhor tratamento, mas ele não tem o dever de recorrer à justiça para pisotear seus direitos fundamentais. E, uma vez que a Bíblia situa a abstenção de sangue no mesmo nível moral que evitar a fornicação, forçar um cristão a tomar sangue seria o mesmo que o sexo forçado, o estupro.¹⁶

Juristas de estirpe internacional, como Goldstein, são consonantes com este parecer, atestando a legitimidade dos pais em deliberar sobre as diretrizes do procedimento médico em

determinados casos:

*Ninguém tem o direito ou responsabilidade maior, e ninguém pode presumir estar numa posição superior do que os pais da criança para decidir que curso tomar... . Nestas circunstâncias, a garantia da lei de liberdade de crença torna-se significativa e o direito de agir conforme esta crença como um genitor autônomo torna-se operacional dentro da privacidade de sua família.*¹⁷

À prevalência do resguardo, em termos absolutos, do poder familiar, se contrapõe à orientação contemporânea da doutrina civilista, que recita a razoável aplicação do princípio constitucional do direito à vida, instruindo que:

*O direito tem, contudo, passado por enorme transformação a esse propósito. A idéia predominante é que a potestas deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho. Não se visa a beneficiar quem o exerce, mas proteger o menor. E tal preponderância do interesse do filho sobre os direitos do pai aconselha a mudar a designação de poder familiar para pátrio dever*¹⁸

Deve-se, portanto, entender o instituto do poder familiar modernamente, como uma prerrogativa dada a determinadas pessoas, em geral os pais, com o desiderato de preservar e buscar os interesses da criança, em seus múltiplos aspectos, principalmente no respeitante à manutenção de suas vidas “materialmente” saudáveis.

Com fulcro no poder familiar, assim, não podem os pais ou responsáveis deliberar sobre a intervenção cirúrgica em seus filhos, privando-os do tratamento à base de sangue quando este

se apresenta como o único capaz de preservar sua saúde.

A resposta para a indagação manejada no início deste tópico, com lastro na vanguarda da doutrina civilista e da nova filosofia introduzida com o ECA, da “proteção integral” da criança e do adolescente, pode agora ser respondida: Não podem os pais recusar ao filho a transfusão de sangue que lhe salvaria a vida, com arrimo nas supostas prerrogativas conferidas pelo poder familiar.

O direito de crença não pode se sobrepor ao de viver da criança, sob pena de os pais praticarem crime de abandono material e moral e, por via de consequência, serem destituídos do poder familiar. A renúncia a tratamento é personalíssima.

Assim averba o Código Penal Brasileiro (Dec.Lei 2.848/40) sobre o tipo acima tratado:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no que tange à perda e suspensão do poder familiar, é enfático:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Percebe-se, à desdúvida, que a criança e o adolescente, titulares de seus direitos humanos fundamentais, ficam privados de exercerem pessoalmente sua defesa, incumbida a seus representantes legais. Quando estes representantes são os próprios causadores da lesão, podem ser privados temporária ou definitivamente do poder familiar.

Em recente publicação sobre a problemática da lesão a direitos humanos e da personalidade das crianças, a professora de Direito Civil da Universidade Mackenzie-SP, Marta Sherer Saad, constatou o seguinte episódio:

... Assim ocorreu no caso caracterizado como lesão à integridade física do menor, precisamente do direito à saúde do corpo e à vida, em que, diante de requisição médica de transfusão de sangue necessária ao restabelecimento da saúde de certo menor, que corria risco de vida, e da recusa dos pais à autorização, em virtude de proibição de tal prática por crença religiosa (a família pertencia a crença Testemunhas de Jeová), o eminente magistrado Walter Moraes, mediante solicitação do hospital e do Ministério Público, suspendeu o poder familiar dos genitores, autorizando o hospital à transfusão. Efetuada esta e salva a vida do menino, restituiu o poder familiar aos pais.¹⁹

Assim, diante do comportamento do genitor que acarrete prejuízo ao filho, a legislação ordinária impõe sanções, que vão da suspensão à destituição do poder familiar.

A suspensão, aplicada pelo Judiciário no caso em epígrafe, é corolário normativo que priva temporariamente o genitor do exercício do poder familiar, objetivando preservar os interesses do menor. Pode haver a suspensão de todos os atos concernentes ao poder familiar ou de parte deles, em relação a um ou todos os filhos (o procedimento é todo previsto no ECA).

O Código de Ética Médica e os Conselhos de Medicina -
Ilações

O primeiro artigo do Código de Ética Médica prescreve que “a medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa”.

De uma perfunctória leitura da norma em tablado, percebe-se que o médico não está adstrito a princípios religiosos que obstem o exercício regular de seu labor, afastando-o, assim, de quaisquer preocupações de ordem espiritual e acabando por privilegiar, *in casu*, o princípio da beneficência sobre o da autonomia do paciente.

Rápidas anotações sobre esse par de princípios são de valiosa didática.

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas e reconhecendo o domínio do paciente sobre a própria vida, bem como o respeito à intimidade, constitucionalmente assegurada. Pode o paciente, assim, se autogovernar.

O princípio da beneficência roga, por seu turno, o atendimento por parte do médico aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, com o objetivo de atingir o bem-estar do paciente, evitando a superveniência de danos sobre o mesmo.

O Conselho Federal de Medicina, no parecer n.º 21/80, sustenta que “se houver iminente perigo de vida, o médico pra-

ticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis”, corroborando assim o art. 56 do Fascículo Legal em pauta, que dispõe ser defeso ao médico “desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.

Fugindo à orientação dos artigos acima transcritos e sobrepondo o princípio da autonomia do paciente sobre o da beneficência, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), em voto do conselheiro Marco Segre, defende a tese de privilégio à vontade do paciente, não obstante entender que, em se tratando de crianças como pacientes, a diretiva continua a ser a do princípio da beneficência, veja-se:

Deverá o médico procurar os recursos técnicos e científicos para proteger a saúde do paciente, sem contrariar a sua vontade expressa, contudo, com relação a crianças, deve ser realizada a transfusão em situações de iminente perigo de vida. (...). Não se trata, entretanto, de um dever. Há que se respeitar, data vênua, a vontade de quem quer que seja, legalmente “competente”, inclusive de morrer sem ser violentado em sua crença. Não existe, para mim, a obrigação de viver – logo, não será omissão de socorro e sim respeito à individualidade do paciente, deixar de transfundir sangue quando ele não queira, procurando-se todos os recursos técnicos e científicos para proteger sua saúde, sem contrariar a sua vontade expressa, entretanto, COM RELAÇÃO À CRIANÇAS, há jurisprudência no sentido de realizar a transfusão, mesmo contrariamente à vontade da família: magistrados têm emitido mandados em situações de iminente risco de vida para a criança, propiciando até intervenção policial para que a transfusão se realize.²⁰

Os tribunais pátrios têm entendido que nenhum juiz apenará um médico que diante de um paciente com iminente risco de vida, devidamente comprovado, realizar uma transfusão de sangue sem autorização do paciente ou responsável.

Do mesmo modo, qualquer tribunal ético-profissional deverá respeitar a decisão médica de atender ao princípio da autonomia do paciente, não procedendo à intervenção cirúrgica com sangue, não o processando, portanto, por omissão de socorro (na Constituição Federal de 1988, é assegurado o direito à autonomia, ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de Lei. O art. 146 do Código Penal brasileiro pune todo aquele que constrange outrem a fazer o que a lei não manda ou a deixar de fazer o que a lei manda).

A profissão médica alicerça-se sobre determinadas bases, onde a saúde do ser humano e da coletividade está em primeiro lugar.

Todo médico, ao ser graduado, presta o clássico juramento de Hipócrates²¹, de caráter paternalista e embasado nos princípios da beneficência e maleficência. Referido juramento configura a relação médico-paciente, uma relação, como dito, paternalista entre um ser sabedor, no caso, o médico, e outro, inferiorizado em seu sofrimento, o paciente.

Não obstante, tomando como exemplo a questão das Testemunhas de Jeová, que não admitem a manipulação do sangue para “salvar” outras vidas, o juramento reserva ao médico “a prática do bem do doente segundo o seu poder e entendimento”.

Dessume-se, do exposto, que exercer “poder e entendimento”, requer entender que ao médico cabe, no exercício da profissão, a plenitude para alcançar seu desiderato que, a rigor, é a manutenção pura e simples da vida.

Quando uma Testemunha de Jeová recebe uma terapia com sangue ou derivados, em detrimento de sua vontade, o fator psí-

quico do paciente precisa ser analisado, haja vista que esta pessoa têm o entendimento filosófico e religioso de que ao se alimentar à base de sangue, referida atividade se equipara à idolatria e à fornicção.

No Art. 6º do Código de Ética Médica, tem-se:

“Art. 6º. O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para percutir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”

Os autores reforçam a complexidade do assunto quando referem ao fato de que ser um bom profissional significa, antes de mais nada, saber interagir com o paciente, tratando-o dignamente no seu corpo e respeitando os seus valores, crenças e desejos, o que torna o exercício profissional do cuidado à saúde uma tarefa difícil e às vezes conflitante.

Quando o médico diante do paciente seguidor dessa religião, faz tudo para salvar aquela vida, inclusive através da transfusão de sangue, está utilizando o princípio Hipocrático da benevolência.

Por outro lado, a recusa do paciente ou de seu responsável quanto à terapia com sangue, também está diante de um princípio bioético, que é a autonomia, ou seja, a autodeterminação de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, nas relações sociais, refere-se a capacidade do ser humano decidir o que é bom ou o que é bem estar, consoante as lições de Munoz e Fortes.

Em todo caso, recomenda-se aos médicos que solicitem ao responsável ou responsáveis que tragam ordem judicial, não

permitindo que o médico faça a terapêutica com sangue, pois, nesses casos (a jurisprudência indica negativa de juízes quanto ao pedido). Em se tratando de emergência, com iminente perigo de vida, o que prevalece é o princípio da beneficência em relação ao da autonomia.

O Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), com o escopo de garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até 18 anos (incluídas aí crianças e adolescentes), não apenas no aspecto penal ativo ou passivo, mas no que se refere ao resguardo da saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade *etc.*, dispõe em uma de suas passagens da seguinte forma: “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

Poder-se-ia admitir que, prioritariamente, o Estatuto tem sido manuseado quotidianamente contra as práticas de acintosa violência em desfavor da criança, como, por exemplo, o atentado violento ao pudor, o estupro, o favorecimento à prostituição, a lesão corporal *etc.*, excluindo outras consideradas de menor repercussão social.

Todavia, no caso vertente, de abstinência das transfusões com sangue proposta pelas Testemunhas de Jeová, também se faz imperiosa a aplicação do Fascículo Legal em comento.

Apesar de os pais, *in casu*, indagarem se se estaria de fato, diante de uma violência contra a criança, haja vista preocuparem-se, amorosamente, em trilhar a formação dos que estão sob sua responsabilidade, com base nos dogmas religiosos, a norma do ECA (art. 15) é de caráter cogente, permitindo a discussão

acerca da liberdade e do respeito à dignidade do menor em sentido amplo.

Referido ditame assim averba: “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos nas Constituição e nas leis.”

Em comentários ao artigo acima epigrafado, o emérito Dom Hélder Câmara concatenou parecer com o seguinte raciocínio:

Podemos acrescentar que estes direitos lhes são devidos, antes de tudo, porque crianças e adolescentes são criação de Deus, chamadas à Vida Divina e à Vida Eterna! Filhos de Deus mesmo que nasçam na pobreza ou com deformações físicas ... Mesmo que vivam em condição subumana ... Filhos de Deus não só enquanto conhecem, respeitam e honram sua filiação divina, mas até se vivem em descrença total e zombam da paternidade supra-humana, que a religião lhes atribui ... A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DEVEM RECEBER FORMAÇÃO NÃO SÓ PARA O TEMPO E O MEIO EM QUE VIVEM, MAS PRECISAM ESTAR APTOS PARA ENFRENTAR AS SURPRESAS QUE VÃO ENCONTRAR QUANDO ATINGIREM A IDADE ADULTA. E, hoje, as mudanças chegam rápidas. CONVÉM LEMBRAR QUE ÀS CRIANÇAS SE APLICA, DE CHEIO, O QUE SE DIZ ATÉ SOBRE O VÔO DOS PÁSSAROS: ‘ÓTIMO, QUE TUA MÃO AJUDE O VÔO, MAS QUE ELA JAMAIS, SE ATREVA A TOMAR O LUGAR DAS ASAS.’²²

O jurista José Afonso da Silva, tecendo comentários sobre o art. 16 do diploma de lei me tela (“o direito à liberdade com-

preende os seguintes aspectos: (...); III – crença e culto religioso”), ilustra valiosa inteligência, chancelando, precipuamente, aos responsáveis, o deliberar sobre a opção religiosa da criança e resguardando, em última análise, a opção feita por esta quanto a suas aptidões doutrinárias em sede de religião, concluindo que, desde que a criança não se oponha, podem os responsáveis deliberar sobre a opção de fé do mesmo:

Uma observação que comporta fazer é a de que a liberdade de crença e de culto da criança e do adolescente é estreitamente conexa com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças e cultos às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente, quer para uma crença, quer para o agnosticismo. É um direito que lhes cabe, como uma faculdade do poder familiar, mas especialmente em razão do dever que se lhes impõe de educar os filhos menores. No dever que incumbe à sociedade e ao Estado de assegurar, com a família, à criança e ao adolescente o direito à educação, nos termos do art. 227 da CF/88, não entra a educação religiosa, a menos que o próprio interessado o requeira, como pode fazê-lo, exigindo aulas de sua religião nos horários normais das escolas públicas do ensino fundamental (CF, art. 210, §1º), assim como também têm o direito à assistência religiosa na entidade civil de internação coletiva onde porventura estejam internados (arts. 94, XII, e 124, XIV; CF, art. 5º, VII). É EVIDENTE TAMBÉM QUE O DIREITO DOS PAIS OU DE OUTROS FAMILIARES NA MATÉRIA NÃO INCLUI O CONTRANGIMENTO AO FILHO QUE OPTOU POR OUTRA CRENÇA QUE NÃO A DELES.

23

Ocorre que, tendo sido especificado inicialmente a condição de “criança” do paciente minora-se, sobremaneira, ou melhor, extingue-se por completo a possibilidade da emissão de um juízo de valor, haja vista carecer o infante de convicção plena sobre um arquétipo religioso qualquer (ainda mais quando referida decisão incide diretamente sobre a manutenção de sua vida).

O advento do Biodireito com lastro na dignidade da pessoa humana

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

A fim de melhor elucidar o presente tópico, reclama-se alguns esclarecimentos acerca das peculiaridades que circundam a Bioética e o Biodireito.

Ordenadamente, portanto, indaga-se: Que seria Bioética?

O termo, pela primeira vez empregado em 1971 na Universidade de Wisconsin (EUA), pelo oncologista e biólogo americano Van Rensselder Potter, tinha íntima relação com a ecologia.

Para esse cientista, a Bioética seria uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas visando melhorar a qualidade de vida do homem, constituindo-se como a ciência que garantiria a sobrevivência da Terra, em contraponto ao descompasso crescimento da tecnologia industrial, do manuseio de agrotóxicos, de animais em pesquisa ou experiências biológicas danosas.

O sentido contemporâneo da expressão, no entanto, segundo os doutores, é o de ser a Bioética “um conjunto de refle-

xões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular.”²⁴

Estariam envolvidas, assim, se se atentasse para o caráter transdisciplinar da definição, a antropologia, a filosofia, a teologia, a sociologia, a genética, a ecologia, o direito, a política *etc.*, consistindo, pois, no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito e tecnicamente possível.

Qualificando-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, confeccionado no art. 1º, III da CF/1988; a dignidade da pessoa humana é o cerne de todo o ordenamento jurídico em vigor.

Em valiosa ponderação sobre a temática “Biodireito”, é de se destacar a lição de Maria Helena Diniz, que proclama:

*Para a Bioética e o Biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de ‘vida com dignidade’ ... Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a Bioética e o Biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.*²⁵

Estando o médico regido em seu mister, mais especificamente pelo Código de Ética Médica, precisa o mesmo avaliar a relação entre citado diploma legal e os preceitos da Bioética, constituindo-se, como visto, forçosa a distinção entre o significado de Bioética e de Ética Profissional.

Para uma, a Bioética, o que é “bem” para a comunidade moral, não necessariamente o é para outra, já que suas

moralidades podem ser diversas. Não se preocupa, logo, com respostas definitivas e absolutas para os conflitos morais surgidos no desenvolvimento das profissões ou na relação dos médicos com seus pacientes, enquanto que, diferentemente, a Ética Profissional é baseada nos códigos, nas leis ou mesmo em mandamentos.

Logo, segundo a Bioética, a opção de fé das Testemunhas de Jeová, materializada na abstenção de sangue comum não pode ser rechaçada de pronto, com supedâneo exclusivamente nos preceitos propostos pela Ética Médica.

A vigente Constituição da República, consoante alerta o jurista cearense Glauco Filho, consagra o valor do homem *in concreto*, individualmente considerado. Serve-se, citado mestre, da doutrina de Márcio Sotelo Felipe para esclarecer tal nuance, veja-se pois:

A noção de dignidade da pessoa humana é um universal. Inseri-la em um texto constitucional significa representá-la empiricamente, agregando-se, nas normas infraconstitucionais e nas próprias normas constitucionais, dados da experiência social – daí a disponibilidade de conteúdos (...). Por isso, quando a Constituição diz dignidade está positivando (como que tornando empírico o universal) uma idéia de razão...²⁶

A dignidade da pessoa humana, assim, enunciada no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ilustra a regra isonômica que reconhece a igualdade entre os homens, no que se refere à essência dos mesmos, diferenciando-os doutros seres.

Nos dizeres de Glauco Filho, então:

A dignidade da pessoa humana é a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo estes senão emanações do valor básico mencionado. Por esse motivo, fala-se hoje em dimensões e não mais em gerações de direitos fundamentais, sendo a relação deles com a dignidade da pessoa humana equiparada àquela que há entre existência e o Ser.

Lembra, outrossim, o multicitado doutrinador que:

A pessoa humana é um valor intocável, porquanto o homem, sujeito autoconsciente, capaz de pensar a si mesmo como objeto, tem uma subjetividade que transcende a objetividade e, logo, não pode nunca ser visto como meio, mas sempre como fim, de conformidade com o pensamento Kantiano

27

Conclui-se que, apesar de para a Bioética, o bem para determinada comunidade moral não o ser necessariamente para outra, em face das diversas moralidades, respaldando (ainda que só imediatamente) o pleito das Testemunhas de Jeová, é a mesma, a Bioética, um corolário da dignidade da pessoa humana, una em sua essência para todos os homens, ainda que de comunidades morais distintas.

O Princípio da Proporcionalidade

O direito à vida, com abrigo no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, por ser essencial à todo ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.

Em sendo assim, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo, decorrente de um dever absoluto *erga omnes* (ou seja, contra todos).

O direito à vida é protegido, como visto, por norma jurídica de relevo inquestionável e apresenta ubiqüidade²⁸ pelo fato de existir em qualquer ramo do direito, inclusive no direito das gentes.

O art. 4º do Código Civil Brasileiro resguarda os direitos do nascituro e impõe a responsabilidade civil do lesante em razão de dano moral e patrimonial por atentado à vida alheia, sem falar, é claro, na proteção jurídico-penal.

A inteligência doutrinária, em apologia à prevalência do direito à vida sobre qualquer outro, assim tem pontificado:

*A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc.. HAVENDO CONFLITO ENTRE DOIS DIREITOS, INCIDIRÁ O PRINCÍPIO DO PRIMADO DO MAIS RELEVANTE. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consenso, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica*²⁹

Convém ressaltar que, em boa técnica, ocorrendo o aparente conflito de princípios, ora trazido à tona, o desate não ocorre pela circunstância de ser um princípio “mais relevante” que outro.

Na realidade, é a incidência do princípio da proporcionalidade que privilegiará um e atenuará outro, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, não se recomendando a proclamação de um procedimento hierárquico entre os princípios, já que até mesmo o do resguardo à vida é preterido e ate-

nuado (em certa dimensão), como na hipótese do “matar em legítima defesa”, por exemplo. Ratifique-se, por oportuno, a inteligência do penalista Giuseppe Bettiol, que esclarece:

*Não se deve constranger a natureza humana e codificar um princípio de vileza ou de mera resignação, que nenhuma moral humana ou cristã pode se apoiar. A defesa tem um conteúdo ético positivo porque a máxima evangélica de oferecer a outra face não contém uma máxima positiva. Trata-se de um conselho de caráter excepcional. A moral não pode ser contraposta ao instituto natural, que nos leva à defesa quando injustamente agredidos*³⁰

Mais uma vez se valendo da História, é de se revelar que o embrião que deu origem às discussões envolvendo o princípio da proporcionalidade, remonta à Filosofia do Direito do período que sucede imediatamente a Segunda Guerra Mundial.

Sim, o massacre promovido pelo regime nacional-socialista, deflagrado com esteio nas letra legal da época, impulsionou a necessidade de se mostrar a dimensão dos valores no Direito. Passou-se a entender o ordenamento jurídico como um “sistema aberto” de normas, atento às peculiaridades do caso concreto.

A doutrina constitucional pátria, ora materializada nas palavras do jurista cearense Willis Filho, esclarece a extensão da noção de proporcionalidade, lecionando que:

a idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não

só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo. ³¹

O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito.

É haurido principalmente da conjunção dos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana); 3º, I (sociedade livre, justa e solidária); 5º, caput, II (legalidade), XXXV (inafastabilidade do Poder Judiciário), LIV (não privação de liberdade e bens sem o devido processo legal) e seus §§ 1º e 2º (aplicação imediata dos direitos e garantias insertos na CF/88 e não exclusão doutros); 60, § 4º, IV (direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas).

Ressalte-se que não há previsão expressa, na vigente Constituição Federal do princípio em trato, diferente do que ocorre no texto constitucional Português de 1974, que prevê a restrição dos direitos, liberdades e garantias quando necessária a salvaguardar outros direitos ou interesses, previstos em sede constitucional.

É, portanto, a preservação dos direitos fundamentais, o fim último do princípio da proporcionalidade.

Em face do intento das Testemunhas de Jeová de, mediante uma rápida análise do texto constitucional, sobrepor o princípio constitucional da liberdade de crença sobre os demais, a obstar a intervenção cirúrgica em seus filhos, menores, imperioso é o auxílio da hermenêutica jurídica, que tem como uma de suas tarefas garantir a unidade axiológica e a harmonia do espírito da Constituição.

Nesse raciocínio, as lições de Celso Bastos são de grande

valia: “as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma.”³²

Suzana de Toledo, em sua obra “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, ressalta a noção de equilíbrio arraigada à aplicabilidade do princípio em trato, acentuando o binômio adequação/necessidade:

*Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada. Representando esta situação, ter-se-ia que, se o meio M1 propicia a melhor realização do direito D1, mas impõe uma carga coativa exacerbada ao direito D2, está autorizada uma ponderação entre as vantagens proporcionadas a D1 e os prejuízos a D2, de maneira que o juiz pode concluir pela inviabilidade da medida adotada, em razão da desproporção verificada entre o meio utilizado e o resultado obtido. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida.*³³

Logo, por meio de ponderações, os ônus são distribuídos

equânimemente na análise do caso concreto, constituindo-se como tarefa árdua a ser procedida dada as variações que envolvem a separação, a medição e o adequado ajuste dos bens envolvidos.

Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, acaba por estabelecer uma precedência de um sobre o outro, uma fundamentação para esse resultado. Nos dizeres da autora supra: “elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo”³⁴

Trazendo às minúcias a atuação do princípio da proporcionalidade, cujo nascedouro remete ao Direito Alemão, ilustram os estudiosos a atenuação e não exclusão de um princípio constitucional em face doutro, cuja aplicabilidade é necessária e mais adequada, dada a minoração de gravames no caso concreto:

*... proporcionalidade em sentido estrito, adequação (Geeignigkeit) e exigibilidade (Erforderlichkeit). no seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se deverá optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis ... Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros.*³⁵

Prestimoso é o argumento das Testemunhas de Jeová de que a intolerância quanto a seus princípios religiosos ceifariam a formação basilar de sua doutrina nas crianças sob sua responsabilidade, obstruindo o dever que tem de educá-los.

Reitere-se, contudo, que por força do princípio da dignidade da pessoa humana, um direito tido como fundamental não pode excluir outro, haja vista que essa mesma dignidade é a fonte de todos os direitos fundamentais. Exaltar a níveis absolutos a liberdade de crença, ao que parece, significaria o sacrifício total de outros princípios fundamentais, importando na violação do valor “pessoa humana”.

Entende-se, pois, como predileta, a manutenção da vida “materialmente” saudável, haja vista que, em se admitindo, *in totum*, as teses formuladas pela doutrina religiosa em comento, ensejo se daria à inúmeros e acalorados debates religiosos, transfigurando a hermenêutica jurídica em algo casuístico, com uma “teleologia de conveniências” e, porque não dizer, inócua, indo de encontro à própria idéia de sistema, ínsita à noção de Direito.

Corroborando esse parecer, as lições de Glauco Filho são categóricas ao enunciar:

*Os direitos fundamentais são dimensões da dignidade da pessoa humana, a qual é, por isso mesmo, o suporte de todos eles. O que significa que se um direito fundamental for atingido no seu núcleo, o suporte em que se apóia restará enfraquecido, o que gerará, depois de um certo tempo, prejuízo para todos os demais direitos, porquanto todos os direitos têm o mesmo ponto ético de apoio, no caso, o valor da pessoa humana. Assim, nenhum direito fundamental pode ser realizado de forma tão ampla que tenha como custo o sacrifício irremediável de outro. Esse é o argumento axiológico da unidade da Constituição.*³⁶

Ademais, inelutável é o fato de que os adeptos de quais-

quer religiões, ou até mesmo os agnósticos, não o eram quando crianças, postando-se dessa maneira posteriormente, em sua vida adulta, quando então exercem a liberdade de crença, constitucionalmente prevista, de modo pleno, inteiro, sem terem seu livre arbítrio³⁷ aviltado.

Em apontamento derradeiro, impende se realçar que os direitos das crianças e dos adolescentes são reconhecidos mundialmente como direitos universais, oponíveis contra todos, inclusive pais, tutores, guardiães, sociedade e Estado, nacional e estrangeiro.

Incumbe ao poder público incrementar medidas que visem orientar a sociedade sobre os direitos da criança e do adolescente e à necessidade de se respeitá-los já que, só a conscientização pode enriquecer o espírito do homem no reconhecimento e na defesa do exercício da dignidade infanto-adolescente. Crianças e adolescentes merecem tratamento especial, em razão de sua própria individualidade diferenciada.

CONCLUSÃO

Quando se optou pela transdisciplinaridade como diretiva da presente explanação, íntima era a certeza de que somente por conduto de uma abordagem holística, poderia-se tentar descobrir os resultados a que uma pesquisa desta natureza potencialmente pode levar.

Acredita-se, pois, que a ciência moderna haverá de ser necessariamente transdisciplinar, como já proclamou a Unesco, na Declaração de Veneza (anteriormente transcrita), razão pela qual se materializou, aqui, tal perspectiva, e no enfrentamento da questão, não se olvidou de nenhum de seus múltiplos aspectos, seja o religioso, o médico, o filosófico, ou o jurídico. Claro é que, em regra, restrições e predileções várias quase sempre ocorrem em trabalhos como este, entretanto, procurou-se não fazer

afirmações pretensamente categóricas, com deduções próprias das chamadas “verdades absolutas”, na esteira da metodologia³⁸ do filósofo Karl R. Popper (em sua *Logik der Forchung* - 1935).

A falseabilidade proposta pelo filósofo germânico é aqui trazida à lume, em face da transdisciplinaridade do presente trabalho, notadamente por fundir conhecimentos religiosos e científicos.

Assim, embora seja certo que um fato que desmente ou contradiz uma teoria seja o bastante para invalidá-la, nenhum fato basta para validar e verificar qualquer teoria, já que se pode esperar o aparecimento de algum outro fato que a invalide. Portanto, em vez de tratar de verificar uma teoria, cumpre fazer todo o possível para falseá-la; somente quando uma teoria resiste aos esforços que se realizam para falseá-la, é que ela se acha corroborada³⁹.

Obviamente, com limitações próprias de um trabalho em nível de graduação, traduziu-se o mesmo na extraordinária oportunidade, para seu organizador, de ter despertado um conflito contemporâneo e ávido por ser debatido pelos corifeus no assunto, qual seja, o que envolve a secular dicotomia entre ciência e religião, almejando fugir ao sectarismo, e buscando a razoabilidade no proceder de sua execução.

Conclui-se, neste azo, pelo inarredável resguardo à vida das crianças filhas de adeptos da ordem religiosa Testemunhas de Jeová que, inobstante gozarem da guarida do texto constitucional no que tange a liberdade de crença (art. 5º, VI); diante do eviterno direito à vida, prestigiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e materializado pelo princípio da proporcionalidade, vêem relativizado o específico dogma de restrição às intervenções cirúrgicas à base de sangue.

Em que pesem, não obstante, as ilações deflagradas na presente monografia, afiguram-se como impostergáveis, sob

certo prisma, os elogios à conduta das Testemunhas de Jeová, que reconhecendo o decreto apostólico como obrigatório, advogam não o direito de morrer (como muitos pensam), mas o de pugnar pela defesa de seus princípios religiosos, não transgindo quanto aos mesmos. A atitude de colocar seus princípios morais acima de um suposto ganho pessoal, reconheça-se, merece todo o respeito e admiração da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, Brasília, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

Bíblia Sagrada. (Tradução da Vulgata pelo Pe. Matos Soares), 41ª edição, edições Paulinas, São Paulo, 1985.

CHAVES, Antônio. A Ordem Religiosa Testemunhas de Jeová e a questão da transfusão de sangue, *Seleções jurídicas/COAD*, São Paulo, n.º 12, 1996.

COMO PODE O SANGUE SALVAR A SUA VIDA? – Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990.

CREMA, Roberto. *Introdução à Visão Holística: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma*. São Paulo: summus editorial, 1989.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*

do: Comentários jurídicos e sociais. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 128, 1995.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Constitucionais*, São Paulo: Celso Bastos, 1999.

INTERNET. sites: www.watchtower.org (site oficial das Testemunhas de Jeová); www.abmp.org.br (site da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude); www.savechildren.org.br/ www.fundabrinq.org.br (site da Fundação Abrinq pelos direitos das crianças); www.freethechildren.org (site da Rede Telemática Direitos Humanos & Cultura).

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1998.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 5.

Notas

¹ apud, CREMA, Roberto. Introdução à visão holística: breve relato de viagem do velho para o novo paradigma, São Paulo: summus, 1989, p. 103

² Gênesis 9:3-6, Bíblia Vozes

³ Idem, ibidem.

- ⁴ Levítico 17:13,14 Ta
- ⁵ Levítico 17:11
- ⁶ Deuteronômio 12:23-25
- ⁷ Tal comparação (de razoabilidade discutível), pode ser explicada pelo fato de que num hospital, quando um paciente não consegue se alimentar pela boca, é o mesmo alimentado endovenosamente.
- ⁸ Como pode o sangue salvar a sua vida? Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990, p. 6
- ⁹ Idem, p.4
- ¹⁰ dado extraído do site oficial das Testemunhas de Jeová na internet, <http://www.watchtower.org>
- ¹¹ apud, Como pode o sangue salvar a sua vida? Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990
- ¹² DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 209-211
- ¹³ dado extraído do site oficial das Testemunhas de Jeová na internet, <http://www.watchtower.org>
- ¹⁴ apud, Como pode o sangue salvar a sua vida? Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990, p. 17
- ¹⁵ Segundo José Ferrater Mora, caracteriza-se o amor como “a tendência para ‘capturar’ ou escravizar a consciência do outro, não para transformá-lo num autômato, mas para apropriar-se de sua liberdade como liberdade. Isso supõe que não se pretende atuar sobre a liberdade do outro, mas somente existir *a priori* como limite objetivo dessa liberdade”
- ¹⁶ Idem, p. 20
- ¹⁷ apud, CHAVES, Antônio. A Ordem Religiosa Testemunhas de Jeová e a questão da transfusão de sangue, Seleções jurídicas/COAD, São Paulo, n.º 12, 1996
- ¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 239, v.5
- ¹⁹ SAAD, Marta Solange Sherer. Criança e Adolescente: Lesão aos direitos humanos e da personalidade, Seleções jurídicas/COAD, São Paulo, n.º 7, 2000
- ²⁰ Consulta n.º 27.278/96, aprovado na 2.020ª reunião plenária realizada em 07.10.1997, apud CD Informa Jurídico, versão 18, vol. 1 – os destaques não estão no original

- ²¹ (460 a 337 a.C.). Considerado como o maior médico da Antiguidade e Pai da Medicina, separou a Medicina da Filosofia, buscando os segredos da vida, partindo das mais simples observações para estabelecer normas de saúde. Combateu o conceito metafísico de enfermidade, de que a doença era um castigo imposto pelos Deuses. Seu grande princípio terapêutico era o de que “a arte de curar é seguir o caminho pelo qual a natureza espontaneamente cura.
- ²² apud, CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 62 - os destaques não estão no original
- ²³ apud, id., p. 69 - os destaques não estão no original
- ²⁴ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p.12
- ²⁵ Idem, pp. 20-21
- ²⁶ apud, MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 153
- ²⁷ Idem, pp. 136-137
- ²⁸ Derivado do latim ubique, com o sentido de estar ao mesmo tempo em lugares diferentes.
- ²⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 25-26 – os destaques não estão no original
- ³⁰ apud, JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 380
- ³¹ Processo Constitucional e Direitos Constitucionais, São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 72
- ³² Hermenêutica e Interpretação Constitucional, São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 103
- ³³ O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 83-84
- ³⁴ Id., pp. 85-172
- ³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional, Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.º 128, 1995, pp. 255-229 – os destaques não estão no original
- ³⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 230
- ³⁷ Consoante as lições de José Ferrater Mora: “o liberum arbitrium designa a

possibilidade de escolher entre o bem e o mal; é 'a faculdade da razão e da vontade por meio da qual é escolhido o bem, mediante o auxílio da graça, e o mal, pela ausência dela'”

³⁸ Diz-se de um conjunto de regras e preceitos essenciais que se usa na prática de uma arte. Diz-se, outrossim, da reunião dos meios que se empregam nas ciências para achar a verdade.

³⁹ MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 282