

Conflito entre Direitos Fundamentais: Direito à Vida x Liberdade de Crença

Conflict between Fundamental Rights: Right to Life x Freedom of Belief

*Kimberly Farias Monteiro*¹

*Angélica Corrêa*²

*Suraia de Cássia Nasralla Souza*³

Resumo: Os direitos fundamentais são fruto de momentos históricos distintos e são responsáveis por limitar a atuação do Estado face aos direitos dos indivíduos, bem como proteger a dignidade da pessoa humana, considerada como fundamento dos demais direitos. O direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade de crença, por vezes, entram em concorrência e colisão no que tange à recusa de transfusão de sangue por parte de adeptos da religião Testemunhas de Jeová. Nesse sentido, torna-se necessária uma solução para a resolução do conflito. Assim, o presente artigo tem como objetivo demonstrar como a utilização do meio da proporcionalidade usado por Robert Alexy tem-se como eficaz no caso de colisão de direitos fundamentais. Desse modo, a problemática que envolve o presente artigo está em analisar se existe a proporcionalidade, conforme Alexy, entre o direito fundamental à vida e o direito à liberdade de crença, no caso da religião Testemunha de Jeová. Assim, a hipótese a ser apresentada é que a utilização do princípio da proporcionalidade executado por Robert Alexy pode ser solução para o conflito entre direito à vida e à liberdade de crença. O método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados dessa pesquisa é o método dedutivo, juntamente com os métodos de procedimento monográfico e histórico. Logo a técnica de pesquisa consistira na bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à liberdade de crença. Direito à vida. Testemunhas de Jeová. Proporcionalidade.

Abstract: The fundamental rights are the result of distinct historical moments and are responsible for limiting the state's action against the rights of individuals, as well as protecting the dignity of the human person, considered as the foundation of other rights. The fundamental right to life and the fundamental right to freedom of belief sometimes come into competition and collision with regard to refusal of blood transfusion by adherents of the Jehovah's Witnesses religion. In this sense, a solution to the conflict resolution is necessary. Thus, the present article aims to demonstrate how the use of the means of proportionality used by Robert Alexy has as effective in the case of collision of fundamental rights. Thus, the problem that surrounds the present article is to analyze if there is proportionality, according to Alexy, between the fundamental right to life and the right to freedom of belief, in the case

¹ Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento. Palmeira das Missões. Endereço eletrônico: kimberlyfmonteiro@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3578739551422548>.

² Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional – IMED. Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa e Extensão Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento. Santa Maria. Endereço eletrônico: angelicacorreal418@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5002000876727462>.

³ Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos. Palmeira das Missões. Endereço eletrônico: suraianasralla@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9761699847073840>.

of the religion Jehovah's Witness. Thus, the hypothesis to be presented is that the use of the principle of proportionality executed by Robert Alexy can be a solution to the conflict between the right to life and freedom of belief. The method of approach that will serve as a reference for the analysis of the ideas, information and results of this research is the deductive method, together with the methods of monographic and historical procedure. Soon the research technique consisted of bibliographical.

Key Words: Fundamental rights. Jehovah's witnesses. Right to freedom of belief. Right to life. Proportionality.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais passaram a ter maior notoriedade pós 88 com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual estabeleceu uma nova era à teoria dos direitos fundamentais. Entretanto, são constituídos por um caráter histórico, visto que são frutos de distintos momentos históricos e acompanham de acordo com a sociedade.

Apresentam características diversas como, historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e universalidade e são inerentes aos indivíduos. São responsáveis por limitar a atuação do Estado e preservar e promover a dignidade da pessoa humana.

Ademais, são caracterizados por separarem-se em 1ª, 2ª e 3ª dimensões e alguns doutrinadores ainda elencam a existência de uma 4ª e 5ª dimensão. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, conhecidos como direitos civis, individuais e políticos possuem caráter de negatividade por exigirem uma abstenção por parte do Estado. Como exemplo tem-se o direito à vida, à liberdade e à participação religiosa.

Os direitos de 2ª são direitos sociais, econômicos e culturais e atribuídos a cada indivíduo, como exemplo os direitos à educação, saúde, trabalho, segurança, etc. já os direitos fundamentais de terceira dimensão relacionam-se com os direitos ligados à fraternidade.

Assim, o artigo em questão tem como intuito destacar que mesmo diante da tutela e proteção do Estado aos direitos fundamentais, por vezes, esses podem colidir, como é o caso do direito à vida e o direito à liberdade de crença, quando da recusa de transfusão de sangue pelos indivíduos Testemunhas de Jeová.

Necessário se faz apresentar uma solução para o caso de conflitos entre direitos fundamentais, a qual, no caso em questão será verificada através da utilização do princípio da proporcionalidade, bem como de seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo, o presente artigo tem como objetivo demonstrar como a colisão entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental a liberdade de crença pode ser solucionada diante da negação de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová e do dever do médico em realizar a transfusão no caso de imanente perigo a vida da vítima, através da regra da proporcionalidade, apresentada por Robert Alexy. Nesse contexto, a problemática que envolve o presente artigo está em analisar se existe a proporcionalidade, conforme Alexy, entre o direito fundamental à vida e o direito à liberdade de crença, no caso da religião Testemunho de Jeová.

O método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados dessa pesquisa é o método dedutivo, juntamente com os métodos de procedimento monográfico e histórico. Logo a técnica de pesquisa consistira na bibliográfica.

Assim, em um primeiro momento serão analisadas as características e atribuídas conceituações aos direitos fundamentais, bem como demonstrada sua separação em dimensões e como estas são classificadas pelos juristas e doutrinadores. Posteriormente, será analisado o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade de crença, a fim de se estabelecer suas posições no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. A partir de então, será analisado o Habeas Corpus nº 268-459/SP.

Por fim, será averiguada a solução cabível ao caso de colisão entre direitos fundamentais, destacando-se a hipótese apresentada por Robert Alexy do meio de utilização da proporcionalidade, bem como de seus subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E A LIBERDADE DE CRENÇA

Os direitos fundamentais passaram a ter maior notoriedade pós 88 com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual estabeleceu uma nova era à teoria dos direitos fundamentais. Entretanto, são constituídos por um caráter histórico, visto que são frutos de distintos momentos históricos e acompanham de acordo com a sociedade.

Assim, o direito à vida está garantido e positivado na Constituição Federal de 1988, no caput de seu artigo 5º, o qual aduz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”⁴

Além do que fora expressamente referido no caput do artigo 5º, a proteção ao direito a vida também pode ser constatada no inciso XLVII, a, o qual proibiu a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Ainda, a redação da Constituição vai ao encontro do elucidado no artigo 6, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o qual afirma que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”⁵

Ademais, a Assembleia Geral das Nações Unidas expos no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que “todo homem tem direito à vida, liberdade e segurança de sua pessoa”⁶

Nesse sentido, segundo Casabona:

O bem jurídico vida humana, erigido à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal, constitui suporte indispensável para o exercício de todos os demais direitos, o que explica a especial proteção que lhe é outorgada pela lei penal. Exsurge como o primeiro e mais importante direito do homem e, embora se discuta essa afirmação no que tange à preponderância da autonomia e da liberdade individual, impõe observar que esses direitos se referem exclusivamente ao homem enquanto se vivo, independente de qualquer reconhecimento pelo ordenamento jurídico.⁷

Assim, o direito à vida é constituído como direito fundamental pressuposto para a existência dos demais, declarada como bem supremo e como primeiro direito do homem, abarcado e protegido pela Constituição Federal e por Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário. Conforme destaca Sarlet:

De acordo com a tradição do constitucionalismo contemporâneo – especialmente a partir do Segundo Pós-Guerra (Segunda Metade do Século XX), o conceito de “vida”, para efeitos da proteção como direito fundamental (mas também no plano de uma proteção na perspectiva jurídico-objetiva, como se verá) é aquele de existência física. Cuida-se, portanto, de critério meramente biológico, sendo considerada vida humana toda aquela baseada no código genético humano. Em apertada síntese, é possível afirmar que o direito à vida consiste no direito de todos os seres

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁵BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Julho, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 13 de maio de 2018.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 08 de maio de 2018.

⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Buenos Aires: Universidad, 1994.

humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano. Com isso, busca-se afastar toda e qualquer concepção de ordem moral, social, política, religiosa ou racial acerca da vida humana, especialmente aquelas que pretendem uma diferenciação entre uma vida digna e a vida indigna de ser vivida e, neste sentido, reconhecida e protegida pela ordem jurídica.⁸

O direito à vida é um direito inato e inerente a todo o ser humano e sua inviolabilidade garante a existência de outros direitos fundamentais, os quais, em conjunto, tonam-se indispensáveis à vida de todo e qualquer cidadão. Desse modo, juntamente com o direito à vida, encontra-se outro direito fundamental de primeira dimensão, qual seja o direito à liberdade de crença.

O direito à liberdade de crença faz parte do rol de direitos fundamentais de primeira geração, assim como o direito à vida, e é assegurado no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe 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”.

A liberdade de crença pautada na Constituição relaciona-se com o direito de escolher uma religião ou apoiar seita religiosa e, dessa escolha não sofrer interferência ou censura por parte dos indivíduos ou do Estado. Ademais, compreende o direito mudar de religião e o direito a não se firmar em nenhuma religião.

Nesse sentido, a liberdade de crença foi assegurada já em 1789, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual elucidou em seu artigo 10º que:

Artigo 10º- Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.⁹

Do mesmo modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XVIII proclamou que:

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o Direito à vida. **Comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal**. UnB: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.01, nº 02. Julho-dezembro, 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/78/72>. Acesso em 10 de maio de 2018.

⁹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 10 de maio de 2018.

ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.¹⁰

Ademais, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de novembro de 1981, foi de fundamental importância na proteção do direito à liberdade religiosa, visto que, se opôs a intolerância e discriminação fundadas nas religiões existentes em diversos países ao redor do mundo e promoveu a liberdade de pensamento, consciência e religião, destacando em seu artigo 1º que:

§1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.

§2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha.

§3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.¹¹

No Brasil, até a Proclamação da República em 1889, não havia o que se falar em liberdade religiosa, passando a ocorrer no final de 1890 com a redação do Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890, por Ruy Barbosa, o qual em seu primeiro artigo proibiu a imposição de uma religião por parte do Estado¹²:

Art. 1º É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões filosóficas ou religiosas.¹³

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 05 de maio de 2018.

¹¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções**. Novembro, 1981. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>. Acesso em 07 de maio de 2018.

¹² MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. **Religião e Direitos Fundamentais: o Princípio da Liberdade Religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº18. Julho/dezembro, 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_\(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em 10 de maio de 2018.

¹³ BRASIL. **Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 08 de maio de 2018.

Desse modo, assim como o direito à vida, o direito à liberdade de crença também constitui direito fundamental de suma importância, visto que regula a liberdade de um indivíduo a qual inclui não apenas a religião, mas também o pensamento.

Nesse sentido, por vezes, ambos podem entrar em conflitos devido à importância e, sobretudo, ao papel de direito fundamental exercido pelo direito à vida e o direito à liberdade de crença. Esse conflito pode ser constatado no caso das Testemunhas de Jeová quando, por motivos de crença, negam-se a realizar transfusão sanguínea o que, por vezes, causa a morte do indivíduo, como será analisado na próxima seção.

2 O CASO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

A religião das Testemunhas de Jeová foi fundada no ano de 1870 por Charles Taze Russell, quando formou um grupo de estudo em Allegheny, Pensilvânia, com o intuito de publicar as suas verdades bíblicas em contradição a erros doutrinários de outras religiões. Atualmente possui adeptos em 240 países, através de 120 mil congregações.

Essa religião gera polêmica quando se trata de colisão entre direitos fundamentais, visto que, uma das crenças das Testemunhas de Jeová é de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por ser contrário a passagens bíblicas. Devido a tal crença os adeptos da religião são contrários à transfusão sanguínea o que, por vezes, leva indivíduos a óbito e acarreta em um choque de princípios. Ademais, além da autonomia de vontade do paciente, tem-se também o dever do médico em realizar o procedimento necessário a salvar a vida do indivíduo. O Conselho Federal de Medicina traz em sua Resolução nº 1.021/80 que:

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

1 - A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.

Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.

Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no artigo 32, letra "f" do Código de Ética Médica:

"Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar".

2 - O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.¹⁴

O conflito entre o direito à vida e à liberdade de crença no caso de adeptos da religião se negar a receber a transfusão de sangue gera polemicas, justamente pelo dever medico de realizar a transfusão no caso de iminente perigo de vida. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no Habeas Corpus 268.459/SP¹⁵:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexitem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.021/80**. Outubro, 1980. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm.

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 268-459/SP. Testemunhas de Jeová**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754>.

intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.

(STJ - HC: 268459 SP 2013/0106116-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014)

O Habeas Corpus em questão teve como Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura e foi impetrado em favor de Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza, tendo como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Hélio e Ildelir eram genitores de uma adolescente de 13 anos que sofria de anemia falciforme e na madrugada de 21 de julho de 1993, foi internada no hospital São José por apresentar agravamento em seu estado de saúde, resultante da anomia sofrida.

Após se submeter a exames, constatou-se que a mesma estava com uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exige com urgência de transfusão sanguínea. O diagnóstico foi apresentado aos pais da vítima, que apesar dos esclarecimentos feitos pelos médicos do Hospital, recusavam-se a permitir a transfusão de sangue na paciente, devido a preceitos religiosos da seita Testemunhas de Jeová, do qual eram adeptos.

O quadro da paciente agravava-se cada vez mais e uma das médicas do Hospital estava prestes a conseguir a autorização do pai da adolescente, Hélio, para que se fizesse o procedimento. Contudo, a genitora da vítima, Ildelir, comunicou o fato a José Augusto, médico e adepto da mesma seita, em busca de orientação como proceder. Este compareceu ao Hospital e ostentado a condição de membro da Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová, influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão e intimidou os médicos presentes, ameaçando processá-los judicialmente caso efetuassem-na contra a vontade dos pais da paciente.

Durante todo o tempo, os genitores da adolescente foram alertados que não havia outra alternativa à transfusão, caso desejassem salvar a vida da filha. Em resposta, declaravam que preferiam ver a filha morta a deixar ela receber a transfusão, pois se isso ocorresse ela não

iria para o Paraíso. Ildelir chegou a assinar por escrito uma declaração na qual assumiu responsabilidade decorrente da recusa da transfusão sanguínea. Enfim, após inúmeras tentativas frustradas de convencimento dos pais da vítima, esta veio a falecer entre 4h10min a 4h30min do dia 22 de julho de 1993, em consequência de assistolia ventricular, crise vâsculo oclusiva e anemia falciforme.

Desse modo, o Habeas Corpus impetrado em favor dos genitores da vítima, Hélio e Ildenir, que pugnou pela expulsão de ambos da ação penal, não foi reconhecido por unanimidade pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por entender que pela vítima ser menor, a vontade dos pais não poderia prevalecer e o direito à vida estaria acima de qualquer religião.

Nesse sentido, a colisão entre direitos fundamentais, nesse caso, teve como prevalência o direito à vida, embora a vítima não tenha conseguido resistir sem a transfusão de sangue, a qual fora recusada pelos seus genitores, invocando o direito fundamental à liberdade de crença. Assim, tal problema deve ser solucionado através de medidas adequadas, utilizando métodos estritamente necessários. Como hipótese apresenta-se o princípio da proporcionalidade utilizado por Robert Alexy, conforme será visto na próxima seção.

3 A PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são inerentes à vida humana. Constituem um sistema, visto que, os direitos fundamentais interagem e se completam, mas, também se encontram em constante conflito, por apresentarem uma importância e destaque similar e não se encontrarem em grau de hierarquia dentro da Constituição Federal.

Desse modo, conforme Cardoso¹⁶:

Devido à sua importância, é condição para a configuração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais possuam força vinculante, obrigando tanto o Estado quanto os particulares a respeitá-los. Não obstante, não podemos olvidar que, para que tais garantias possuam tal força, é imprescindível que todas as normas de direitos fundamentais possam ser justiciáveis, ou seja, que sua efetivação possa ser verificada pelo Poder Judiciário.

¹⁶ CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. 2016. p. 139..

Assim, a efetividade dos direitos fundamentais deve ser verificada pelo Poder Judiciário para que tais direitos possuam força vinculante e, no caso de conflitos, possam ser esclarecidos judicialmente.

Para Alexy¹⁷, as colisões de direitos fundamentais podem ser compreendidas de forma estrita ou ampla. As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem quando o exercício de determinado direito fundamental acarreta consequências a outro indivíduo. Essas colisões podem ser divididas em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais diferentes.

As colisões de direitos fundamentais idênticos podem ser divididas em quatro tipos: a) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental. Ex: dois grupos pedem para fazer uma manifestação no mesmo local e horário; b) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, mas enquanto um exerce um direito de defesa liberal, o outro tenta exercer um direito de proteção. Ex: quando um policial mata um sequestrador para salvar o refém; c) quando o lado positivo e o lado negativo do mesmo direito entram em conflito. Ex: direito à crença; e por fim, d) quando entram em conflito o lado jurídico e o lado fático do mesmo direito. Ex: gratuidade da justiça (igualdade formal e igualdade material). Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo nascem sempre que o exercício de um determinado direito fundamental acarreta consequências negativas a bens coletivos.¹⁸

No caso de colisão entre princípios Alexy defende, diferentemente no caso de colisão entre regras, que não há como um deles ser declarado inválido nem que possa ser introduzida uma cláusula de exceção e sim, defende a técnica do sobepesamento, a qual foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, sendo utilizado no ano de 1958, pela primeira vez, para solucionar o caso Lüth.¹⁹

Alexy defende que os conflitos entre princípios devem ser solucionados através da ponderação, a qual é aplicada a partir do princípio da proporcionalidade ²⁰. A proporcionalidade é tratada, cotidianamente, como sinônimo de razoabilidade, tanto na

¹⁷ ROBERT, Alexy. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. 2015.

¹⁸ CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. 2016. p. 143-144.

¹⁹ CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. 2016. p. 146.

²⁰ ROBERT, Alexy. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. 1999. p. 75.

doutrina quanto na jurisprudência, a diferença apresentada seria de que a proporcionalidade seria uma construção dos alemães enquanto a razoabilidade dos norte-americanos.

Para Virgílio Afonso da Silva²¹ a proporcionalidade é:

uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

Para que seja aplicado o princípio da proporcionalidade é necessário que siga os seus três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo, Alexy aduz:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.²²

A análise dos subprincípios não é ação necessária e, sim, deve ser realizada como subsidiária, só se analisa um próximo subprincípio caso o ato seja proporcional. A adequação realiza um exame absoluto, sem comparar com outras hipóteses. O ato será adequado se o meio escolhido alcançar seu objetivo. De outro modo, a necessidade vai importar na realização de uma comparação entre a gravidade do meio escolhido e o objetivo que se pretende alcançar. Será necessária apenas se não existir outro meio de menor gravidade para a realização do ato e, assim, para atingir o objetivo.²³

Assim sendo, a proporcionalidade em sentido estrito vai levar em conta a intensidade de restrição do direito atingido, bem como a importância da realização do direito fundamental colidente. Ira ser demonstrado qual o direito que devera ser acolhido e protegido, seja o direito atingido pelo ato ou o direito que o ato quis prestigiar.²⁴

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. p. 23. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em 10 de maio de 2018.

²² ROBERT, Alexy. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. 1999. p.75.

²³ CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. In: Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2016. p. 149. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>. Acesso em 13 de maio de 2018.

²⁴ CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. In: Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2016. p. 149. Disponível em:

A aplicação desse último subprincípio deve ser realizada em três momentos: primeiro, determinar-se-á o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido; segundo, deve-se averiguar a importância das razões que justificam a intervenção; e, terceiro, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das fases anteriores. Se, os motivos que fundamentaram a sua adoção não tiverem peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido, a medida não passará no teste.

Assim, conforme defende Alexy:

Quando dois princípios de direitos fundamentais colidirem, um deles terá que ceder, não significando, contudo, que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, e também não significará que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Neste caso, o que ocorre, é que um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. Necessário mencionar que se estas condições se modificarem a questão da precedência, deverá ser resolvida de forma oposta ou diferente. No caso concreto, os princípios terão pesos diferentes e àquele que tiver maior peso, deverá ter precedência sobre o outro.²⁵

Desse modo, devido ao fato de grande parte dos direitos fundamentais serem recepcionados como princípios, a medida da proporcionalidade, através de seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é forma eficaz de averiguar, no caso de colisão de direitos fundamentais, se a justificativa adotada para restringir um direito foi necessária e, assim, o direito fundamental escolhido através da proporcionalidade é o mais adequado.

Desse modo, a proporcionalidade é meio eficaz e deve ser utilizada no caso da colisão entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade de crença quando ambos entrarem em conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais foram fruto de uma longa construção histórica e mudanças sociais e culturais, na qual os indivíduos passaram a identificar suas necessidades básicas, sendo necessária a proteção e efetivação de seus direitos por parte do Estado. Contudo, são ainda responsáveis por limitar a atuação do Estado, bem como de uns indivíduos

<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>. Acesso em 13 de maio de 2018.

²⁵ ROBERT, Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2014. p.93-94.

em relação aos outros e ainda por preservar a dignidade da pessoa humana, a qual é fundamento dos direitos fundamentais.

Entretanto, mesmo diante abstenção por parte do Estado em determinados casos e, em outros, de sua tutela e proteção do, ocorre, por vezes, que alguns direitos quando colocados frente a frente podem entrar em conflito, como é o caso do direito à vida e o direito à liberdade de crença no que tange a recusa de transfusão de sangue por adeptos da religião Testemunhas de Jeová.

Como exemplo tem-se o caso exposto pelo Habeas Corpus, o qual teve como Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura e foi impetrado em favor de Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza, os quais eram genitores de uma adolescente de 13 anos que sofria de anemia falciforme e na madrugada de 21 de julho de 1993, foi internada no hospital São José por apresentar agravamento em seu estado de saúde, resultante da anomia sofrida e que, diante da recusa de seus pais em realizar a transfusão de sangue veio a falecer.

No caso do Habeas Corpus em questão prevaleceu o direito à vida, visto que não foi reconhecido por unanimidade pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por entender que pela vítima ser menor, a vontade dos pais não poderia prevalecer e o direito à vida estaria acima de qualquer religião.

Nesse sentido, é necessário que se apresente soluções na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, sendo que tal solução pode ser verificada através da utilização do princípio da proporcionalidade executado por Robert Alexy.

Assim, por serem a maioria dos direitos fundamentais recepcionados como princípios, a medida da proporcionalidade utilizada por Robert Alexy, através de seus subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é forma eficaz de averiguar, no caso de colisão de direitos fundamentais, se a justificativa adotada para restringir um direito foi necessária e, conseqüentemente, o direito fundamental escolhido através da proporcionalidade é o mais adequado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções.**

Novembro, 1981. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>. Acesso em 07 de maio de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de maio de 2018.

_____. **Decreto n.º 119-A, de 7 de janeiro de 1890.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em 8 de maio de 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.** Julho, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 13 de maio de 2018.

CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy.** In: Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>. Acesso em 13 de maio de 2018.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana.** Buenos Aires: Universidad, 1994.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.021/80.** Outubro, 1980. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm. Acesso em 14 de maio de 2018.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 10 de maio de 2018.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. **Religião e Direitos Fundamentais: o Princípio da Liberdade Religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro.** In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº18. Julho/dezembro, 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_\(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-225-Artigo_Marcio_Eduardo_Pedrosa_Morais_(Religiao_e_Direitos_Fundamentais_o_Principio_da_Liberdade_Religiosa).pdf). Acesso em 10 de maio de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 05 de maio de 2018.

ROBERT, Alexy. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em 10 de maio de 2018.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SANTOS, Marta Thais Leite dos. **Unidade e indivisibilidade dos Direitos Fundamentais a partir de uma teoria principiológica**. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8dd99f719edf43e0>. Acesso em 7 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o Direito à vida. **Comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal**. UnB: Revista de Direito da Universidade de Brasília, v.01, nº 02. Julho-dezembro, 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/78/72>. Acesso em 10 de maio de 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. p. 23. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em 10 de maio de 2018.

STAFFEN, Marcio Ricardo; ARSHAKYAN, Mher. The legal development of the notion of human dignity in the constitutional jurisprudence. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 108-126, dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/1560>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 268-459/SP. Testemunhas de Jeová**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754>. Acesso em 13 de maio de 2018.