

# A APARENTE COLISÃO DO DIREITO À LIBERDADE E O DIREITO À VIDA EM FACE DA RECUSA AO TRATAMENTO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE

Élton de Almeida Correia<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho objetiva explicitar a aparente colisão do direito à liberdade e do direito à vida, com da recusa ao tratamento de Transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová. Devido ao dilema social, a maioria das pessoas entende que, por defender um tratamento específico, as Testemunhas de Jeová estabelecem uma escolha entre a fé e a vida. Fundamenta-se esse entendimento por vivermos num Estado Democrático de Direito – um Estado laico – que ampara e respeita as inúmeras discrepâncias entre as crenças e seu exercício; a saber: a Constituição Federal do Brasil, defensora da proteção da consciência religiosa, em um de seus artigos pétreos – Artigo 5º, inciso IV, ampara bem como sustenta, entre outras garantias, a vida – art. 6º. Por elencarem-se as diversas fases da evolução do Direito, analisam-se paulatinamente as transformações das leis, normas e princípios embaixadores desses direitos, chegando ao Regime Jurídico estabelecido atualmente. Contudo, constata-se juridicamente que esses dois direitos não se colidem e, tão pouco, se contradizem.

Assim, o presente estudo procura esclarecer todos os aspectos envolvidos, já na forma específica de tratamento, já pela norma jurídica, visando a buscar uma possível compreensão e pacificação social.

**Palavras-chave:** Colisão, direito à vida, direito à liberdade, princípios

**Abstract:** This thesis aspires to state explicitly the ostensible conflict of Right to the freedom and of the Right to the life in face of the refusal to the treatment of Blood transfusion for the Jehovah's witnesses. Due to the social dilemma, most of the people understands that, for defending a specific treatment, the Jehovah's witnesses establish a choice between the faith and the life. That understanding is based for we live in a Democratic State of Right, that aids and it respects the countless discrepancies between the faiths and his exercise. To know, the Federal Constitution of Brazil, defender of the protection of the religious conscience in one of their articles unconvertible – article 5th, subsection IV, as well as sustent among other warranties, the life – article 6th. For gather the several phases of the evolution of the Right, are analyzed the transformations of the laws, norms and principles base of those rights gradually, arriving to the Juridical Regime imposed now. However, it is verified juridically that those two rights are not collided and, so a little, they are contradicted. Nevertheless the present study explains all of the involved aspects, or in the specific form of treatment, or for the juridical norm, seeking to look for a possible understanding and social pacification.

**Words-key:** Collision, right to the life, direct to the freedom, principles

---

<sup>1</sup> Élton de Almeida Correia, graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Advogado do Grupo Empresarial SP.SP de Prestação de Serviços.

## **INTRODUÇÃO**

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Desse modo, no deslinde do tema, surge a apreciação de outros princípios fundamentais igualmente garantidos por nossa Carta Magna: o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Esses dois princípios nos colocam em face da recusa de transfusão de sangue como tratamento médico.

Analisar-se-á, neste estudo, a existência ou não de uma possível colisão entre esses dois princípios tão importantes, previstos no art. 5º da Constituição Federal. Objetiva-se avaliar os princípios, distinguindo-os das regras no contexto jurídico. Oportunamente será objeto deste trabalho o estudo pormenorizado do direito à vida e à liberdade religiosa, para demonstrar qual deve prevalecer ou se ambos os princípios preponderam ante a recusa à transfusão de sangue.

Em virtude dos fatos apresentados, este acontecimento social buscará soluções refletidas na construção de um novo direito, que deve ser baseado em princípios, estruturados por postulados normativos aplicativos, obtidos em livros, jurisprudências e pareceres. Para se atingir a projeção do Estado Democrático de Direito, ter-se-á de passar pelo Jusnaturalismo e pelo Positivismo, bem como pela ingerência das transformações sócio-culturais da sociedade.

O presente tema é extremamente relevante, por tratar de direitos individuais fundamentais concernentes ao ser humano, ligados intrinsecamente à essência do homem. De fato, proporcionará uma visão mais abrangente, visando à diluição de preconceitos e costumes, dado que o objetivo maior é a construção de um ordenamento mais justo e coerente.

### **1. SÍNTESE DA CIÊNCIA JURÍDICA**

O Jusnaturalismo é uma das correntes filosóficas que acompanha o Direito no decorrer dos séculos, cuja origem está associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária (BARROSO, 2003, p.19), fundada na existência de um direito natural. Os princípios jurídicos posicionados por essa corrente classificam-se, em esfera abstrata e metafísica (BONAVIDES, 1994, p. 232-235), por reconhecer seu posicionamento à existência de um conjunto de valores e pretensões humanas independentes do direito positivo.

No decorrer dos anos, o Jusnaturalismo fundamentou-se, de fato, em duas premissas: lei estabelecida por vontade divina e lei baseada na razão. Por visar o abandono desse

conceito desenvolvido na Idade Média, o Jusnaturalismo moderno<sup>2</sup> (BARROSO, 2003, p. 20) – consolidado no século XVII, baseia-se na natureza e na razão humana. Expande o posicionamento do conhecimento objetivo da liberdade e inicia-se o confronto com o absolutismo por ampliar uma cultura laica. Nesta nova fase, critica-se a posição anterior do movimento, a burguesia anseia chegar ao poder e o iluminismo<sup>1</sup> fortalece suas novas convicções, resultando em vários movimentos individualistas propositores do estabelecimento burguês sob a monarquia absolutista – a exemplificar-se pela Revolução Francesa, juntamente com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão (1789), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Revolução Gloriosa (1689)<sup>2</sup>.

No século seguinte – em 1804 –, entra em vigor o Código de Napoleão: Código Civil Francês. Por focar a clareza, unidade e simplificação, adiciona-se a tradição jurídica romano-germânica à elaboração de seus códigos, cuja técnica promove a identificação entre o direito e a lei, visando a alcançar a interpretação gramatical, histórica, objetiva e neutra.

Conquanto inicialmente o Jusnaturalismo se opunha ao Positivismo jurídico, com o passar dos anos, seus direitos naturais foram absorvidos pela corrente do Positivismo; já não havia mais atritos, somente sua conservação.

Segundo Espíndola (2002, p. 63), o valor dos princípios deriva de leis e não de ideais justos, ao perpetuar nos Códigos como fonte normativa auxiliadora dos textos jurídicos. Já na concepção de Barroso, idealizou-se o positivismo no conhecimento científico que, utopicamente, se cria em atividades intelectuais regidas por leis naturais autônomas da vontade e da ação humana. Os fundamentos positivistas defendem a ciência como única fonte de conhecimento incapacitado de demonstrações – a fundamentar a distinção entre o indivíduo e o objeto, porque se preservem as opiniões, preferências e, sobretudo, o preconceito – embasando-se no conhecimento científico, objetivo. E, finalmente, a ciência é empregada nas ciências naturais, a objetivar a observação e a experimentação estendida a todos os campos de conhecimento.

---

<sup>2</sup> “[...] o surgimento do jusnaturalismo moderno está associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645) (...) ao difundir a idéia de direito natural como àquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque, fundado na razão, Grócio desvincula-o não só da vontade de Deus, como de sua própria existência”.

<sup>1</sup> O Iluminismo aconteceu na Europa, no século XVIII, cujo cenário principal foi a França. Essa corrente filosófica defendeu o alcance do conhecimento, da boa associação da sociedade, da liberdade individual e, sobremaneira, da felicidade pela razão humana, pregando a soberania burguesa contra o Antigo Regime. Alguns dos destaques desta época foram Locke e Rousseau, cujas idéias influenciaram movimentos como Revolução Francesa (1789), Declaração dos Estados Unidos (1776).

<sup>2</sup> A Revolução Gloriosa (...) não foi vista como revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) A revolução Americana (...) permaneceu como um evento de importância pouco mais que local. (ARENDDT, Hannah. **On revolution**. Londres: Penguin Books, 1987. p.43, 55-6 apud BARROSO, 2003, p. 21)

No livro “Positivismo jurídico”, Norberto Bobbio (1995, p. 135) exorta – “A ciência exclui (...) o juízo de valor, porque (...) deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais)...”. Contudo, o Direito funda-se em juízos de fato, ao visar ao conhecimento da realidade.

Algumas peculiaridades diferem o positivismo, caracterizando-o, pela aproximação intensa entre o Direito e a norma, como ato imperativo e coativo emanado do Estado e como um ordenamento jurídico completo. No século XX, o Direito tornou-se um conjunto de normas, um sistema tido como perfeito (um dogma) que se justificara por si próprio. Sabidamente, o Direito não pode adotar uma postura descritiva e objetiva da realidade. No entanto, atua acerca desta por haver a relação entre o intérprete, a norma e a realidade. Por conseguinte, necessita-se da exposição subjetiva da pessoa analisadora – transformando, indubitavelmente, a proposta apresentada pelo positivismo impossível de se realizar. E, ainda, considerou-se uma ideologia política a neutralidade da ciência positivista.

Os fracassos do Jusnaturalismo e do Positivismo junto às suas idiossincrasias proporcionaram a evolução, nas últimas décadas do século XX, de uma nova corrente, o Pós-positivismo, cuja discussão é a definição das relações entre valores, princípios e regras – a originar, portanto, a nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. Deu-se da junção de pontos específicos das correntes anteriores.

A postura positivista de racionalização e objetividade afasta a ética não condizente ao momento civilizatório que existia na época. O pós-positivismo remedia a situação por abordar o ordenamento jurídico positivista, contudo, reintroduzindo nele idéias justas e legítimas do Jusnaturalismo. Não obstante, houve uma reaproximação do Direito e da ética. Esses novos valores materializaram-se em princípios contidos – implícitos ou explicitamente – na Constituição.

Destaca-se o termo:

[...] *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito de objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber. (ESPÍNDOLA, 2002, p.52)

Entretanto, a singularidade na dogmática jurídica que se inova é devido ao reconhecimento de sua normatividade.

Os princípios constitucionais – cujos papéis são a cisão de valores: unicidade de sistema e o condicionamento de atividade do intérprete – sintetizam os valores absortos no

ordenamento jurídico, por refletirem a ideologia da sociedade, seus postulados essenciais e seus fins, propiciando unicidade e harmonia ao sistema, devido à integração de suas distintas partes e a tenuidade de suas normativas – por identificar a regência da maioria de um princípio sobre o outro e a degradação de um genérico em um específico. Estes não comportam enumeração taxativa; por conseguinte, há um vasto espaço de consenso.

Dworkin (apud BARROSO, 2003, p.31) universalizou e convencionou o que se sabe nos dias de hoje acerca das regras e dos princípios. Vê-se a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, cujos valores jurídicos estão acima do positivismo, em que o papel principal é desempenhado pela justiça e pelos direitos fundamentais. Não obstante, regras são definidas como preposições objetivas, incidindo restrita, direta e automaticamente nos fatos nelas descritos. A regra não admite gradações. A exceção da regra é uma outra regra, invalidando a primeira, ou sua violação. A Constituição Federal do Brasil de 1988 exemplifica, em seu artigo 37, nos incisos:

XIX: Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de pública, de sociedade, de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

XX: Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Nessa regra, apenas não incidirá se for inválida, generalizada para o caso concreto ou não estiver em vigor, dando sua aplicação por subsunção. Por outro lado, contêm os princípios um embasamento ético, valorativo, relevante e um direcionamento a seguir – ocorrendo o pluralismo – a resultar em colisão de princípios. Neste caso, há uma avaliação para o reconhecimento de importância e especificidade do princípio adequado a ser aplicado, a saber, num caso concreto, em que há colisão entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade ou a livre iniciativa e a intervenção estatal, ou o direito à propriedade e a sua função social.

Em situações hipotéticas como justa indenização, interesse público ou interesse do menor – assimila-se a regra aos princípios. Nesses casos, possibilita-se ao intérprete empregar sua subjetividade ao comando normativo e decidir concretamente a melhor regência ao fato apreciado.

Distintamente de regras, os princípios são regidos por postulados estruturantes, aplicando-se coerentes a possibilidades jurídicas existentes, visando ao não-comprometimento de sua eficácia e validade. A ponderação de valores visa a estabelecer o peso coerente, adequado a cada princípio colidido. Segundo Robert Alexy (apud BARROSO, 2003, p.31),

[...] esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são regras que o excepcionam em algum ponto e outros princípios de mesma estrutura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

Seus fundamentos são os princípios da razoabilidade e da preservação. “*Um caso emblemático*” resgatado por Juarez de Freitas (apud BARROSO, 2003, p.32),

[...] no Direito Comparado é o do prisioneiro que faz greve de fome. Após acesa polêmica, a solução encontrada foi a de fazer valer o direito à vida sobre a liberdade de expressão, contudo o soro somente foi aplicado quando a grevista caiu inconsciente, uma vez que, neste estado, não haveria sentido falar propriamente em liberdade de expressão.

A ponderação difundiu-se na doutrina e aumenta paulatinamente nas decisões dos tribunais, necessitando-se, assim, de demarcação do assunto e modo do como será abordado. A demanda por segurança ou justiça deverá satisfazer o ordenamento jurídico por distribuir suas normas equilibradamente entre princípios e regras.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito decidiram a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Metodologicamente, disputou-se a primazia entre o problema concreto a ser resolvido e o sistema normativo na formulação da solução adequada, a qual se baseia em linhas argumentativas – por objetivar a racionalização dos interlocutores. De fato, dão-se as discrepâncias embasadas em argumentos nas relações humanas, valendo-se os que possuem maior bagagem convincente aos receptores. Não há verdades absolutas – há, entretanto, escolhas prováveis, objetivamente justificáveis, aderindo ao apoio dos interlocutores. (CAMARGO, 1999, p.89-90). Com efeito, os juristas são parte principal no processo interpretativo, mas, por outro lado, vinculam-se aos cidadãos, órgãos estatais, às potências públicas.

A Constituição define-se como um conjunto de regras e princípios realizadores, por se conhecer valores na dimensão suprapositivista. No Brasil, despontaram recentemente o princípio da razoabilidade – cuja trajetória de desenvolvimento se deu no direito anglo-saxão, especificamente nos Estados Unidos, e chegou aqui amadurecido pelos alemães, que o denominaram como princípio da proporcionalidade – e o princípio da dignidade da pessoa humana, que necessita estabelecer a objetividade, para que este transite de sua dimensão ética a motivações racionais e se baseie nas decisões judiciais. Aquele está muito próximo do princípio de proporcionalidade – discrepando-se, no entanto, pelo fato do princípio de razoabilidade estar ligado ao controle de atos normativos – definindo-se por um mecanismo de controle discricionário legislativo e administrativo, ou seja, controle de atos de criação do direito. Ao permitir ao Judiciário invalidar atos de sua competência quando haja meio

alternativo para se alcançar o resultado traçado por um valor menor, seja incoerente o meio utilizado e o fim objetivado, seja quando há maior perda com a medida do que ganho, “A razoabilidade abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado” (BARROSO, 2003, 37), enquanto relaciona-se o princípio da proporcionalidade ao direito administrativo servindo de critério aferente de atos de concretização (ÁVILA, 1999, p. 151).

Assegura-se o princípio da dignidade da pessoa humana à integridade moral a todas as pessoas pela simples existência no mundo, interagindo tanto com a liberdade, valores de espírito e condições materiais da subsistência. Por sua vez, “expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade” (BARROSO, 2003, p.38), e associa-se aos direitos fundamentais identificados como bens e utilidades elementares à sobrevivência e à obtenção da liberdade.

Na França, o Conselho do Estado decidiu um caso fatídico acerca desse princípio: na cidade de Morsang-sur-Orge, o prefeito interditou a atividade de arremesso de anão, cuja concentração dava-se em casas noturnas de regiões metropolitanas de Paris, onde os anões eram lançados de um lado para outro – como projéteis. Objetivando a anulação da decisão do prefeito, o estabelecimento noturno e os anões recorreram da prestação da tutela jurisdicional do Estado, anulando-se o ato do prefeito por “*excès de pouvoir*”<sup>3</sup>. Entretanto, o Conselho de Estado, sendo a mais alta instância administrativa francesa, proferiu a sentença:

Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública, que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana. (BARROSO, 2003, p. 38)

No Brasil, esse princípio fundamentou muitas decisões relevantes, como uma no Superior Tribunal Federal, em que o réu invocou o princípio da dignidade da pessoa humana para não realizar o exame de DNA numa ação de investigação de paternidade<sup>4</sup>. Com efeito, a doutrina sustentou que o princípio cabia ao autor pertencente do direito de confirmação de sua filiação, “como integrante essencial à sua identificação pessoal” (BARROSO, 2003, p. 41).

---

<sup>3</sup> A expressão “*excès de pouvoir*” significa excesso de poder.

<sup>4</sup> STF, RTJ 165/ 902, HC 71.373 – RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94: “Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas – preservação da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da execução e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Este contexto faz surgir novas indagações, hipóteses que podem ocorrer em regra – que o relato é compatível com a Constituição –, mas, no caso concreto, resulta em um efeito inconstitucional. Se um fato apresenta um efeito antisonômico à dignidade da pessoa humana, não será aplicado. A inconstitucionalidade não interfere na validade geral da norma. Se numa situação o indeferimento da providência importar anulação de um direito fundamental como a liberdade, nega-se a aplicação à regra e preserva-se o princípio fundamental.

## **2 CONCEITO DE PRINCÍPIOS NO DIREITO**

### **2.1 Princípios Gerais do Direito e Princípios Constitucionais**

Os princípios gerais do Direito ou princípios gerais do sistema são tidos como pressupostos da vida jurídica, por não circunscreverem a apenas um fragmento do ordenamento jurídico refletindo-se, entretanto, em toda sua extensão. Resulta-se na própria consciência social da época o assento natural desses, por não precisarem de formulação positiva nada prejudica sua natureza. Castro (apud BASTOS, 1999, p. 140):

[...] menciona que em todos os países se distinguem normas que, apesar de não se basearem na autoridade do Estado nem nos interesses de uma determinada força sócia, têm um vigor normativo tal que são o fundamento mais firme da eficácia das leis, exemplificando [...]a admissão de princípios jurídicos que estariam fora da letra das leis.

Por tomar como base a concepção do mundo, o homem processa inúmeras conseqüências ou efeitos, buscando formar seu conjunto de valores sociais para que sustente a ordem estabelecida por comunidades e sociedades humanas. De fato, compreendem-se os princípios gerais de Direito como um auto-retrato das relações do homem.

Nos dias atuais, assimilam-se, paulatinamente, às Constituições os princípios gerais do Direito traduzidos como normas expressas, servindo como limites materiais ao Poder Constituinte. Autores como García de Enterría e Gordejo Canhas consideram esses princípios como o próprio Direito Natural. Há quem defenda que esses princípios gerais do Direito podem extrair-se da letra de seu texto, por servirem como suporte ao conteúdo das normas, mesmo se não expressos explicitamente na Constituição (CASTRO apud BASTOS, 1999, p. 141).

Um dos pressupostos discrepantes é a verificação da concepção da subsidiariedade de sua aplicação, a saber, o artigo 4º do Código Civil brasileiro que autoriza o uso dos princípios gerais de Direito apenas “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso com a analogia, os

costumes e os princípios gerais do direito”. No entanto, Bastos (1999, p. 142) embasa-se em Raul para exortar – “os princípios consubstanciados na Constituição são normas (...) não são meras, construções, informativas”. Uma vez encampados pelo texto constitucional, servirão esses de diretrizes interpretativas das normas e, também, como base ao ordenamento jurídico – assim como todas as normas constitucionais.

Distintamente da Doutrina, Castro apud Bastos (1999, p. 142) sustenta a eficácia dos princípios gerais de Direito, atribuindo-lhes funções – fundamento da ordem jurídica; orientadora do trabalho interpretativo e fonte no caso de insuficiência da lei, denominada como subsidiária encontrada no Código Civil. Não obstante, acentua-se a conotação nítida com determinado setor do Direito, não aplicado à totalidade do ordenamento jurídico, por serem caracterizados como princípios constitucionais. Nesse sentido, os princípios de publicidade, motivação e legalidade são princípios de um Estado de Direito, por não se ajustarem à noção de princípios gerais do Direito.

### **2.1.1 Os Princípios Gerais do Direito**

A função de orientar a atividade interpretativa é um dos inúmeros empregos abrangidos pelos princípios gerais do Direito. Estes são como cânones obrigatórios que devem presidir qualquer parte do ordenamento constitucional ou infraconstitucional trabalhada. Por outro lado, os princípios constitucionais serão chamados quando houver necessidade de se determinar quais serão os princípios aplicáveis no caso concreto, diferentemente dos princípios gerais do Direito – permitidores da evolução do texto constitucional – que estão ligados a atividades interpretativas e apresentam como característica ressaltada a generalidade absoluta de sua incidência.

Os princípios constitucionais observarão os princípios gerais do Direito e terão de respeitá-los, servindo somente de diretrizes de outras diretrizes indicadoras à correta interpretação dos princípios constitucionais. Todavia os princípios gerais do Direito não poderão contrariar a Constituição – que traz discricionariedade – dado que auxiliam a compreensão de um princípio constitucional e também facilitam a inteligência da norma constitucional.

Bastos (1999, p.145) cita Flórez-Valdés para definir princípios gerais do Direito:

[...] as idéias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, vindas de uma consciência social, que cumprem funções fundamentadora, interpretativa e suplementadora a respeito de seu total ordenamento jurídico.

Portanto, os princípios gerais do Direito servirão como guias na escolha de princípios adequados ao caso concreto, bem como na determinação de conteúdo orientador para o intérprete, visando sempre ao resultado final. Ao elencar princípios gerais do Direito, têm-se os princípios de justiça, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que se denominam como valores, por originar a causa, a gênese. Todavia, possui um aspecto teleológico devido à sua realização plena constituidora da finalidade aferida pelo intérprete, resultando em uma dicotomia origem-fim expressada como fundamento na teoria constitucional e, concomitantemente, com o objetivo prático efetivado pelos aplicadores do Direito.

### **2.1.2 Os Princípios Constitucionais**

Os princípios constitucionais permeiam toda a Constituição Federal, chocando-se, algumas vezes, que se harmonizarão devido à parcialidade recíproca. Norteadores de legislador original do Judiciário e do Executivo são os pontos mais altos do sistema jurídico, exigindo coerência dos que os seguem e possibilitando a permissão às manifestações principiológicas.

Ademais, a doutrina científica elabora um conjunto de noções embaadoras de princípios em textos constitucionais – destacando o Estado de Direito, a vontade popular, soberania nacional, entre outros. Para Usera, denominam-se estes princípios “complejo dogmático”, formando o núcleo essencial, enquanto, para Crisafulli (apud BASTOS, 1999, p. 149), a modelação do princípio constitucional atrai a ele todos os outros princípios, dado que procede como núcleo da fórmula política da Constituição.

Bonavides (1994, p. 150) exemplifica os princípios constitucionais mencionando Marshall – objeto de algumas ponderações – devido à demanda McCulloch e Maryland. À Justiça deveria admitir que

[...] um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como os Estados Unidos). [...] deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, em tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificulta-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios.

### **2.1.3 O tratamento na Constituição dos Princípios Gerais de Direito e dos Princípios Constitucionais**

Os princípios constitucionais particulares, antes extraídos da Constituição, passaram recentemente a receber direta formulação constitucional. Para Crisafulli, os princípios constitucionais deixaram de ser científicos ou dogmáticos para resultarem em direito positivo e com plena eficácia normativa, eliminando, desse modo, seu caráter subjetivo, hipotético ou doutrinal (BASTOS, 1999, p. 146-147).

A generalidade caracteriza os princípios gerais do Direito e princípios constitucionais, permitindo maior pormenorização à Constituição e facilitando sua compreensão, por tornar possível sua concretização em diversas situações. Celso Bastos compara a Constituição como uma estrutura corporal humana, admitindo uma precedência lógica relativa às normas – “como se a Constituição fosse, inicialmente, [...] um esqueleto formado duma dezena de princípios, [...] juntada da ‘carnação’ [...]” (BASTOS, 1999, p.148), esta seria as regras ou normas não principiológicas. A hierarquia apresentada por Celso, por meio do esqueleto, não atribuiu aos princípios posição superior nesta cadeia, entretanto, são eles os adjudicadores de sentido interpretativo à Constituição.

É imprescindível insistir no fato de que os princípios gerais do Direito não devem se confundir com quaisquer regras, entendem-se aqueles como idéias bases, fundamentais e organizadoras do sistema jurídico como um todo, por se fazer como peça principal para sustentar e conferir vida ao sistema. Por outro lado, os princípios constitucionais, cuja função é o agrupamento das regras, conferindo-lhes uma unidade, um conjunto, são como regras que ampliam as demais. Segundo Bastos, são os princípios que fornecerão os elementos-base para que haja integração constitucional e sua abertura diante da sociedade regente (BASTOS, 1999, p. 149).

## **2.2 Princípio como Norma Jurídica**

A metodologia tradicional diferencia os princípios de normas, evidenciando-se em Josef Esser, no seu livro *Principios y Normas en la Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado*. Dworkin e Alexy suavizaram a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero de norma de direito (apud ESPINDOLA, 2002, p. 66).

Dworkin objetiva mostrar que as questões de direito são questões de princípios e que as explicações positivistas e realistas acerca da prática jurídica, notadamente na Inglaterra e

nos Estados Unidos, não satisfazem por não reconhecerem o direito como uma construção interpretativa. Em seus trabalhos, embasa-se no Positivismo Jurídico para criticar a versão de Hart. Defende que a doutrina positivista possui teses tríplices, afirmando: “o sistema jurídico de uma comunidade é o conjunto de regras especiais usadas pelo mesmo, direta ou indiretamente, para o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público [...]”. O conjunto de regras é exaustivo; quando não existem normas jurídicas a regular uma situação, o juiz pode utilizar “qualquer critério extra-jurídicos para solucionar o conflito; (...) o Direito é formado (...) por regras de reconhecimento (...) ‘obrigação jurídica’”, implicando a previsão destas regras (WALDMAN, 2002, p. 121).

Há modalidades de normas justificadoras – cujos juízes estão vinculados – de coerção do indivíduo pelo Estado – sendo os princípios e outras formas de *standards*. Segundo Dworkin (2002), princípios são normas indicadoras de decisão, sem previsão de consequências à mesma, não apresentando afinidade com todos os casos concretos. Já *standards* incluem: *policies* e *stricto sensu*.

*Policies* são argumentos que pretendem alcançar um alvo, determinado escopo na sociedade. Já os princípios *stricto sensu* são argumentos protetores de direitos, a preservação de determinada situação por requerer à justiça razoabilidade e moralidade. Esta – Dworkin o enfoca no sentido discriminatório – porquanto diversas vezes o princípio que se deve determinante à decisão do juiz – tida como justa por ele – desconsiderando o pensamento do que é certo da maioria das pessoas. A moralidade, aqui, é vista como um conjunto de critérios utilizado para fundamentar um argumento moral ou não, independente de ser concernente.

A História da Humanidade apresenta inúmeros exemplos de sistemas jurídicos classificados como imorais. A moralidade discriminatória é um critério referente à forma assumida de um argumento a ser considerado moral, enquanto, no sentido antropológico, é um conjunto de crenças comunitárias acerca do que é certo ou errado do ponto de vista moral. Dado que os juízes, quando aplicam um princípio, não aplicando regras, deixam de aplicar o direito, mostrando, nitidamente, o erro positivista pela percepção da jurisdição dos argumentos de princípio. Um caso a ser citado é Riggs Palmer, julgado em Nova York em 1889, decidiu-se neste caso que o assassino não teria direito à herança de sua vítima. A sentença não procedia de nenhuma lei, mas, ainda assim, a corte considerou de procedência jurídica, por fazer sentido com relações às práticas. Por conseguinte, para Dworkin (2002), “os princípios são normas jurídicas, sem origem determinada”, quer de origem de nossas práticas cotidianas, quer sem fundamento da vida social.

Os espanhóis Perez Luño, Pietro Sanchis e García Enterría destacaram novamente o assunto por dividir norma em mais uma parte: os valores. Para discrepar princípios e valores, Aragon baseia-se em dois pilares – eficácia interpretativa e projeção normativa. Os valores fundamentam-se apenas no primeiro pilar: eficácia interpretativa. Somente o legislador pode – ao interpretar a Constituição vinda da lei – projetar ou converter um valor em norma.

Por outro lado, se o juiz não utilizar a mesma operação, a norma é empregada unicamente para interpretar uma norma. Já os princípios jurídicos servem para interpretar normas, alcançando projeção normativa tanto para o legislador quanto para o juiz. Esta sempre em defesa da norma, ou seja, fonte subsidiária, isto ocorre sempre quando há ausência de regra concreta a determinado caso, extraindo então resolução de princípios jurídicos à situação analisada.

Os princípios jurídicos são fórmulas de direito condensadas, a possibilitar ao legislador maior liberdade para projetar normativamente os valores constitucionais. Aragon ainda acrescenta que os valores são enunciados situando-se no campo da imprescritibilidade, e a sua projeção normativa regendo-se por critérios subjetivos subministrado pela oportunidade política. Enquanto os princípios jurídicos seriam enunciados pertencentes ao campo indeterminado e a sua projeção é regida por critérios objetivos proporcionados pelo Direito. Por conseguinte, Bonavides refere-se às normas tendo como parte integrante – princípios, regras e espécies (ESPINDOLA, 2002, p. 66-68).

A cizânia entre regras e princípios necessita do estudo da relação dogmático-normativa entre ambas as espécies, da função normativa dos princípios e conflitos entre princípios e conseqüências sobre as regras.

### **2.3 Critérios de Distinção entre Princípios e Regras**

O desígnio desta distinção entre princípios e regras serve para analisar os critérios adotados objetiva e criticamente.

Esser apud Ávila (2003, p.27) distingue princípios de regras por determinar princípios como sendo normas necessárias estabelecidas, para que um preceito seja aplicado. De fato, a diferença consistiria numa distinção qualitativa.

Para Larenz apud Ávila (2003), os princípios também são de grande relevância para o sistema jurídico, porquanto estes firmam os alicerces normativos à compreensão e a

aplicação do Direito. A diferença dos princípios em relação às regras é determinada na função, que o princípio possui de criar uma base normativa à obtenção de uma decisão.

Segundo Canaris, ocorre a distinção dos princípios e das regras por dois motivos – o conteúdo axiológico dos princípios é explícito ao seu valor – necessitando de regras para sua aplicação; e o modo de interação com outras normas, porque os princípios, diferentemente das regras, receberiam seu conteúdo por meio de complementação e limitação apud Ávila (2003)

Conforme entendimento de Dworkin, aplicam-se as regras ao “*modo tudo ou nada*”, ou seja, por haver conflito entre elas, priorizando como válida a regra e seus efeitos normativos válidos, ou não (DWORKIN, 2002, p. 39 e 42). No caso de colisão entre os princípios, não ocorrerá uma distinção de grau, mas sim em relação à estrutura lógica, baseada nos critérios classificatórios, por possuírem os princípios uma dimensão de peso, devendo ser aplicado o princípio de maior peso, sem ocorrer a perda da validade daquele que não foi aplicado.

Alexy propõe uma diferenciação de princípios e regras baseada em critérios comparativos, por discrepar quanto à colisão e à diferença obrigatória que se instituem. Não obstante, os princípios são aplicados em vários graus concernentes a possibilidades normativas e fáticas – haja vista aos princípios que, para serem aplicados, dependem dos princípios e das regras que se contrapõem. As possibilidades fáticas são inerentes ao conteúdo dos princípios, que somente se determinam diante dos fatos (ÁVILA, 2003, p. 29).

Quanto às regras, Alexy afirma que estas podem ou não ser realizadas. Caso forem aplicadas deverão fazer exatamente o que ela exige. Entretanto, não sendo realizadas – estas devem solucionar o conflito por meio da decretação de sua invalidade.

Ávila (2003, p. 31-55) demonstra em seu trabalho os critérios mais destacados de distinção entre regras e princípios:

[...] critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicada ao caso concreto.

[...] segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos pelo critério do modo final de aplicação, pois se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto, tudo ou nada, ao passo que os princípios, de modo gradual, mais ou menos.

[...] critério do “conflito normativo”, que se fundamenta na idéia de a autonomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios

consiste num imbrincamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

No entanto, entender-se-á, nos capítulos seguintes, qual será o critério mais apropriado para solucionar esta aparente antinomia.

### **3 COLISÃO DE PRINCÍPIOS: DO DIREITO À VIDA E A LIBERDADE RELIGIOSA E OS MEIOS DE SOLUÇÃO**

#### **3.1 Do Direito à Vida**

O direito fundamental consagrado na Carta Magna em seu art. 5º, caput, diz:

Todos são iguais perante a lei, sem discriminação 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.

O direito à vida, sobremaneira, é um direito contra o Estado. É dever este propiciar condições dignas e adequadas à manutenção de sua existência. Além do exposto, o direito à vida é inviolável, bem como também é a liberdade, intimidade, vida privada e outros mais. Conforme entendimento do professor Bastos (2000, p. 9):

Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constringida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, caput).

Coerentemente, o Estado deve oferecer condições favoráveis ao exercício pleno do direito à vida por amparar a inviolabilidade deste direito junto aos demais, objetivando a manutenção da paz social, assim como a preservação de outros direitos fundamentais como a liberdade.

#### **3.2 Do Direito à Liberdade Religiosa**

Ao se tratar de religião, corre-se um sério risco de adentrar no campo da metafísica, cujo conteúdo não solucionará o objetivo proposto neste trabalho. Demonstra-se na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso VI, a seguinte disposição: “é inviolável a liberdade

de consciência e de crença, sendo assegurado livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Para Bastos (2000, p. 10-11):

Em primeiro lugar, urge notar que a vida espiritual não se desenvolve em comportamentos estanques estando indiferente às injunções da sociedade. Ao contrário, as condições sociais, econômicas, históricas e culturais influenciam, sobremaneira, o pensamento individual. O condicionamento deste, por fatores externos, tem-se mostrado tão mais acentuado quanto se desenvolveram os meios de comunicação de massa e as técnicas de formação de opinião.

Ao concluir, considera:

Em segundo, já ficou constatado que o pensamento não se circunscreve ao domínio do puro espírito. Ele tende à transcendência, quer por sua vocação ao proselitismo, quer pelo simples fato de determinar em boa parte as próprias atitudes individuais. No contexto mesmo da liberdade de pensamento, há que se destacar a liberdade de opinião cuja característica é a escolha pelo homem da sua verdade, não importando em que domínio: ideológico, filosófico ou religioso. Ela ganha o nome de liberdade de consciência, quando tem por objeto a moral e a religião.

Destarte, a liberdade religiosa não se esgota nos sentimentos íntimos ou subjetivos – envolvendo a prática religiosa – assim como externar seus dogmas, mediante sua consciência e ações em suas vidas. Por conseguinte, as Testemunhas de Jeová exteriorizam sua fé por obedecer a preceitos bíblicos<sup>5</sup>, cuja essência recusa o uso de sangue.

A religião não se desenvolve apenas na dimensão espiritual. De fato, ela é expressa por meio da “liberdade de culto”. Esta não se limitará apenas aos templos – mas em qualquer lugar, evidentemente respeitando a ordem pública e os bons costumes (BASTOS, 2000, p. 14).

Contudo, a recusa de transfusão de sangue não implicaria nenhuma violação à ordem constitucional, conforme entendimento do professor Bastos. Aqui não há que se falar em ofensa à ordem pública, nem tampouco em violação aos bons costumes. A própria Constituição declara, como visto, que é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, os quais não se exercem apenas em locais pré-determinados, como em igrejas, templos, etc. A orientação religiosa há de ser seguida pelo indivíduo em todos os momentos de sua vida, independentemente do local, horário ou da situação. De outra forma, não haveria nem liberdade à crença, nem liberdade no exercício dos cultos religiosos, mas apenas “proteção

---

<sup>5</sup> Levítico 17: 10. “Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue e deveras o deceparei dentre seu povo”.

aos locais de culto e a suas liturgias” (parte final do inc. VI do art. 5º) (BASTOS, 2000, p. 14).

O art. 5º, VIII, declara que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Neste caso, a Constituição Federal reconhece que ninguém será obrigado a recusar suas crenças por imposição do Estado. Não podendo a imposição legal aniquilar, ou seja, anular a liberdade de crença amparada pelo texto constitucional.

A Religião Testemunhas de Jeová foi formada por um pequeno grupo de estudo bíblico coordenado por Charles Taze Russel, em Alleghny, Pensilvânia, EUA, em meados de 1870; esta religião é independente do catolicismo e do protestantismo.

Em julho de 1879, Russel publicou o primeiro número da revista A Torre de Vigia de Sião e Arauto da Presença de Cristo (em inglês), atualmente conhecida como A Sentinela, publicada pela Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, organizada pelas Testemunhas de Jeová.

As Testemunhas de Jeová são conhecidas mundialmente por sua obra de proclamar “*as boas novas do reino*”, por atingir nos dias de hoje uma escala de mais de duzentos e trinta e cinco países, somando mais de seis milhões de adeptos em todo o mundo.

Como em todas as religiões, são possuidoras de regras fundamentadas na Bíblia, alistando-se entre elas, a recusa de qualquer tratamento médico envolvendo o uso do sangue, bem como de seus componentes.<sup>6</sup>

### **3.3 A Recusa ao Tratamento com Sangue**

A recusa para o uso de tratamentos baseados na administração de sangue é fortemente defendida pelas Testemunhas de Jeová, por obedecerem a ordens registradas na Bíblia de abster-se de sangue. Amparadas pela Constituição Federal, bem como por princípios nela inseridos, manifestam o direito de recusa a tratamento com o uso de sangue.

Deve-se mencionar a existência de tratamentos alternativos, seguros e eficazes, que podem ser ministrados a qualquer pessoa que recuse o uso de sangue, independentemente de sua crença, exemplo: expansores do volume do plasma, os fatores de crescimento hematopoéticos, a recuperação intra-operatória do sangue no campo cirúrgico, agentes

---

<sup>6</sup> Brochura: Testemunhas de Jeová – Quem São? Em Que Crêem? 2000.

hemostáticos para hemorragia e coagulação, assim como agentes terapêuticos e técnicas para tratamento de anemia (BASTOS, 2000, p. 5).

Além do mais, o art. 5º do Código de Ética Médica diz: “O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente” (LÉO MEYER, 2003).

Conclui o professor de ética médica da USP, Dr. Marco Segre, em palestra ministrada sobre assunto em tela, em abril de 1996, em Ribeirão Preto, “[...] o fato de existir uma crença religiosa que impede a aceitação de sangue está contribuindo enormemente para o desenvolvimento científico”. Afirmando que estamos próximos de não falarmos mais em transfusões de sangue, pois serão mais seguros e eficazes os métodos alternativos, por não oferecerem riscos de contaminação àqueles que necessitem de tal tratamento<sup>7</sup>.

### **3.4 Colisão de Princípios**

Conforme explicação do Professor Espíndola (2002, p. 74): “é na dimensão da validade que se resolve o problema entre as regras conflitantes”. Seja pelo critério hierárquico, seja pela especialidade ou critério cronológico, afasta-se a regra incompatível.

Para Alexy (apud ESPINDOLA, 2002, p. 74), “Um conflito entre as regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, foi introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”.

Dworkin (2002) afirma que o operador do Direito possui a faculdade de escolher dentre os princípios o que mais lhe convier, considerando-o mais adequado à solução do caso concreto. Desta forma, o afastamento de um princípio não restringe sua possível aplicação em uma nova hipótese, porquanto não se exclui da ordem jurídica.

As regras são desdobramentos normativos dos princípios, que, quando colidem, há a invalidade de uma delas. Portanto, na existência de mais de um princípio a ser aplicado no mesmo caso, verifica-se a dimensão do peso, porque, para Alexy, somente princípios válidos podem colidir entre si.

---

<sup>7</sup> ASPECTOS éticos e legais do tratamento sem transfusão de sangue. In: SEMINÁRIO SOBRE TRATAMENTO MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE, 1996, Ribeirão Preto. Ribeirão Preto: SC, [1996]. 1 fita de vídeo (120 min.) VHS, son., color., fita 6.

### 3.5 Principais Regras à Solução dos Conflitos

Ante as considerações, pode-se afirmar que os postulados normativos estão situados num plano distinto das normas que estruturam. De fato, os postulados normativos seriam normas de segundo grau fundamentadas na aplicação destas outras.

Para Ávila (2003, p. 89):

A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. Alexy não enquadra a proporcionalidade diretamente em uma categoria específica, pois utiliza, para sua definição, o termo *princípio* (Grundsatz), limitando-se a afirmar, em nota de rodapé, que as máximas parciais podem ser enquadradas no conceito de regras. A maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria dos princípios.

Não obstante, o funcionamento dos postulados difere dos princípios e das regras, pois os princípios são considerados como normas imediatamente finalísticas. Por outro lado, os postulados estruturam a aplicação do dever de promover um fim. As regras diferem dos postulados por descreverem comportamentos, todavia não estruturam a aplicação das normas que as fazem.

Diante de tais afirmações, nota-se que as normas de segundo grau merecem uma distinção quanto a sua denominação, podendo ser consideradas como postulados normativos aplicativos, de acordo com o entendimento de Ávila.

#### 3.5.1 Espécies de Postulados

Sabe-se que os postulados não funcionam da mesma maneira. Por conseguinte, para uma análise mais apurada, elucidar-se-ão as peculiaridades de cada um.

Como será demonstrado a seguir, o postulado da ponderação requer um sopesamento dos elementos envolvidos – por exigir uma harmonização dos elementos – mesmo sendo estes indeterminados. Contudo, são os postulados formais orientadores de aplicação como ideais gerais.

Também há outros postulados dependentes de elementos determinados por critérios, a saber: a igualdade – por se condicionar sua aplicação a critérios específicos (sujeitos, critério de *discrímen* e finalidade). A razoabilidade é aplicável em circunstâncias conflituosas que envolvem o geral e o individual, dependendo de elementos específicos: geral e individual, norma e realidade, critério e medida.

E, por último, ver-se-á o postulado de proporcionalidade, sendo aplicável em uma relação de meio e um fim (ÁVILA, 2003, p. 94).

### **3.5.1.1 Postulados inespecíficos**

#### **Ponderação**

O postulado da ponderação é o sopesamento de todos os elementos – por se harmonizar em relação a sua aplicação. Contudo, é preciso estruturar a ponderação com os postulados da razoabilidade e de proporcionalidade, para que haja um direcionamento útil à solução do caso concreto.

Na visão de Ávila (2003, p. 96),

Vários podem ser os critérios de ponderação. Especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais e às regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles, como a de que os argumentos lingüísticos e sistemáticos devem ter primazia sobre os históricos, genéticos e meramente pragmáticos.

Destarte, é de suma importância destacar o objeto de sopesamento para não ocorra a distorção da busca, indicando, de fato, a relação de primazia entre um princípio e outro, como também formular regras de relação.

#### **Concordância Prática**

Neste ditame, a concordância prática é mais um postulado que estrutura a ponderação, buscando um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais atribuidores dos direitos e deveres dos cidadãos e do Estado. Ante ao exposto tanto à concordância prática quanto à ponderação, não atingem seu fim sem as estruturas propiciadas pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (ÁVILA, 2003, p. 96),

#### **Proibição de Excesso**

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o postulado de proibição de excesso veda a restrição abusiva de qualquer direito fundamental. Ainda, Ávila (2003, p. 97) complementa:

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos)

não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).

Poder-se-iam distinguir o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso, dado que neste é necessária a constatação da ação do primeiro, num patamar a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado. Novamente Ávila (2003, p. 100) ilustra com precisão esta distinção:

Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. [...] O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau da promoção da finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.

Concernentemente, não se deve misturar o emprego do nome nestes dois postulados – por representarem postulados distintos – que possuem meios de controle diversos.

### **3.5.1.2 Postulados Específicos**

#### **Igualdade**

A igualdade pode conter várias facetas, haja vista [...] funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e, como postulado, estruturando a aplicação do Direito [...] (ÁVILA, 2003, p. 101).

Ressalva-se que a igualdade depende de um critério diferente e de um fim a ser alcançado, visto que fins diferentes conduzem ao emprego de critérios diferentes, sendo adequados a um fim, mas não a outros.

#### **Razoabilidade**

Poder-se-á considerar a razoabilidade como um postulado estruturante de outras normas, princípios e regras, destacando-se em três acepções:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (ÁVILA, 2003, p. 103)

No primeiro, ao colocá-la como equidade, harmonizando a norma geral com o caso individual. Exemplificando com o seguinte caso:

A um Procurador do Estado, que interpôs agravo de instrumento em folha de papel timbrado da Secretária de Estado dos Negócios da Justiça, foi exigida a comprovação da condição de Procurador pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento emitido pelo Procurador-Geral do Estado. Alegada a falta de instrumento de mandato, a questão foi levada a julgamento, momento em que se asseverou ser razoável presumir a existência de mandato quando o procurador possui mandato legal. Na interpretação das normas legais deve-se presumir a existência de mandato quando o procurador possui mandato legal. Na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário, como a circunstância de alguém se apresentar como Procurador do Estado sem que possua, realmente, essa qualificação. Em virtude disso, foi determinado o conhecimento do agravo de instrumento em razão de sua ineficácia afetar diretamente o direito de ampla defesa pelo mero fetichismo da forma. (ÁVILA, 2003, p. 104)

No caso acima, o postulado da razoabilidade atua como meio para manter a eficácia de princípios com valores maiores.

Indubitavelmente nota-se a razoabilidade agindo em virtude da norma geral, por ser refutada em vista da aplicação específica num caso anormal. Haja vista:

Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto dos tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar a razoabilidade, na medida em que uma interpretação dentro do razoável indica que a interpretação deve ser feita em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei. Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica. [...] segundo a decisão, o estímulo à produção nacional

não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá. (ÁVILA, 2003, p. 105)

No caso apresentado acima, percebe-se que a regra geral não foi aplicada a um caso individual em virtude de sua anormalidade.

Num segundo momento, considerar-se-á a razoabilidade como congruência – por exigir uma harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. (ÁVILA, 2003, p. 106-7) exemplifica:

Uma lei estadual instituiu adicional de férias de um terço para os inativos. Levada a questão em julgamento, considerou-se indevido o referido adicional, por traduzir uma vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como consequência disso, a instituição do adicional foi anulada, em razão de violar o devido processo legal, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

Certamente, neste caso, o legislador não harmoniza a norma com a realidade, falando-se, então, em ausência de congruência em dever de argumentação na natureza das coisas. Além desta harmonização, a razoabilidade determina uma congruência “[...] entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada” (ÁVILA, 2003, p. 108).

Em um terceiro plano, considera-se a razoabilidade como equivalência, ou seja, a exigência de um equilíbrio entre a medida adotada e o critério que a direciona. Não obstante, seria fundamental demonstrar tal exemplo ilustrado pela excelsa corte:

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária de percentual fixo, por considerar que em alguns casos essa seria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental – obtenção de prestação jurisdicional – , além de não ser razoavelmente equivalente ao custo real do serviço. Nesse caso, o fundamento da decisão, além da questão relativa à proibição de excesso, está na desproporção entre o custo do serviço e a taxa cobrada. As taxas devem ser fixadas de acordo com o serviço que é prestado ou colocado à disposição do contribuinte. Nesse sentido, o custo do serviço serve de critério para a fixação do valor das taxas. Daí se dizer que as taxas devem ser equivalentes ao serviço prestado. (ÁVILA, 2003, p. 109)

A razoabilidade difere da proporcionalidade, pois aquela age como harmonização do geral com o individual, expressando que, para haver a aplicabilidade da regra geral, depende do enquadramento do caso concreto. No entanto, a proporcionalidade decorre da aplicação de um meio e um fim, empregando o meio mais adequado para a promoção de um fim, que busque a menor restrição aos direitos fundamentais.

## **Proporcionalidade**

Para Ávila (2003, p. 112), faz-se necessário a distinção do postulado da proporcionalidade com as acepções de proporção, daí afirma que:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental (is) afetado (s) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Antes de adentrar em exames inerentes à proporcionalidade, salienta-se que há fins diversos no Direito. Desta forma, os fins internos visam a resultados focados na própria pessoa ou situação: objeto da comparação. Os fins externos buscam resultados que não são próprios dos sujeitos atingidos, possuindo uma dimensão extrajurídica.

Dentre os três exames da proporcionalidade, analisar-se-á a adequação sob três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). O professor Ávila (2003, p. 117) explica de tal forma:

A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos).

Todavia, o caminho mais plausível a ser percorrido pela Administração na compra das vacinas seria o melhor que esta lhe conviesse, desde que promovesse o fim. Já que seria impossível afirmar precisamente qual o melhor meio a atingir este fim, respeitando a tripartição de poderes.

O exame da necessidade envolve também a ótica da ponderação, sendo difícil a escolha de um meio que restringe menos os direitos fundamentais, a promover menos o fim ou um meio que delimitasse mais os direitos fundamentais, por promover mais o fim.

Para se examinar a proporcionalidade em sentido estrito, dever-se-á perguntar qual o grau de relevância para gerar o fim justificador do grau de restrição aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se, neste sentido, fazendo jus ao ilustrar sua posição:

[...] a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor considerou desproporcional a medida. A leitura do acórdão permite verificar que a intensidade das restrições causadas aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada (ônus excessivo às companhias, pois elas teriam de dispor de uma balança para cada veículo, elevando o custo, que seria repassado para o preço dos botijões, e exigindo dos consumidores que se locomovessem até os veículos para acompanharem a pesagem) superava a importância da promoção do fim (proteção dos consumidores, que podiam ser enganados na compra de botijões sem o conteúdo indicado). (ÁVILA, 2003, p. 124-5)

Todas estas considerações levarão à compreensão da análise de todos estes postulados necessários ante cada caso concreto, possibilitando a distinção e análise da ordem legal por tais pressupostos, de modo a respeitá-la juntamente ao Estado Democrático de Direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pela percepção tida ante a análise – todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza – apreciam-se outros direitos fundamentais, que, no presente caso, formam o direito à vida e à liberdade religiosa. Em virtude do que foi analisado, confrontar-se-ão estes direitos num determinado caso, um tanto polêmico: a recusa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová.

De fato, contextualizam-se as distinções entre os princípios – bem como das regras, ultrapassando a barreira do Jusnaturalismo ao positivismo, a se impor uma forte ingerência das mudanças sócio-culturais do ser humano ao longo do tempo. Contudo, surge um novo direito – amparado em princípios norteadores – que, quando estudado, provoca a construção do novo direito constitucional brasileiro.

É sabido que a apresentação de soluções hipotéticas a esta questão não é nada fácil. Com efeito, adotar-se-á – diante do estudo pormenorizado do direito à vida e a liberdade religiosa – a posição de não haver conflito entre tais direitos no caso concreto, contanto que exista uma concorrência de direitos fundamentais, cabendo a escolha ao paciente de recusar

ou não o tratamento médico, dado que ficou constatada a existência de outros tratamentos alternativos além da transfusão de sangue.

Assim, a distinção entre concorrência e colisão de direitos fundamentais é clara, a saber: a existência da primeira categoria há quando um comportamento do mesmo titular preenche, de fato, os pressupostos de vários direitos fundamentais, visto que se deve considerar uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Não obstante, a concorrência se dá quando existe um cruzamento ou acumulação de direitos.

O médico deverá respeitar tal decisão do paciente – por este gozar de proteção constitucional. O art. 5º do Código de Ética Médica menciona: “o profissional da medicina deve buscar o aprimoramento contínuo em busca de proporcionar o melhor e o mais adequado tratamento ao seu paciente”.

Ademais, caso o aplicador do Direito vislumbre uma possível colisão entre esses dois direitos, deve-se analisar o caso concreto em face dos postulados normativos, especificamente pelo princípio da proporcionalidade, por ser este o mais apropriado à solução de um caso tão complexo, buscando a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Outrossim, o objetivo majoritário deste trabalho sempre foi a análise da existência ou não de uma aparente antinomia jurídica, vislumbrando a essência de um conflito de princípios fundamentais.

Afinal, aproxima-se, paulatinamente, deste fim, por acreditar, todavia, que este dilema ainda está longe de ser resolvido e pacificado na esfera sócio-jurídico. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde a diferença entre as pessoas é grande e a existência do respeito por posições contrárias deve prevalecer principalmente pelo sofrimento contínuo: uma “*metamorfose sócio-cultural*”.

Conclui-se que, apesar dos percalços por analisar algo complexo, haja aqui uma contribuição para uma reflexão sem preconceitos sobre esta divergência do exercício da liberdade humana.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151–179, 1999

- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto et al. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Parecer: Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. São Paulo: 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 39ª ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- BROCHURA: **Testemunhas de Jeová – Quem São? Em Que Crêem?** Cesário Lange-SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988-1998: uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESCRITURAS SAGRADAS. **Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas**. Cesário Lange-SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1986.
- ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- LÉO MEYER, Coutinho. **Código de Ética Médica Comentado**. 3ª ed. Santa Catarina: OAB/SC, 2003.
- TRANSFUSÃO DE SANGUE. **Aspectos éticos e legais do tratamento sem transfusão de sangue**. In: SEMINÁRIO SOBRE TRATAMENTO MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE, 1996, Ribeirão Preto: SC, [1996]. 1 fita de vídeo (120 min.) VHS, son., color., fita 6
- WALDMAN, Ricardo Libel. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 25, 2002.