



**Escola da Magistratura do Paraná**

**Núcleo de Londrina**

---

**30º CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA**

**BÁRBARA VIEIRA DE MELLO**

**A SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE PRESTAÇÃO DE  
TRATAMENTOS MÉDICOS ALTERNATIVOS À LUZ DA LIBERDADE DE  
CRENÇA.**

**KÁTIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN**

**LONDRINA – PR  
2018**

---

**BÁRBARA VIEIRA DE MELLO**

**A SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE PRESTAÇÃO DE  
TRATAMENTOS MÉDICOS ALTERNATIVOS À LUZ DA LIBERDADE DE  
CRENÇA.**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para conclusão do Curso de Preparação à  
Magistratura em nível de Especialização. Escola  
da Magistratura do Paraná.

Orientadora: Professora Mestre Kátia Alessandra  
Pastori Terrin

**LONDRINA  
2018**

## TERMO DE APROVAÇÃO

BÁRBARA VIEIRA DE MELLO

A SAÚDE COMO DEVER DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE PRESTAÇÃO DE TRATAMENTOS MÉDICOS ALTERNATIVOS À LUZ DA LIBERDADE DE CRENÇA.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Londrina, de de 2018.

“Pois tudo vem de ti, e nós apenas te demos  
o que vem das tuas mãos.”

— Davi, no primeiro livro das crônicas  
capítulo 29 versículo 14.

## **AGRADECIMENTOS**

Precipuamente, diante da relevância, agradeço ao dador da vida que nos presenteia brilhantemente com esse fenômeno tão complexo e necessário para o exercício de todas as atividades e como fundamento para todos os direitos.

Em apreço, estendo meus agradecimentos à Escola da Magistratura, sede Londrina, por ter propiciado um ano repleto de descobertas e reafirmações. Agradeço, ainda, pelos esforços despendidos para a formação e complementação de conhecimentos profissionais e também pessoais.

Por outro lado, agradeço imensamente, minha querida orientadora. São infindáveis suas qualidades e me faltam palavras para prestigiá-la. No entanto, de forma singela, agradeço pelas aulas espetaculares lecionadas, mas principalmente, pela orientação e atenção destinadas a mim e a elaboração deste trabalho. Agradeço imensamente por sua gentileza e humanidade nos nossos tratos. Certamente, deixa ótimas recordações e, por fim, restará também, imensa saudade.

À minha família os agradecimentos são inestimáveis, sendo meus pais, irmão, cunhada e avó meus maiores incentivadores e apoiadores. A eles dedico hoje e sempre meus trabalhos e estendo constantemente meus agradecimentos.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>09</b>
2.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	09
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	18
2.2.1 Dignidade da pessoa humana .....	18
2.2.2 Direito à liberdade religiosa.....	22
2.2.3 Direito à vida.....	25
2.2.4 Direito à saúde.....	27
<b>3 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONVERGÊNCIA ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E O INTERESSE PÚBLICO.....</b>	<b>31</b>
3.1 CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA.....	32
3.2 CONVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO NA PRESTAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO À SAÚDE.....	38
<b>4 POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>44</b>
4.1 LEGIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO.....	45
4.2 PONDERAÇÃO DE VALORES – COLISÃO ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E O INTERESSE PÚBLICO.....	49
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

**Resumo:** A presente pesquisa tem como intuito pontuar questões acerca do exercício dos direitos fundamentais. A inquietude e complexidade do tema se consubstanciam em virtude da convicção religiosa das testemunhas de Jeová. No exercício da liberdade religiosa, esse grupo se recusa a submeter-se a tratamentos que envolvam a transfusão de sangue. O deslinde do trabalho monográfico dar-se-á sob a égide do princípio da dignidade humana e sobre a análise pontual dos direitos fundamentais à vida, à liberdade religiosa e à saúde. Propõe-se o exame sobre a existência de conflito entre o direito à vida e à liberdade religiosa ante a recusa ao tratamento transfusional. Diante da procura e requerimento a terapêuticas alternativas, dedica-se especial espaço para averiguar o dever do Estado em promover o direito à saúde, em especial no que tange o custeio de tratamentos indisponíveis na rede pública. Para o estudo a metodologia utilizada baseou-se em pesquisas bibliográficas a partir de obras já publicadas sobre o tema. E, ainda, a análise de decisões das Cortes Superiores, bem como dos Tribunais de justiça, correlatas a discussão, com o intento de expor a jurisprudência e fundar os argumentos dispendidos.

**Palavras-chave:** testemunha de Jeová; transfusão de sangue; custeio de tratamento de saúde.

**Abstract:** The present research aims to raise questions about the exercise of fundamental rights. The uneasiness and complexity of the theme are substantiated by virtue of the religious conviction of Jehovah's witnesses. In the exercise of religious freedom, this group refuses to undergo treatments involving blood transfusion. The definition of monographic work will be under the aegis of the principle of human dignity and the punctual analysis of the fundamental rights to life, religious freedom and health. It is proposed to examine the existence of a conflict between the right to life and religious freedom when refusing to treat transfusions. Faced with the demand and request for alternative therapies, special space is devoted to investigate the State's duty to promote the right to health, especially as regards the cost of treatments unavailable in the public network. For the study the methodology used was based on bibliographical research from works already published on the subject. Also, the analysis of decisions of the Superior Courts, as well as of the courts of justice, related to the discussion, with the intention of exposing the jurisprudence and founding the arguments expended.

**Keywords:** Jehovah's Witness; blood transfusion; cost of health care.

## 1 INTRODUÇÃO

Tratar sobre o conflito entre direitos individuais e a convergência entre interesses privados e públicos, exige-se uma análise minuciosa, quando se está em voga, direitos fundamentais, especificamente, o direito à vida, à liberdade religiosa e o direito social à saúde. A elaboração do trabalho tem como escopo aferir a legitimidade da recusa a tratamento que envolva transfusão de sangue e identificar a obrigatoriedade do Estado em fornecer terapêutica que não conste na rede pública. O objeto se permeia na convicção religiosa adotada por um grupo específico, as testemunhas de Jeová.

O percurso do trabalho se deu inicialmente com o desenvolvimento da teoria geral dos direitos fundamentais, delimitando-se, a priori, a conceituação e as características destes direitos. De suma relevância a explanação, tendo em vista que são basilares na relação entre o Estado e o ser humano. Oportunamente, não só se especifica os direitos à liberdade religiosa, à vida e à saúde, como também se analisa pormenorizadamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que esse princípio norteia todos os direitos e, ainda, é primordial na esfera individual.

Subsequentemente, dedica-se ao exame da existência de conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Enfrenta-se nesse momento a convergência entre os interesses privados, no que se refere ao direito de exigir dos entes estatais tratamentos médicos, e o interesse público erigido sobre a fundamentação da igualdade na promoção do direito a saúde.

A posteriori, no capítulo quatro, concede-se a atenção ao cerne da pesquisa, qual seja o dever de prestação do Estado referente à saúde e a sua legitimidade para custear tratamento de saúde. Nesta toada, pretende-se examinar a reserva do possível para satisfação dos direitos das majorias e o estudo do mínimo existencial e sua singularidade para concretização de direitos das minorias. Para alcançar essa finalidade, não se esquivava de analisar princípio da igualdade, caracterizador dos direitos de segunda dimensão.

Por derradeiro, adentra-se a aplicação da proporcionalidade para apresentar uma possível solução quando do enfrentamento da convergência entre os interesses privados e o interesse público. Aponta-se, pormenorizadamente, os elementos

necessários para se atingir uma tutela judicial proporcional e razoável, quanto a saúde como direito de todos e dever do Estado.

## **2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Preambularmente, convém ponderar sobre a relevância dos direitos fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa. Nesse aspecto, têm-se como fundamento basilar tais direitos com o intento de se formar de modo crítico um posicionamento para o deslinde do tema.

A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efectivar ou quando eles são violados ou restringidos. (MIRANDA, 2000, p. 254)

Desse modo, o embasamento teórico sob a égide dos direitos positivados no texto constitucional brasileiro forma a sustentação precípua deste trabalho. Portanto, uma análise sistêmica da disposição dos direitos constitucionais e sua aplicação serão observadas de modo a atingir sua máxima concretização.

### **2.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS**

Os direitos fundamentais são a coluna essencial para a argumentação crítica do tema proposto. A essencialidade desses direitos se dá em virtude de assegurar ao homem a vivência no meio social, garantir elementos mínimos para sua sobrevivência. Nesse viés, Uadi Lammêgo Bulos assevera que “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e em alguns casos, não sobrevive.” (BULOS, 2009, p. 404)

“A primeira questão que se levanta com respeito com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos

do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?” (BONAVIDES, 2010, p.560)

Oportuno neste momento, abarcar as terminologias acerca dos direitos fundamentais, uma vez que são utilizados pela doutrina nos seus diversos significados, como direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais, e, garantias fundamentais, por exemplo. Diante da amplitude dos termos, conclui-se pela necessidade de distinguir e apontar a forma que será utilizada para o desenvolvimento do tema.

Para Robert Alexy (1999, p. 206) os direitos do homem diferem-se das demais terminologias, em razão deste possuir 5 (cinco) marcas combinadas, são: universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Segundo ele, a universalidade, enquanto observada no sentido da sua titularidade, traduz os direitos do homem como aqueles que pertencem a todos os homens.

Referente à característica da moralidade, o autor explica que em relação a essa a diferença entre a positivação jurídica. A marca moral advém de uma fundamentação racional, não há aqui a necessidade de uma postulação legal ou positivação jurídica, muito embora possa haver, funda-se primordialmente na validade moral, como cada um aceita uma fundamentação moral. (ALEXY, 1999, p. 208)

Por outro lado, a fundamentalidade diz respeito a prioridade dos direitos à todos os níveis do sistema jurídico, inclusive do legislador. Deve-se considerar que o interesse envolvido ou a carência, como menciona o autor, são tão fundamentais que o direito deve protegê-los e promovê-los. Nesse mesmo sentido a marcada preferencialidade, uma vez que o direito moral deve ser protegido pelo direito positivo. Assim, é garantindo “um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo.” Nesse aspecto, por isso são preferenciais. (ALEXY, 1999, p. 208, 209)

Por fim, Robert Alexy, (1999, p. 209) frisa que os direitos do homem são abstratos, na medida em que sofrem restrições e limitações. Sua aplicação será realizada de forma ponderada, valendo determinada restrição quando passada pelo crivo da ponderação e organização. Incumbe ao Estado, promover e ponderar a aplicação do direito e sua limitação.

Como remate, para Robert Alexy:

Os direitos do homem conduzem, portanto, por três fundamentos para a necessidade do Estado e do direito: por causa da necessidade de sua concretização, se for necessário, também com coação, da necessidade de não só discutir sobre questões de interpretação e ponderação mas também decidi-las e por causa da necessidade de organizar o cumprimento de direitos do homem. (1999, p. 210)

Salutar ainda é recomendar o posicionamento de Norberto Bobbio que ao se pronunciar sobre o tema elucida que os direitos do homem estão atrelados a democracia e a paz. Para que haja seu reconhecimento e devida proteção devem ser a base das constituições de cada Estado. Por outro lado, a paz garante a concretização tanto no âmbito nacional como internacional. (1992, p.1)

Segundo Norberto Bobbio os direitos do homem fundam-se na história, assim, são além de serem direitos fundamentais, são direitos históricos. Isso se dá pelo fato da necessidade da existência dos direitos diante uma circunstância ou fato histórico ocorrido. “Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem (...)” (1992, p. 5-6)

Nessa linha de análise, percebe-se que os direitos do homem para o autor é fruto de uma evolução histórica, surgindo com o decorrer do tempo ante 90l.as necessidades de se proteger o homem dentro de um Estado Democrático. Ainda, atrelado à historicidade, os direitos do homem, tidos como fundamentais, estão ligados à democracia e a paz que são os objetos de efetivação, consagração de tais direitos.

Congruente ao entrelaçamento da democracia nos direitos fundamentais, adequado o ensinamento de Jorge Miranda. Para ele, não há que falar em direitos fundamentais em um Estado totalitário ou em totalitarismo integral, (2000, p.8). Destarte, verifica-se que o Estado é o grande promovedor dos direitos fundamentais, e não controlador desses direitos.

Por outro aspecto, para alguns doutrinadores, os direitos humanos são tidos como sinônimos aos direitos do homem. Nessa senda, José Joaquim Gomes Canotilho, (2003, p. 233) afirma que os direitos fundamentais estruturam internamente o Estado de direito, e “surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas.”

Partindo-se desse pressuposto, verifica-se que a terminologia, direitos humanos, consubstancia-se na esfera internacional, abrangendo de forma universal os direitos fundamentais. Consoante, José Afonso da Silva, “direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais.” (SILVA, 2013, p.178). Desse modo, há uma vinculação entre o termo, direitos humanos, com a sua aplicação no âmbito internacional. Não se restringem, apenas, a uma observância nacional.

Saliente-se, ainda, que os direitos humanos possuem como escopo resguardar a pessoa humana interferência estatais, e até mesmo de outros indivíduos. Esses direitos fazem frente no ordenamento jurídico, muito embora não sejam incorporados pelo país, para assegurar uma existência digna às pessoas, conforme Flávio Martins Alves Nunes Júnior, (2017, p. 726).

Proveitoso é ainda recomendar a citação de Ernst Tugendhat (1999, p. 77). Segundo ele, os direitos humanos não são simplesmente direitos naturais, inerentes e próprios do ser humano. Não basta a existência antes da formação do Estado. Não obstante sejam intrínsecos ao ser humano, devem ser outorgados para concretizar sua existência, o que não implica dizer que necessitem do Estado para sua constituição, pelo contrário, concedem a este legitimidade. Ressalta-se o discurso:

Algumas vezes se fala dos direitos humanos como se fossem direitos naturais; alguns afirmam que nascemos com eles. Mas isto é uma metáfora pois um direito só pode existir se for outorgado. De um lado pode, se dizer que num Estado os direitos humanos não existem se não estão outorgados pela lei, se não estão contidos na constituição. Por outro lado, se se afirma que são naturais, quer isto significar que estes direitos são anteriores à lei, mas também, nesse caso, têm que ser entendidos como outorgados. Outorgados, nesse caso, por nossa crença moral. Através deste sentido é que se embasaria a sua existência universal. Dizer que dependem da constituição do Estado poderia levar a pensar num relativismo e que os direitos humanos pertençam a uma cultura política particular. O que é uma inverdade na razão direta de que os direitos humanos são uma componente necessária de legitimidade de um Estado moderno.(TUGENDHAT, 1999, p. 77,78)

Não obstante, “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos.” (SARLET, 2001, p.33)

Ainda, para Ingo Wolfgang Sarlet, falta aos direitos humanos a fundamentabilidade inerente aos direitos fundamentais, estão, desse modo a mercê da atividade humana, da cooperação entre as nações. Por esse aspecto, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos não são antônimas ou se excluem por natureza. Trata-se de uma dimensão entre os termos estando diretamente ligadas. No entanto, deve-se considerar que a positivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é distinta, importando em resultados práticos diversos. (SARLET, 2001, p. 36-37).

Convém ressaltar nesse momento que existem três concepções filosóficas com a finalidade de justificar os direitos fundamentais, como bem salientou Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p.135). Como exposto acima, os direitos fundamentais embora não necessitem da existência do Estado para sua constituição, embora sejam naturais são, de alguma forma, outorgados. Nesse aspecto é a corrente adotada pelos positivistas. Em contrapartida, os jusnaturalistas defendem que os direitos do homem são anteriores e superiores à vontade do Estado. Já os idealistas, apontam que são ideias, princípios abstratos adotados num interregno de tempo. Por fim, os realistas adotam que tais direitos são o resultado de conquistas através de lutas políticas e sociais. (BRANCO, 2014, p.138)

Em contrapartida, passa-se ao estudo dos direitos fundamentais englobando sua conceituação e características. Registre-se que esta será a expressão adotada no trabalho ante sua significação e sua posição no texto constitucional. Além da adequação relevante com o tema abordado em detrimento das demais terminologias.

Consoante Robert Alexy (1999, p. 267) “os direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva.” Para ele, os direitos fundamentais prescrevem imposições ao sistema jurídico no qual está vinculado. No entanto, não ficam limitados a uma ordem estritamente nacional. Ao abarcarem os direitos do homem, transcendem essa esfera, em virtude de que estes direitos vinculam o sistema jurídico positivamente no cenário internacional. (ALEXY, 1999, p. 268)

De acordo com Carl Schmitt (1954, p. 153, apud BONAVIDES, 2010, p. 561), há duas características formais dos direitos fundamentais. A primeira refere-se sobre a disposição desses direitos. Consideram-se direitos fundamentais aqueles expressos e especificados no texto constitucional. Por outro lado, a segunda

característica é marcada quanto a modificação ou alteração desses direitos. Por receberem uma posição elevada pela Constituição são dotados de uma proteção maior, conseqüentemente quando não imutáveis são de difícil alteração, podendo sofrer modificação através de emenda constitucional.

Por outro enfoque, o mesmo autor aponta uma característica substancial. Nesse aspecto, diz-se sobre a especificidade destes direitos. Os direitos fundamentais serão específicos com intuito de satisfazer as a ideologia, os valores e princípios consagrados na Constituição de cada Estado. (SCHIMITT, 1954, p. 163,165, apud BONAVIDES, 2010, p. 561)

Imperioso o destaque que José Joaquim Gomes Canotilho faz ao diferenciar os direitos do homem e os direitos fundamentais. Em harmonia com o que já foi exposto, o autor leciona que os direitos fundamentais são direitos do homem vigentes em determinado espaço e tempo. Enquanto àqueles se revestem de universalidade, atingindo todos os povos e todos os tempos, estes são direitos alocados em uma ordem jurídica delimitada, concreta. Destarte, os direitos fundamentais são garantidos e limitados pelo tempo e pelo Estado que a esses institucionalizou pelo seu ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

Harmonizando os conceitos, José Afonso da Silva, descreve como sendo a expressão mais adequada os direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2013, p. 180) De acordo com o autor a palavra “fundamentais” designa uma ordem para uma existência digna da pessoa humana.

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2013, p.180)

Diante dessas considerações verifica-se que a terminologia – direitos fundamentais – tem como prospecto caucionar sua concretização e efetivação no cenário no qual estão dispostos, no qual são necessários. Dessa maneira, vê-se que a titularidade destes direitos é voltado à pessoa humana, com o escopo de lhe assegurar uma assistência mínima para uma sobrevivência digna.

“Não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político.” (MIRANDA, 2000, p.8) Apoiando-se nessa perspectiva, nota-se a identificação dos titulares de direitos

fundamentais – pessoas – e a presença hodierna do Estado, considerando o tempo histórico.

Consoante Jorge Miranda “não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata como o poder, (...) não há direitos fundamentais sem Estado, ou pelo menos, sem comunidade política integrada.” (2000, p.8) Portanto, não se vislumbra a possibilidade de estudar direitos fundamentais sem vinculá-los ao Estado que historicamente os promove e os protege, objetos da atividade estatal.

Vale ponderar que direcionar os direitos fundamentais do homem não se faz a exclusão das mulheres, por conseguinte não se leva em conta a etimologia da palavra no seu aspecto biológico, mas sim, amplia-se o termo para pessoa humana, como bem ressaltado por José Afonso da Silva (2013, p. 180)

Delimitando ainda mais, Uadi Lâmmego Bulos define por direitos fundamentais o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos que possuem a finalidade de garantir um convívio pacífico, uma vida digna, livre e igualitária, para preservar a sobrevivência do homem. Sem nenhuma forma de distinção por raça, credo, cor, origem, condição econômica ou social. (BULOS, 2009, p. 404)

Frisa-se, ainda, que os direitos fundamentais são normas de conteúdo declaratório, direcionados à pessoa humana dispostos no ordenamento jurídico de cada país. (NUNES, 2017, p.728). Nesse sentido, conclui-se que os direitos fundamentais estão previsto no texto constitucional com a finalidade precípua de proteger o ser humano norteado pela dignidade da pessoa humana.

Em síntese, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” (BRANCO, 214, p. 140).

Em contrapartida, Jorge Miranda, diz por sentido formal a posição jurídica dos direitos fundamentais na Constituição formal atrelada a Constituição material, sendo seu cerne a constitucionalidade e a revisão. Em razão disso não pode uma lei violar seu conteúdo, caso o faça será retirada do ordenamento ou terá seu conteúdo alterado. (2000, p.9)

No que concerne ao sentido material dos direitos fundamentais, Jorge Miranda, (2000, p. 8-11) faz uma crítica ao “positivismo cego”. Segundo ele, não seria prudente entender que os direitos fundamentais são tão somente aqueles

dispostos no texto constitucional, se assim o fossem é não haveria a sua efetivação, ou seria insuficiente, permitindo-se uma violação reiterada pelo ente estatal a critério da pertinência política.

Não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente, trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo. (...) Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal ideia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto.

Nesse cenário, conclui-se que os direitos fundamentais são voltados à pessoa e não estão restritos ao texto constitucional, sendo plenamente possível a existência de outros de outros direitos fundamentais externos a Constituição. Por lógica, diante da evolução histórica, como já tratada, diante do contexto vivenciado poderão surgir outros direitos fundamentais interpretados à luz dos princípios da Constituição estatal. Em razão disso, será necessária direcionar a proteção para direitos além dos previstos explicitamente no texto da Constituição.

O reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo. (SARLET, 2001, p. 85)

Não se pode esquecer, conforme delimitado, que os direitos fundamentais se amoldam a determinado sistema jurídico, sendo, portanto, incorporados no ordenamento de cada país. Essa reflexão é basilar para a aplicação do direito. Segundo Hans Kelsen, (KELSEN, 1961, p. 266-267, apud MIRANDA, 2000, p. 12) o constituinte tinha como anseio infirmar a existência de direitos fundamentais externos à constituição. E, sobre esse aspecto, concede aos órgãos de execução, principalmente o poder judiciário, o poder de firmar novos direitos, sob a égide da Constituição que os conferem de forma implícita.

À vista disso, tem-se como essencial demonstrar os posicionamentos prevalentes nas cortes superiores do Brasil, haja vista a delimitação de espaço – no Brasil – para o desenvolvimento do tema.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, a qual possuía como cerne a discussão acerca da constitucionalidade do uso de células-tronco

embrionárias em pesquisas científicas, o tribunal pleno do STF assinalou sobre a conceituação de direitos fundamentais, como se extrai do excerto da decisão:

(...)E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. (...) (STF, 2008, on-line)

Do ponto de vista jurídico infere-se dessa decisão que a Suprema Corte identifica como destinatário dos direitos fundamentais a pessoa humana, atrelando-se a efetivação dos direitos a dignidade da pessoa humana. Destarte, os direitos fundamentais são cruciais na relação dos particulares em relação com o Estado, e, hoje, regem de igual forma as relações privadas de forma horizontal.

Pertinente à contribuição do ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, que transparece a noção de transferir o destino dos direitos fundamentais às pessoas humanas:

O estudo dos direitos fundamentais deve, além da preocupação de buscar uma sólida teoria a seu respeito, redefinindo situações para adequá-las aos anseios procurados pelos indivíduos na época atual, em confronto com as suas necessidades mais urgentes, ser voltado, também, para torná-los compreensíveis pelas variadas camadas sociais. Estas, por outro ângulo, devem ser incentivadas a fazer uso dos direitos que as protegem em frente ao Estado, aos grupos organizados e às maiorias personalizadas ou não. (DELGADO, 2000, p. 177)

Ao deslinde as palavras preciosas da Ministra do Corte Superior, Fátima Nancy Andrichi, ao considerar os direitos fundamentais sob a ótica do STJ, numa palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direitos Fundamentais no ano de 2004:

Deve ser frisado, e buscado, que esses direitos e garantias, que podem ser resumidos como a busca da concretização da plena dignidade humana, devem ser o Norte do julgador e se, pela sua grande relevância, foram alçados à condição de princípios constitucionais, todo o sistema jurídico deve não apenas se adequar a esses princípios, mas por eles ser regulado.(ANDRIGHI, 2004, p.6)

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais, termo assinalado para a reflexão sobre o tema, são direitos essencialmente históricos, justificados pela necessidade da proteção do indivíduo em relação ao Estado. Dessa maneira incumbe-se aos entes estatais o dever de proteger os direitos fundamentais positivados no texto constitucional, pela sua relevância na linha do tempo, e aqueles que embora implícitos, venham e devem surgir para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Tempestivo, então discorrer sobre os direitos fundamentais em espécie que são a essência da pesquisa e muito antes, pronunciar-se sobre o princípio norteador da dignidade da pessoa humana. Propõe-se, assim, uma análise pormenorizada de direitos específicos e sua consagração a partir da guarida da dignidade humana.

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Convém destacar os direitos fundamentais dispostos no ordenamento brasileiro que possuem como desígnio resguardar a dignidade humana enquanto exercidos. Nesta tela, enfatiza-se os direitos à vida, à saúde e a liberdade religiosa.

A explanação conjunta desses direitos tem como finalidade reconhecer que para a máxima concretização faz-se crucial o respeito indissociável dos direitos à saúde, a liberdade religiosa e à vida. Imperativo o reconhecimento destes direitos com o intuito de se buscar a consagração da dignidade da pessoa humana, princípio norteador e regulador de todos os demais direitos.

Posto isso, entende-se pela observância específica dos direitos à vida, à saúde e a liberdade religiosa, com o intento de buscar não só a proteção desses direitos na escolha do tratamento médico, mas também legitimar que o exercício desses se destina a ascensão da dignidade da pessoa humana. À vista disso, entende-se prudente antes de adentra aos direitos em espécie abarcar a significação deste princípio.

### 2.2.1. Dignidade da Pessoa Humana

Conceituar a dignidade da pessoa humana e, até mesmo especificar o seu conteúdo mostra-se tarefa árdua e complexa, em virtude de que o princípio bussolar da estrutura jurídica brasileira possui como característica uma noção abrangente. Por tal característica, entende-se pela necessidade de alcançar mais e da melhor forma a concretização dos direitos fundamentais. Luís Roberto Barroso pondera que a dignidade da pessoa humana é “o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.” (BARROSO, 2010, p. 13)

A complexidade acerca da definição encontra-se transparecida na origem e na finalidade a que se destina a própria dignidade da pessoa humana. É “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade (...) passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, (2001, p. 38-39)

Conforme José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana reveste-se de supremacia, motivo pelo qual é o meio para efetivação dos direitos fundamentais. Para ele, a “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, 2005, p. 107).

Ocupa, assim, “uma posição de centralidade no âmbito mesmo dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro.” (BULOS, 2009, p. 392) Incontestemente, portanto, que para proteção e confirmação dos direitos fundamentais é imprescindível a observância da dignidade humana.

Na concepção de Jorge Miranda a Constituição “repousa na dignidade da pessoa humana”, a medida que todas as suas normas possuem sentido unitário revelando-se a comunicação com os direitos fundamentais. Ressalta, ainda, que esses direitos “têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*.” (MIRANDA, 2000, p. 180).

Dada a relevância de se atender o fim da dignidade humana e de promovê-la, nota-se a o cuidado do constituinte originário ao dispor sobre ela logo na inauguração do texto constitucional. Cuidou-se para não apenas declará-la como princípio regedor do direito, como também assinalou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito – art. 1º, III, da CRFB/1988.

“Funciona, assim, como fatos de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral.” (BARROSO, 2010, p. 12)

Abordar a dignidade como fundamento estatal democrático presta-se a expor as realidades vivenciadas no decorrer dos tempos. Como exposto, a proteção condiz com o momento experienciado pelo indivíduo e o Estado. Através de registros históricos de aniquilação do Estado frente ao homem – nazismo, escravatura, stalinismo, etc. – a dignidade da pessoa humana reconhece, perante o poder estatal, que o indivíduo é o limite e fundamento do domínio político. Dessa forma, é a República quem serve ao homem e não o contrário. (CANOTILHO, 2000, p. 225)

Assim, não há se falar em direitos fundamentais sem abranger a dignidade da pessoa humana. Aliás, não há se falar em ser humano sem que esse possua dignidade. Valorosa a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que “todos, (...) são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente dignas nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas.” (SARLET, 2001, p.42)

Nessa senda, a observância da pessoa como ser individual é estritamente necessária. Não se precisa ir além para verificar a existência de diversas culturas, línguas, religiões, modos de vida, composições familiares, entre outras características que marcam a diversidade atual. Com efeito, o respeito a cada um desses indivíduos é primordial e assegurar-lhes a aplicação dos seus direitos é um dever do Estado.

“O homem situado do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.” (MIRANDA, 2000, p. 182)

A consciência deste pluralismo remete a dignificação dos direitos fundamentais, uma vez que serão exercidos na medida em que servirão ao próprio ser humano, cumprindo-se nas individualidades. “A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade.” (BARROSO, 2010, p. 13)

Neste ponto, de fundamental relevância é destacar que a dignidade confere ao ser humano sua própria individualidade, a possibilidade de reger sua própria vida, buscar e perseguir objetivos que são inerentes à sua própria escolha. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, “a autonomia e a liberdade integram a dignidade.” (AZEVEDO, 2010, p. 13)

Coaduna-se o posicionamento de Luís Roberto Barroso ao atribuir como faceta da dignidade da pessoa humana a possibilidade de autodeterminação, a escolha de seus valores e intentos. No exercício dos direitos fundamentais a dignidade se expressa por meio da autonomia privada – o poder e direito de planejar e traçar projetos acerca de sua existência – sendo a não discriminação, por essas escolhas, um direito afirmado pela própria dignidade. (BARROSO, 2010, p. 13)

Sucintamente, nota-se que a dignidade da pessoa humana, embora possua diversas vertentes, ante a polissemia de seu conteúdo, está atrelada umbilicalmente à consagração dos direitos fundamentais. À vista disso, afirma a individualidade de cada pessoa exigindo-se tanto do Estado quanto da sociedade, tolerância com relação as suas escolhas.

Partindo-se dessa ideia, a dignidade “como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais”. (BARROSO, 2010, p. 15) Nessa acepção, “cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais.” (MIRANDA, 2000, p. 183)

Não se pode esquecer que conquanto a dignidade privilegie a individualidade de cada ser humano, no viés da autonomia, ela não é fonte de permissivos para o cometimento de ações ou omissões ilícitas. Também, não se faz prudente que através dela se justifiquem discriminações. Ao se falar em dignidade prestigia-se o respeito aos ideais diferentes, sem se desvincular da vivência harmoniosa em sociedade.

Nessa senda, Luís Roberto Barroso aponta a dignidade como heteronomia. “Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*.” (BARROSO, 2010, p. 16)

“Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si.” (MIRANDA, 2000, p. 183). Como desfecho a dignidade integra o seio social oportunizando a cada indivíduo o direito de realizar suas escolhas.

Posta assim a questão, é de se dizer que a dignidade possui duas dimensões: a individual que pertence o direito de escolha, e a social que abarca a atuação da administração pública em concretizar, promover e defender direitos para satisfazer a dignidade. (BARROSO, 2010, p. 14)

Em conformidade com o explicitado sobre a dignidade da pessoa humana canaliza-se o estudo dos direitos fundamentais à vida, à saúde e a liberdade religiosa. Cuida-se para que a apreciação desses direitos seja voltada à confirmação deste princípio tão valoroso, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é “o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2010, p. 14)

### 2.2.2. Direito à liberdade religiosa

A religião a muito tempo ocupa espaço na sociedade, transferindo valores, disseminando ideias, dogmas, atraindo adeptos, conceituando valores morais, transpondo a esfera material para o plano espiritual. Não se pode negar, desse modo, à contribuição da religião para a construção da sociedade em seus diversos aspectos.

Como fenómeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos colectivos, o fenómeno religioso tem tido sempre importantíssima projecção política e jurídico-política. (MIRANDA, 2000, p. 405)

Acreditar além do que os olhos são capazes de enxergar é uma realidade presente na vida de muitos indivíduos, seja por suas crenças místicas ou cristãs, ainda a religião movimentada a seara individual das pessoas. Tratar do surgimento ou origem das religiões não é matéria basilar do estudo, contudo, a análise do poder de escolha do indivíduo face o exercício da liberdade religiosa.

Urge notar que a via 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. (BASTOS, 2000, p. 9)

Vale ressaltar que a liberdade religiosa manifesta-se em três formas, como reflete José Afonso da Silva (2011, p. 95): a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. A liberdade religiosa consiste nos sentidos imateriais e materiais, sendo todas as suas vertentes garantidas no texto constitucional. Prescreve a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso VI:

Art. 5º 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: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Na acepção de José Afonso a liberdade de crença é o direito que permite ao indivíduo escolher adotar ou não alguma religião, não lhe sendo permitido, contudo, frustrar ou obstaculizar o exercício de qualquer outra religião, distinta da sua. A liberdade de culto, por sua vez, equivale a exteriorização da escolha, a prática da fé em si, através de ritos, reuniões, celebrações, dentre outras atividades. Por fim, a liberdade de organização, que em suma remete a relação entre o Estado e a entidade religiosa, na qual deve-se observar a união, separação e a confusão. (SILVA, 2011, p. 95-97)

Referente à relação da religião e do Estado, deve-se observar a laicidade do Estado, o dever dos entes estatais em promover o exercício a prática religiosa, bem como facilitar para que isso ocorra de maneira isonômica à todas as religiões. A facilitação dar-se-á pelo já assentado na constituição através de políticas tributárias.

Imperiosa a ponderação de Celso Ribeiro Bastos sobre a abrangência de qualquer prática que envolva a religião escolhida pelo indivíduo como sendo o exercício da liberdade de culto. Dessa maneira, considera-se, por exemplo, como liberdade de culto a recusa a tratamento sanguíneo. (BASTOS, 2000, p. 12)

Álvaro Villaça Azevedo (2010, p. 19) entende que as “espécies da liberdade de pensamento ou consciência e decorrência da própria condição humana e do direito à vida, formam as convicções mais íntimas de um ser humano.” Deve-se sim considerar e conceber relevância quando a ação de uma pessoa passa a ser impulsionada por princípios religiosos. Porém, a escolha de um tratamento médico

não depende exclusivamente de uma escolha religiosa, podendo ser revelada por outros motivos ideológicos.

Dispor sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal é ferramenta essencial para a proteção plena das liberdades. Para Jorge Miranda, a inobservância de garantida da liberdade religiosa acarreta no tolhimento, por consequência do direito a plena liberdade cultural e a plena liberdade política. (MIRANDA, 2000, p. 408)

“Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana.” (BARROSO, 2010, p. 31)

Compulsando o inciso VI do artigo 5º (a pouco transcrito) chama-se a atenção para a terminologia “inviolável”. José Afonso da Silva, bem destacou, o reconhecimento ao direito da liberdade de consciência e de crença pelo fato do constituinte ter-lhe assegurado sua inviolabilidade. Ademais, esse termo “denota o valor universal absoluto da liberdade de consciência e de crença”, consistente no direito da pessoa em professar a religião que achar conveniente, bem como não seguir qualquer uma delas, ou até mesmo criar uma nova ou adotar o ateísmo. (SILVA, 2011, p. 95)

De outra vertente, insta-se consignar que o direito a liberdade religiosa importa o dever do Estado de não compelir o indivíduo a professar determinada religião ou proibir qualquer prática religiosa. Deve o Estado conceder o direito das pessoas professarem suas religiões bem como não embaraçar o seu exercício externalizado. (MIRANDA, 2000, p. 409)

Cabe examinar que o direito a liberdade religiosa é considerado como direito de primeira dimensão. Por essa razão, seus titulares – cada indivíduo – podem utilizá-lo em oposição ao Estado, sendo permeado por subjetividade. Dessa feita, os direitos fundamentais de primeira geração “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2010, p.564)

Percebe-se que a liberdade religiosa é a manifestação pura e livre da pessoa humana em pensar, consentir e exteriorizar uma escolha realizada através da sua autonomia. Envereda-se na oportunidade de se exercer um direito a partir da sua escolha existencial digna. É a possibilidade de reger seus planos através de uma confissão religiosa.

### 2.2.3 Direito à vida

A vida é a fonte essencial para o exercício dos direitos. Sem a existência da vida humana não faria sentido o direito, haja vista estar intrinsecamente ligado às relações e atividades humanas. Considera-se que tampouco faria sentido a existência do próprio Estado, uma vez que a figura estatal não teria a quem servir. Desse modo, o direito a vida é sobretudo relevante para toda a estrutura organizacional e social.

Nesse viés, elencá-lo como direito fundamental não expressa apenas sua importância, contudo advém de um sentido lógico, sem vida não há a sobrevivência dos demais direitos. Por outro turno, faria menos sentido, e até mesmo seria ilógico, considerar que o direito protege a vida apenas no sentido biológico.

Pelo contrário, ao dispor o direito à vida como direito fundamental, o constituinte contemplou sua proteção, como todos os outros direitos, à luz da dignidade da pessoa humana. “A vida, protegida pela Constituição, é a vida humana. Mais do que isso: é a vida humana com dignidade. A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos.” (FACHIN, 2012, p. 251)

Não obstante todos os direitos fundamentais tenham como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, na perspectiva do direito à vida esse princípio se inter-relaciona de forma mais próxima. Através do atributo – dignidade – o ser humano se diferencia de outros seres vivos, recebendo do Direito, proteção distinta e prioritária.

Pertinente identificar o marco inicial da vida, tendo em vista a grande controvérsia do tema. Por esse ângulo o Pacto de José da Costa Rica expressa a teoria concepcionista, conforme artigo 4º:

4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 não abordou explicitamente o início da vida, embora tenha concedido a sua proteção.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (MORAES, 2011, p. 39)

Ao decidir a Ação de Inconstitucionalidade nº 3510 o Supremo Tribunal Federal pontuou o entendimento acerca do início da vida, adotando o momento da concepção para a proteção da vida, expresso no voto do Ministro Relator Carlos Ayres Brito:

(...) III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (...) (STF, 2008, on-line)

Luís Roberto Barroso aduz que a preservação da vida acontece tanto na esfera do direito individual quanto como valor objetivo. Diante disso, sua flexibilização exige cautela. Nesse cenário, tem-se que o direito à vida é, em tese, indisponível, não podendo a manifestação da vontade (autonomia) flexibilizá-lo. Segundo ele, a liberdade de escolha sucumbe-se a ideia da dignidade como

heteronomia, pela qual o Estado no seu dever de proteção ao direito à vida, o protege até mesmo de seu titular. (2010, p. 24-25)

“Sendo, pois, um princípio constitucional, decorrente da dignidade da pessoa humana, o direito à vida deve ser tutelado na maior intensidade possível.” (NUNES, 2017, p.816) A vida está intimamente ligada ao direito de respeito, respeito à vida pelo próprio titular e toda sociedade. Não é, portanto, uma concessão jurídico-estatal. Por isso, faz-se necessário a proteção a esse bem, a julgar por ser anterior ao direito. (DINIZ, 2013, p.134)

Posta assim a questão, afere-se a suma relevância da proteção ao direito à vida. Entretanto, mesmo que seja um direito fundamental que exige máxima tutela, não se trata de direito absoluto. “Tutela o direito à vida de forma absoluta e irrestrita significaria violar outros direitos fundamentais igualmente relevantes.” (NUNES, 2017, p. 817)

Nesta seara, o direito à vida se inter-relaciona com as liberdades oriundas da autonomia e, nesse ponto, passa-se a analisar as decisões motivadas por outros direitos fundamentais com o intuito de relativizar o direito à vida. À vista disso, o titular do direito poderá flexibilizá-lo diante do exercício de outros direitos que envolvam sua liberdade de escolha. (BARROSO, 2010, p. 26)

Acentua-se, que o direito à vida é um direito de primeira geração devido a sua característica individual, impondo ao Estado o seu respeito. Conforme Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração “valorizam primeiro o homem-singular.” (2010, p. 564) Por tal natureza, espera-se uma atitude negativa do Estado, a fim de se resguardar o exercício do direito à vida, levando-se em conta as escolhas do indivíduo permeadas por sua dignidade.

Por fim, com arrimo no direito à vida com dignidade, legítima a escolha de tratamento médico que ampare e traduza não só a vida no seu sentido biológico, mas a vida como direito de escolha ética, moral ou religiosa. Como remate, a escolha a determinados tratamentos médicos não exclui a proteção à vida, de maneira oposta, busca-se a continuidade da vida e também o resguardo ao direito à saúde.

#### 2.2.4 Direito à saúde

Antes de adentrarmos especificamente no direito fundamental à saúde, prioriza-se, nesse momento, relembrar a natureza e a posição deste direito no texto constitucional. Adentrar nessa questão contribuirá para a reflexão sobre a concessão de tratamentos alternativos por meio do Estado.

O direito à saúde encontra-se disposto no título II da Constituição Federal de 1988, tendo como nominal: Dos direitos e Garantias Fundamentais. Além disto, inaugura o rol dos direitos sociais prescritos no capítulo II, do referido título. Assim, o direito à saúde é posto como direito de segunda geração.

Paulo Bonavides leciona que os direitos de segunda geração “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.” (2010, p.564) Partindo-se dessa acepção, importa guardar que o direito à saúde deve, no seu exercício, verificar a igualdade entre todos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho designa de forma transparente a natureza dos direitos de segunda dimensão. “São estes direitos a prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos.” (2011, p. 342) De acordo com essa composição específica, o exercício do direito à saúde persegue um fim, qual seja o de se ter uma vida digna.

Imperiosa a observação de José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar sobre os elementos estruturais dos direitos sociais. Para ele, esses elementos caracterizam os direitos sociais (também, os econômicos e culturais) e consolidam a proteção desses. “Assim, a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento as personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometidas (...).” (CANOTILHO, 2003, p. 474)

Percebe-se que os direitos sociais possuem a necessidade de que o Estado o realize, não bastando o direito, impondo-se um dever ao ente estatal. Especificamente o direito à saúde ganha forma quando expressado no art. 196 da Constituição Federal, que consagra:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Impreterível a análise atenta do referido artigo, mormente as características apontadas pelo texto legal, no que se refere a saúde como direito de todos e como dever do Estado. Como salientado anteriormente, o dever do Estado origina-se pela natureza de prestar ao indivíduo, meios que assegurem o exercício à saúde. Por outro lado, consubstancia como direito de todos diante da característica da individualidade, podendo qualquer pessoa, na esfera de sua individualidade, exercê-lo.

Consoante Gilmar Ferreira Mendes o dever do Estado se traduz pela necessidade desta prestar saúde as pessoas, bem como elaborar políticas públicas com o escopo de promover, proteger à saúde e a recuperação do indivíduo. (MENDES, 2014, 643)

De outra forma, não destoia o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao decidir o AgR-RE nº 271-286-8/RS, o Ministro Relator Celso de Mello, descreveu precisamente o que é o direito à saúde, qual a relevância de se buscar a igualdade e qual deve ser a prestação estatal para se alcançar a efetivação do direito à saúde:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se

em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (STF, on-line, 2000)

Como bem destacou o Ministro, o direito à saúde esta intrinsecamente ligado ao direito à vida, obrigando o Estado dar efetividade a esses direitos não se abstendo de fazer em virtude da natureza programática do direito. Nesse aspecto, caso o faça incorrerá em “infidelidade governamental”, traindo assim, toda a confiança da população no texto constitucional e naqueles que ilicitamente deixam de efetivar o respectivo direito. (MELLO, 2000).

Por derradeiro, anota-se que o art. 196, da CRFB/1988, prescreve como dever do Estado e direito de todos “o acesso universal e igualitário”. (BRASIL, 1988). Nessa ocasião, vale-se recordar que uma das características dos direitos de primeira geração é o vínculo umbilical que estes possuem com o princípio da igualdade. Porém pergunta-se: a qual igualdade deve-se perseguir – a igualdade material ou a igualdade formal?

Em apertada síntese, para trazer à baila a diferença entre igualdade material e igualdade formal, adota-se a concepção firmada por Ruy Barbosa (1999, p. 26):

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Apoiando-se a este sendo, constata-se que a igualdade que está diretamente atada ao direito à saúde é a igualdade material. Vislumbra-se que o dever prestacional do Estado deverá atender-se as desigualdades, ou necessidades

específicas que surgirem com o intuito de se atingir o acesso igualitário a todos (universalidade) ao direito à saúde.

Em virtude dessas considerações preliminares, passa-se ao deslinde do tema em verificar a legitimidade do Estado em custear tratamentos alternativos em razão da liberdade religiosa. Não só isso, mas também verificar-se-á se há a incidência de conflito entre direitos fundamentais a fim de justificar a prestação positiva ou não do Estado.

### **3 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONVERGÊNCIA ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E O INTERESSE PÚBLICO**

Tratar do aparente conflito entre o direito à vida e o direito a liberdade religiosa no exercício no direito à saúde se faz primordial, uma vez que não é pacífica a questão, como se verá. Por outro lado, verificar a existência de divergência entre a escolha de tratamento médico *versus* o interesse público também se faz essencial, em virtude de como se dará a efetivação do direito à saúde através de seu elemento basilar – a igualdade.

Identificar a posição dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana é de grande valia, tendo em vista que se porventura se observar hierarquia entre direitos, conseqüentemente, diante de um conflito de direitos um se sobreporá ao outro. Nesse caso, para o enfrentamento judicial, bastaria o reconhecimento da posição superior de um ou de outro direito.

Porém, ao se falar em hierarquia, convém esclarecer sobre espécies de normas constitucionais. Entende-se que são duas as espécies, partindo-se das correntes De Ronald Dworkin e Robert Alexy – as regras e os princípios – os quais por sua vez, se distinguirão pela dimensão.

Ronald Dworkin apresenta essa distinção se dá na seara de validade e de peso, enquanto as regras devem ser analisadas através da validade, os princípios serão observados segundo seu peso, levando-se em consideração “a força relativa de cada um.” (2002, p. 42, apud NUNES, 2017, p. 320) No que lhe concerne, Robert Alexy expressa:

(...) o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (2009, p.153, apud NUNES, 2017, p. 321)

Neste ângulo, tem-se que os direitos fundamentais não são regras, e sim, princípios, e como tais devem ser considerados segundo a dimensão que lhes foi posta. Nesta senda, descarta-se a possibilidade de hierarquia entre os direitos fundamentais, estando os direitos à vida e à liberdade religiosa no mesmo patamar de proteção.

### 3.1 CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Preliminarmente, cumpre-se, de forma sucinta, entender o motivo pelo qual as pessoas que professam a fé testemunhas de Jeová não aceitam tratamentos que envolvam o uso de sangue. Compreender o fundamento religioso implica em saber se na negativa deste tipo de tratamento esse grupo rejeita outros tratamentos. Essa análise é válida para distinguir se há a recusa ao direito à vida em situações que o tratamento transfusional é indicado.

Dirimir dúvidas a respeito é fundamental para livrar-se de ideias pré-concebidas sem argumentações válidas. Nesse sentido, prima-se pelo respeito as minorias reconhecendo-se no seio do Estado Laico opiniões diferentes no que se refere tratamentos médicos. Desse modo, entender a realidade vivenciada pelas testemunhas de Jeová é um modo de alcançar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (CRFB, 1988, p.)

Luís Roberto Barroso bem salienta que devido a postura das testemunhas de Jeová em relação a transfusão sanguínea essas recebem críticas rigorosas e

muitas vezes são taxadas. “Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos.” (BARROSO, 2010, p. 33)

Conforme o site oficial do grupo religioso extrai-se que de fato encaram tratamentos sanguíneos que envolvam os componentes principais do sangue – glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma – como tratamentos proibidos. O que não implica dizer que renegam o quaisquer tipos de tratamentos, como se depreende:

As Testemunhas de Jeová acreditam que as transfusões de sangue são proibidas, conforme indicam os seguintes textos bíblicos: “Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.” (Gênesis 9:3, 4) “Ter á de derramar o sangue e cobri-lo com p ó.” (Levítico 17:13, 14) “Abstenham[-se] . . . de imoralidade sexual, do que foi estrangulado e de sangue.” (Atos 15:19, 20) Embora esses versículos não estejam expressos em termos médicos, as Testemunhas de Jeová os consideram como proibindo a transfusão de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma. Pacientes que são Testemunhas de Jeová solicitam tratamentos que usem alternativas às transfusões de sangue. (2018, on-line)

Assim sendo, optam por tratamentos alternativos que não envolvam transfusão de sangue total. Em face da opção por tratamentos é que se defende a impossibilidade de existência de conflito entre o direito à vida e o direito a liberdade religiosa. Porém, não é a posição unívoca.

Com efeito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho divergem:

Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos. Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do indivíduo. ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa. (2008, p.214)

Para os doutrinadores há o conflito entre os interesses da sociedade na permanência da vida e o interesse subjetivo da pessoa que pela sua crença viola o direito à vida. Desse modo, este deve prevalecer sobre a escolha pautada do direito à liberdade religiosa.

Oportuno, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho que haverá uma “colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide como o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.” (2013, p. 1270)

Justificar-se-ia o conflito entre a liberdade religiosa e a vida desde que a primeira fosse exercida por um indivíduo em detrimento ao direito à vida de outro, por corolário lógico, haveria o conflito aparente entre direitos fundamentais. O que nitidamente não é o caso. Vê-se que a irresignação quanto a submissão a tratamento sanguíneo de pessoa capaz não influi na esfera privativa de terceiro.

Exemplifica José Joaquim Gomes Canotilho a colisão entre titulares de direitos fundamentais, como exemplo os direitos de imprensa e o direito a intimidade – colisão de direitos em sentido próprio. Outra possibilidade é a colisão entre direitos e bens jurídicos, fundando-se essa nos direitos fundamentais do indivíduo em conflito com bens jurídicos garantidos pela Constituição – colisão de direitos em sentido impróprio. (2013, p. 1271)

Partindo-se dessa corrente não verifica o conflito entre o direito à vida e o exercício da liberdade religiosa ante a negativa de se submeter a transfusão sanguínea. Até mesmo porque, como já dito, recusam especificamente esse tratamento possuindo o legítimo interesse em proteger sua vida com a aplicação de tratamentos alternativos.

Nelson Nery Junior (2009, p. 52) compartilha desse entendimento:

O paciente Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, mas aceita, por conseguinte, opções terapêuticas isentas de sangue, de maneira que em nenhum momento tal recusa deve ser equiparada ao suicídio. Afinal ele deseja a cura e aceita se submeter a outros tratamentos médicos. Não há, portanto, colisão de direitos fundamentais em sentido próprio ou impróprio, na nomenclatura de CANOILHO.

De igual forma, coaduna-se o posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo o qual acrescenta que a escolha a tratamento médico alternativo encontra esteio na Constituição, não se tratando de recusa a qualquer tratamento. “Não pode ser encarado como menosprezo pela vida e não é uma atitude suicida. Logo, não há conflito entre direito à vida e o direito de liberdade religiosa.” (2010, p.17)

Não difere a jurisprudência pátria. Não se entende prudente justificar a existência de conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa sob o viés

de violação direta a interesse comunitário ou da sociedade. Tampouco, que a escolha a tratamento médico alternativo ao tratamento transfusional exorbita a esfera privada atingindo terceiros. Não destoam o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. **Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros.** Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010) (TJRS, 2010, on-line)

(...) Reitero que sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República, a inviolabilidade do direito à vida é a inviolabilidade do direito à vida digna. Por isto não cabe aqui qualquer aplicação do princípio da proporcionalidade. Não vejo dois princípios em colisão. Não vejo como averiguar necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito diante da ausência de colisão de princípios. O que ocorre na realidade é a negação a um direito fundamental de liberdade de consciência e crença, ou seja, a negação a um princípio e não colisão entre mais de um. Aliás, este é um direito fundamental de qualquer cidadão e não apenas dos Testemunhas de Jeová. Não havendo crença, deve o Estado respeitar a consciência do ser humano nos termos propostos e constantes na Constituição. Repito que não se cuida de fazer apologia ao suicídio, isto é outro fato e outra circunstância. O direito ao suicídio não é contemplado em nossa Constituição e não é esta a discussão. A paciente está em busca de tratamento. Quer viver, porém, viver de acordo com sua fé, buscando tratamento adequado a sua fé, necessário ao seu bem estar, proporcionalmente maior que todo o direito arvorado pelos médicos em ficar tranqüilos com sua consciência. Em que pese a coincidência das palavras não se trata de utilização de postulado normativo aplicativo. (...)(Sentença Nº 2009.1.049843-2, 2ª Vara da Fazenda da Capital, Tribunal de Justiça

do PA, Juiz: MARCO ANTONIO LOBO CASTELO BRANCO, Julgado em 18/11/2009) (TJPA, 2009, on-line)

Portanto, de maneira harmoniosa com a doutrina e com a jurisprudência, presume-se que recusar à transfusão de sangue não comporta dizer que há a recusa ao direito à vida. Como bem salientado, está-se diante de uma escolha alternativa de tratamento médico para garantir a manutenção da vida. Desse modo, não se recusa o direito à vida.

Outrossim, não há se falar em colisão entre o direito à vida e a liberdade religiosa quando no exercício do seu direito, o adepto da crença – testemunha de Jeová – opte por meios alternativos aos prescritos com a utilização de sangue. Não ocorrendo, dessa maneira, afronta a bem jurídico comunitário, por conseguinte, não colidindo estes direitos quando da recusa a tratamento transfusional.

Meritório o destaque ao voto do Ministro Relator Alberto Vilas Boas ao julgar a ação de autos nº 1.0701.07.191519-6/001 oriunda da Comarca de Uberaba Estado de Minas Gerais:

Dentro deste contexto, é preciso considerar que a recusa do agravante em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida. Por certo, reputo indispensável que sejam exauridos os procedimentos clínicos disponíveis perante a unidade hospitalar na qual se encontra internado o recorrente para obviar a transfusão de sangue no âmbito do tratamento quimioterápico. Consoante se observa dos autos, existem alternativas outras que podem contribuir para evitar que a transfusão de sangue seja utilizada como primeiro e último recurso quando o sistema imunológico do paciente exige alguma espécie de intervenção imediata. Aparentemente, a direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. Faço esta observação, porquanto a recepção de sangue pelo seguidor da corrente religiosa Testemunhas de Jeová o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes. Cria-se, portanto, um ambiente no qual a pessoa é tida como religiosamente indigna e que não merece a necessária acolhida em seu meio, como descrito em doutrina. É necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir

que sua recusa é legítima. Sim, porque não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador, sendo certo que, atualmente, o recorrente encontra-se em alta hospitalar e não há preceito normativo algum que o obrigue a retornar ao tratamento quimioterápico se houver a perspectiva de ocorrer a transfusão sangüínea. É conveniente deixar claro que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer outro tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão; dessa forma, tratando-se de pessoa que tem condições de discernir os efeitos da sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento clínico, como exposto na petição recursal. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/08/2007, publicação da súmula em 04/09/2007) (TJMG, 2007, on-line)

Como visto, observando atentamente a situação, tem-se que a recusa a transfusão de sangue não gera a colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. A faculdade pelo tratamento sem o uso de sangue reflete o exercício da autonomia privada, visando à concretização do direito à vida nos seus melhores moldes, qual seja o direito à vida digna.

“Há, sim, exercício do direito à vida digna, tendo em conta a liberdade e a autonomia de cada indivíduo, fundamentos da dignidade da pessoa humana.” (AZEVEDO, 2010, p. 17). Neste contorno, se a recusa a tratamento alternativo é legítima e encontra respaldo no texto constitucional, há de se averiguar se esses tratamentos optados devem ser fornecidos pelo Estado quando não constarem nas listas dos entes estatais.

### 3.2 CONVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO NA PRESTAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO À SAÚDE

Como discorrido, concluiu-se pela legitimação da recusa a tratamento médico que envolva a transfusão do sangue. A escolha é legítima diante dos fundamentos dos direitos existenciais, a dignidade da pessoa humana na forma de autonomia em reger suas escolhas, o direito à vida, à liberdade religiosa e o direito à saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra o direito à saúde no âmbito dos direitos sociais, no entanto, visando não só assegurar como promover e efetivar tal direito, dispôs especificamente no art. 196, as características e natureza do direito à saúde. A priori, salienta-se que além de ser um direito de todos é também dever do estado, mostrando-se, portanto, como um direito individual oponível ao Estado, bem como o dever estatal visando o interesse público.

Na qualidade de dever estatal, de suma importância algumas reflexões sobre o conceito de interesse público. Como leciona José dos Santos Carvalho Filho, não há exatidão no conceito de interesse público, motivo pelo qual alguns o caracterizam como sendo um *conceito jurídico indeterminado*. No entanto, para o autor, cuida-se de um conceito determinável, uma vez que diante da situação específica o intérprete verificará o que é interesse público. (2012, p. 32)

“(...) pensa-se habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. (...) constitui no interesse o todo, ou seja, do próprio conjunto social (...)” (MELLO, 2010, p. 59)

Conforme Marçal Justen Filho, a supremacia do interesse público reside na superioridade desse interesse, que permeia a sociedade, em relação aos interesses particulares. Desse modo, não haveria a preponderância dos interesses, direitos individuais em detrimento dos interesses públicos. Por sua vez, a titularidade dos interesses públicos é a comunidade, a sociedade. (2014, p. 150)

De outra banda, para Hely Lopes Meirelles a conceituação está intrinsecamente vinculada ao seu desígnio – interesse comum, geral – priorizando-se o interesse da sociedade em relação ao particular. Trata-se, de característica basilar para a própria existência do Estado. (MEIRELLES, 2010, p.106) Valida-se a

atividade estatal, como se denota, principalmente quando o Estado está na posição de prestador de direitos.

Em contrapartida Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aduz que existem normas de interesse individual e de interesse público, “leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de **interesse individual** e, o direito público, normas de **interesse público**.” (2016, p.96). Explica a autora, que as normas de direito público possuem como foco primário a satisfação do interesse público, muito embora ao conceder essa proteção acaba, por si só, atendendo a interesses privados. Diante desse cenário, há uma modificação visível na destinação do direito: retira-se a centralidade do individualismo para o atingimento de uma destinação social. Por essa razão, o interesse público se sobrepõe sobre os interesses individuais para proporcionar o bem-estar da comunidade. (2016, p. 97)

Por fim, José Santos de Carvalho Filho (2012, p.32) destaca que mesmo diante do conflito de interesses privados e públicos, a relevância dos interesses da coletividade deverá prevalecer:

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim um grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a concretizar-se como Welfare State (Estado bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (CARVALHO, 2012, p.32)

Por outra senda, insta-se ressaltar que atrelado ao princípio da supremacia do interesse público está o princípio da finalidade pública. Como se observou, o interesse público tem um propósito singular, qual é o de proporcionar através da prestação estatal o bem coletivo, sendo a sociedade, como um todo, atingida por seus efeitos.

Sublinha-se que intimamente a finalidade pública está o princípio da indisponibilidade do interesse público, o que por certo afasta qualquer desvio daquilo a qual se pretende. E quanto a sua finalidade, precioso o contorno traçado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Ao discorrer sobre o interesse público, esclarece que esse nada mais é que “uma dimensão dos interesses individuais (...) Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõe.” (MELLO, 2010, p. 60)

Conclui-se que o interesse público está alicerçado na sua própria destinação, qual seja, atender aos interesses da coletividade considerando o bem comum. Não se perde de vista que a destinação do princípio do interesse público guarda relação com o interesse privado através da via reflexa

Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos. Donde o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**. (MELLO, p. 61)

Não haveria razão buscar uma finalidade para satisfazer os anseios da comunidade, sem levar em consideração os interesses individuais. A depender do contexto, a administração pública deverá sopesar os almejos privados de um determinado grupo, para resguardar o interesse social.

Sob essa perspectiva é que se entende que o direito à saúde deve ser protegido, promovido e efetivado. Voltando-se à inauguração constitucional, o direito à saúde de fato é um dos direitos canalizado sobre o viés do interesse público. A dimensão social desse direito impele o Estado à assegurar em parâmetro igualitário sua concretização.

Desse modo, enfrentada a temática – a convergência entre o interesse público e o interesse privado. Por meio da exegese do interesse público, verifica-se, em tese, a convergência entre o direito à saúde do paciente que, além de recusar a transfusão de sangue, exige do Estado tratamento alternativo indisponível na rede pública de saúde. Por inferência coerente, a partir do conflito de interesses, a cessão de tratamento exclusivo desvirtua a finalidade pela qual o interesse público é vinculado, gerando por consequência o ferimento à igualdade.

Nesse ponto, quando o Estado fornece tratamento alternativo sem que esse conste na sua base de prestação à saúde, fere a igualdade formal concedida pela Constituição Federal. Nesse aspecto, são os entendimentos jurisprudenciais:

SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana

de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as praticas da fé que professa. Negado seguimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70061159398, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/08/2014) (TJRS, 2014, on-line)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRATAMENTO MÉDICO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICAS. DESCABIMENTO. 1. A devolução cinge-se ao cabimento da condenação dos réus a fornecer tratamento oncológico à autora na rede privada, ante sua negativa na assinatura do termo de transfusão de componentes sanguíneos exigido pelo INCA no qual resta assinalado que os médicos, em caso de necessidade, podem se socorrer de transfusão sanguínea durante a realização de procedimento cirúrgico. 2. O art. 196 da Constituição da República assevera que a saúde é direito de todos e dever do Estado, competindo, na forma do art. 197, primordialmente ao Poder Público, a execução das ações e serviços que garantam ao cidadão, em última análise, o seu direito à vida. 3. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. 4. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre esses ((RE 855178 RG, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13- 03-2015 PUBLIC 16-03-2015 ). 5. Embora o Poder Judiciário não possa editar leis ou adentrar na esfera das políticas públicas, deve buscar a efetividade da norma constitucional e a fiscalização do seu cumprimento, ainda que para assegurar o seu mínimo existencial, qual seja, as condições básicas da existência humana. 6. Em se tratando de paciente com neoplasia maligna, a Lei nº 12.732/2012 prevê que paciente tem direito de se submeter ao primeiro tratamento de quimioterapia e radioterapia no SUS no prazo de até 60 dias. 7. Na hipótese vertente, a autora comprovou o diagnóstico de neoplasia do reto e que, matriculada no inca em 11 de julho de 2013 (fls. 23/30), ainda aguardava por mais de 3 (três) meses a realização de procedimento cirúrgico para retirada do tumor, em violação às disposições da Lei nº 12.732/12. 8. Diante de tais fatos, na linha da exegese adotada pela jurisprudência pátria, o Juízo a quo deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que os réus providenciassem a imediata avaliação e início de tratamento da autora no INCA ou em qualquer hospital da rede privada apto a realização do procedimento, sob custeio do SUS (fls. 33/34). 9. De acordo com os documentos acostados às fls. 236/239, o procedimento não foi realizado ante a recusa da autora, Testemunha de Jeová, em assinar o termo de consentimento de transfusão de componentes sanguíneos. 10. À fl. 282, a demandante informou que realizou a cirurgia em hospital particular, requerendo a conversão da

obrigação de fazer em perdas e danos, com o reembolso do valor de R\$ 10.000,00 pago pela realização da operação. 11. Verifica-se, portanto, que o atendimento na rede pública foi inicialmente garantido e que a questão que se coloca a deslinde cinge-se à análise do cabimento do custeio pelo Poder Público da cirurgia realizada na rede privada, ante a recusa na assinatura do termo de consentimento de transfusão de sangue e hemoderivados pela parte, por motivo de crença religiosa. 12. O art. 22 do Código de Ética Médica estabelece que em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida. 13. Ainda que a (LI) Apelação Cível nº 0000232-29.2013.8.19.0009 6 liberdade de religião seja expressão da dignidade da pessoa humana, não cabendo ao Estado avaliar o mérito de qualquer crença, não é razoável impor ao Poder Público, que ao possibilitar a cirurgia no INCA estava possibilitando a concretização do direito social à saúde dentro de um quadro de escassez de recursos, a responsabilidade pela relativização do direito à vida e pelas despesas da cirurgia realizada pela autora na rede privada. 14. Apelação improvida. (TRF-2 - AC: 01366287020134025101 RJ 0136628-70.2013.4.02.5101, Relator: ALCIDES MARTINS, Data de Julgamento: 21/07/2017, 5ª TURMA ESPECIALIZADA) (TRF-2, 2017, on-line)

APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE. MUNICÍPIO DE BOM JARDIM. CIRURGIA DE HISTERECTOMIA TOTAL ABDOMINAL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. LIBERDADE DE RELIGIÃO. TESTEMINHA DE JEOVÁ. AUTORA OBJETIVANDO O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM INTERVENÇÃO CIRÚRGICA REALIZADA NA REDE PARTICULAR DE SAÚDE, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O PODER PÚBLICO NÃO TERIA AGIDO COM A URGÊNCIA NECESSÁRIA NO CASO, DEIXANDO A AUTORA COM DORES E HEMORRAGIA, FRUTO DO AGRAVAMENTO DE SEU QUADRO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, SOB FUNDAMENTO DE QUE NÃO PODE O PODER PÚBLICO SER OBRIGADO A SUSTENTAR SERVIÇOS DE SAÚDE QUE NÃO DECORREM APENAS DE PRESCRIÇÃO MÉDICA E QUE PODERIAM SER FACILMENTE PRESTADOS PELO SUS, POR QUESTÕES RELIGIOSAS, DE CUNHO INDIVIDUAL. INCONFORMISMO DA DEMANDANTE. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. Os depoimentos prestados em audiência atestam que autora comunga da crença pregada pelas Testemunhas de Jeová e, portanto, não poderia ser submetida à transfusão de sangue, o que por certo “dificultou o atendimento da autora na rede pública municipal, através do Sistema único de Saúde.” como afirmou o magistrado na sentença, já que implicaria em risco de hemorragia. 2. Embora a cirurgia em questão, seja realizada pelo SUS, a autora pretende obrigar o Poder Público a promover-lhe a cirurgia de modo diferenciado por meio de procedimentos que não são realizados pelo SUS. No caso, a autora pretende o reembolso dos gastos realizados por ela para realização da cirurgia em hospital privado. O inciso VI do artigo 5º da Constituição da República garante a todas as pessoas a inviolabilidade da “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”. O

artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos do Homem permite uma compreensão sobre o conteúdo do direito à liberdade religiosa: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.” 3. Na lição de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2010, p. 46), a religião configura-se como uma série de princípios que orienta os pensamentos e as ações individuais. Para o autor, o referido dispositivo constitucional apresenta um conceito amplo, através do qual se protege a “crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto”. 4. O direito à liberdade religiosa, portanto, assegura (I) a livre escolha individual e (II) a manifestação desta escolha através de cultos ou ritos. Veda-se, por conseguinte, a imposição ao indivíduo de determinada opção religiosa, de renúncia à opção já feita ou de obstáculos ao seu exercício. 5. A garantia do direito de liberdade religiosa dá-se em maior medida por meio de abstenção do Estado, no sentido de não interferir na escolha e nas manifestações individuais. O seu exercício exige poucas prestações positivas por parte do Estado. 6. Dentre as prestações positivas previstas na Constituição da República, contudo, não decorre a de o Estado financiar tratamentos de saúde resultantes de escolhas (LI) Apelação Cível nº 0000232-29.2013.8.19.0009 2 religiosas ou de crença. Com efeito, a liberdade de religião ou de crença não garante o direito de exigir do Estado o custeio de tratamento à saúde segundo as práticas e regras religiosas, já que o direito social à saúde se destina a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social de modo universal e igualitário. 7. Distinções na prestação do serviço público de saúde para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos, pois acarretaria tratamento diferenciado para cada situação que fosse apresentada, norteadas exclusivamente pelo interesse privado do beneficiário do serviço público estatal. Como sabiamente afirmou o magistrado de primeiro grau, “não pode, portanto, o Poder Público ser obrigado a sustentar serviços de saúde que não decorrem apenas de prescrição médica e que poderiam ser facilmente prestados pelo Sistema Único de Saúde, por questões religiosas, de cunho individual.”. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 8. Considerando que não restou comprovada a desídia do Município réu em fornecer o tratamento de que necessitada a autora e que tampouco cabe conceder privilégio à parte autora por sua opção religiosa, merece ser mantida a sentença que examinou com extrema perfeição os fatos e aplicou corretamente o direito. 9. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ - AC: 0000232-29.2013.8.19.0009, Relator: JUAREZ FERNANDES FOLHES, Data de Julgamento: 30/01/2018, 19ª CAMARA CIVEL) (TJRJ, 2018, on-line)

De acordo com o entendimento de alguns tribunais, há o conflito entre o direito à saúde individual no exercício da liberdade religiosa ao se exigir do Estado tratamento de saúde que não componha o quadro de fornecimento do Sistema

Único de Saúde. A convergência ocorre, em decorrência da existência de tratamento fornecido pelo sistema – mediante transfusão de sangue – e a recusa expressa de pacientes testemunhas de Jeová em se submeter a terapêutica transfusional.

Destarte, há convergência entre o interesse privado, de se ter garantido o direito à saúde, norteados pela dignidade da pessoa humana, e o interesse público, de dever de prestar à saúde regido pelo princípio da igualdade. Nesta toada, deve-se verificar se a preponderância do interesse público está cumprindo com a sua finalidade.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS E A RESERVA DO POSSÍVEL**

Vale lembrar mais uma vez da importância dos direitos sociais na consagração do Estado Democrático de Direito. Na atual conjectura constitucional, frisa-se que os direitos sociais são abarcados pela fundamentabilidade, logo imprescindíveis para o desenvolvimento do ser humano. José Afonso da Silva dispõe sobre o tema:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (2013, p. 288)

Nota-se que os direitos sociais exigem uma prestação e atuação do Estado para garantir a todos mínimas condições de vida. À vista disso, o suporte principal é a dignidade humana, e somente por instrumentalização dela é que se alcançará a efetivação do direito à saúde, atendendo, de igual forma ao interesse público.

Entretanto, conforme dissertado, haverá intervenção estatal tanto para promover os direitos fundamentais quanto para limitar o exercício dos direitos fundamentais. Sobre essa tela, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo destacam que a reserva do possível é um limitador tanto do exercício dos direitos fundamentais como baliza para solucionar conflito entre interesses:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,

como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, on-line)

Considerando-se a dualidade da reserva do possível, são duas as suas vertentes: a primeira como limitadora dos direitos fundamentais, e a segunda, como garantidora dos direitos fundamentais. Para a concretização do direito à saúde são necessárias políticas públicas que atentem ao dispositivo constitucional. Nesse sentido, a Lei Maior, instrumentalizou como garantia a seguridade social, nos termos do art. 194, da CRFB/1988:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988, p.)

Sobre essa vertente passa-se ao exame do dever do Estado na prestação de tratamento alternativo diante da recusa a terapêutica de transfusão de sangue. Muito embora há colisão entre interesse público, sumário abarcar se o fornecimento de técnica alternativa contraria de fato a igualdade ou se trata de uma adequação material para assegurar o direito à saúde.

#### 4.1 LEGIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO

Não pairam dúvidas se que é de competência estatal o fornecimento à saúde para todos, caracterizando-se pela igualdade e universalidade do direito. No entanto, não se coaduna com o entendimento de que o Estado se abstenha de promover um direito justificando-se pelo princípio do tratamento igualitário. Tampouco é lícito invocar o princípio da reserva do possível para suprimir direitos.

Nas palavras de José Eduardo Faria (1994, apud SARLET, 2001, p. 261):

(...) os direitos sociais não configuram um direito de igualdade , baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

Primeiramente, reconhecer que o princípio da igualdade não se esgota na sua terminologia é de estrita relevância. A igualdade que vela o direito à saúde diz respeito a igualdade material, aquela traduzida por Ruy Barbosa, como já delimitado.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet os direitos sociais, e aqui, em especial, o direito à saúde, dependem de duas posturas do Estado: uma conduta negativa e uma positiva. Traduz a atuação negativa pelo fato de o objeto da prestação estatal não pode obrigar ao titular do direito. De outro modo, possível a exigência de uma atuação do estado, por exemplo, através de edição de lei, para se alcançar o direito específico. (SARLET, 2001, p. 261-262)

Furta-se a ideia de que ao atender um direito específico de uma pessoa ou grupo há afronta ao interesse público. Como bem destaca Jorge Miranda, “os direitos fundamentais e, em geral, todos os direitos, são (repetimos) primordialmente direitos das pessoas singulares.” (MIRANDA, 2000, p. 219).

Ademais, o autor explica que “*todos têm todos os direitos e deveres* – princípio da universalidade; *todos* (ou, em certas condições ou situações, só alguns) *têm os mesmos direitos e deveres* – princípio de igualdade.” (MIRANDA, 2000, p. 215)

Nesta linha de interpretação, verifica-se cabalmente que a igualdade pela qual se busca a efetivação do direito à saúde é a igualdade material, concebendo a oportunidade de igualar no plano fático, pessoas que se encontram em situações desproporcionais. Entende-se, portanto, que ao recusarem a transfusão de sangue,

as testemunhas de Jeová, sob a égide da dignidade humana e do livre exercício de seus direitos fundamentais, encontram-se em desigualdade com os demais, no que tange o desfrute ao direito à saúde.

Conforme, explanado a recusa é legítima e o ao buscarem tratamentos alternativos, buscam a preservação de sua própria vida. Nesse contexto, quando o Estado se opõe a instrumentalizar o direito à saúde fere frontalmente aos direitos que são de sua incumbência proteger. Por ser em essência os direitos fundamentais direitos de particulares, os direitos sociais não perdem esta característica. Pelo contrário, através da singularidade e do dever estatal busca-se a proteção universal e igualitária.

Nesse mesmo sentido, relevante a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que concedeu a tutela jurisdicional a fim de impelir o Estado a prestar e a fornecer tratamento médico sem uso de sangue:

TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente. (TJMT - Ag: 0022395-96.2006.8.11.0000, Relator: SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA, Data de Julgamento: 21/05/2006, 5ª CAMARA CIVEL) (TJMT, 2006, on-line)

Por derradeiro, não se vislumbra a possibilidade de se invocar a reserva do possível para não disponibilizar técnicas alternativas quando solicitadas. Por corolário lógico, oportuno destacar que os direitos que envolvam prestações estatais estão associados com a capacidade econômica, dependendo de uma destinação financeira para sua eficácia e concretização. Diferentemente, dos direitos individuais, posto que, esses, possuem proteção jurídica sem se levar em conta, a priori, fatores econômicos. (SARLET, 2001, p. 263)

Como salientado na decisão do juiz federal José Arthur Diniz Borges:

o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental de todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, não podendo o Poder Público mostrar-se indiferente aos problemas que o maculem, sob pena de incorrer, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento ilícito e/ou inconstitucional. (JE/RJ, 2005, on-line)

Delimitando-se as conceituações, conclui-se que além de não haver disponibilidade do direito à vida há o clamor pessoal para a prestação de tratamento de saúde sem que haja a agressão moral, física e psíquica. Não se espera a omissão estatal, em não permitir ou privar de tratamento, seguidores da crença – testemunhas de Jeová – pelo contrário, almeja-se do Estado a garantia a tratamento médico condizente com as expressões de dignidade que expressam a singularidade da autonomia humana.

Por outro enfoque, no que tange a alegação da reserva do possível, deve-se observar que nem todo o direito que exige uma prestação do Estado, está passível de limitação de recursos, como bem orienta Emerson Garcia:

Não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas. [...] Essa tese, infelizmente, destoa de um padrão de razoabilidade, motivo pelo qual seu prestígio está em franco declínio. Como contraponto, tem-se o mínimo existencial, que, face o seu conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade, atende à razão e satisfaz à dignidade da pessoa humana. (2004, on-line)

Como remate, para firmar a legitimidade do Estado no fornecimento de tratamento alternativo o qual não compõe seus quadros, relente a observância do que se consagra como o mínimo existencial. Filia-se ao entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo de que para se identificar

características da essência do mínimo existencial prudente a análise do cenário fático, examinando o indivíduo e suas necessidades. (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, on-line)

Assim sendo, pertinente o uso da técnica da proporcionalidade ao decidir sobre a questão. Posto isso, convém considerar Recurso Extraordinário 979.742 afetado por repercussão geral, no qual se discute, em síntese, o custeio de tratamento médico diferenciado, pelo Estado, em razão de convicção religiosa.

#### 4.2 PONDERAÇÃO DE VALORES – COLISÃO ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E O INTERESSE PÚBLICO

O cerne da discussão está na Recurso Extraordinário 979.742, com relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, para se decidir sobre a obrigação do poder estatal em fornecer tratamentos diversos daqueles que estão dispostos no Sistema Único de Saúde. É a ementa do da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário:

Ementa: Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Direito à saúde. Custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Repercussão geral. 1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 979742 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 29/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017 ) (STF, 2017, on-line)

O assunto é de extrema relevância por tratar do direito social à saúde à vista das minorias. A decisão versará sobre o direito de exercício da liberdade religiosa no âmbito da autonomia privada. Nesse diapasão a Suprema Corte decidirá se pode o estado recusar-se a oferecer tratamento médico, justificando-se pelo custeio de alternativas indisponíveis na rede pública. Nestes termos, harmonioso o excerto da decisão do STF:

A questão constitucional trazida neste recurso extraordinário exige a determinação da extensão de liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de

consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, i.e., o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acabam constrangidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar. (STF, 2017, on-line)

Como mencionado a pouco, há a estrita necessidade de ponderação dos valores e principalmente de atenção ao caso específico quando na confrontação de princípios. Mais do que isso, imprescindível a o exame da necessidade do indivíduo para se alçar o núcleo do que é mínimo existencial.

Nesse viés, Ingo Wolfgang Sarlet, relembra, oportunamente, a decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que “firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.” (SARLET, 2001, p. 265) Diante disso, a concessão de tratamento médico atentar-se-á aos limites da razoabilidade. Para tanto, recorre-se a técnica da ponderação de valores a partir da proporcionalidade e da razoabilidade.

Apropriado nesse momento diferenciar a razoabilidade da proporcionalidade para que a partir da aplicação correta dos institutos, alcance-se a resposta jurisdicional que se almeja. Por essa ótica, adota-se o entendimento esposado por Virgílio Afonso da Silva.

Para o doutrinador, a razoabilidade é uma *sub-regra da proporcionalidade*, a medida que aquela formula-se a partir da simples adequação. Como salientado por Luís Roberto Barroso, trata-se da relação entre a razoabilidade interna, *meio e fim*, e a razoabilidade externa, legitimidade dos fins. (1998, p. 66 apud SILVA, 2002 p.32) Desse modo, filia-se a doutrina majoritária quanto a divisão da proporcionalidade (regra) em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sub-regras) (SILVA, 2002, p.35).

“O teste da adequação da medida limita-se, como já visto, ao exame de sua aptidão de fomentar os objetivos visados.” (SILVA, 2002, p. 37) Assim, entende-se que a prestação estatal só será adequada se ao menos fomentar aquilo que previu

como objetivo. Para Virgílio Afonso da Silva, a adequação é uma análise absoluta. (2002, p.39)

O que concerne a necessidade, o exame se dará mediante uma comparação. Por esse turno, existindo uma medida de igual forma eficaz a uma medida anterior, porém que limita o direito fundamental em menor intensidade utilizar-se-á desta medida. Nesse caso, imprescindível verificar quais os direitos a serem limitados. Através desta media haverá a limitação de um direito fundamental em relação ao outro que será promovido. (SILVA, 2002, p. 40)

Referente a proporcionalidade em sentido estrito que estará configurada a desproporcionalidade em sentido estrito, quando a motivação que limita o direito fundamental não possuir peso capaz de fundamentar a necessidade da restrição. Basta que comprove os motivos injustificados, não sendo primordial a não-realização do direito fundamental. Frisa-se, ainda, que há “um sopesamento entre a intensidade da restrição do direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (SILVA, 2002, p.41-42)

Empreendendo a proporcionalidade como regra da qual emanam três sub-regras, apresenta-se uma possível justificativa para o que o Estado custeie tratamento médico quando da manifestação de convicção religiosa. Em especial, referente aos tratamentos indisponíveis pelo Sistema Único de Saúde.

A lei 8.080 de novembro de 1990 dispõe sobre a proteção e promoção à saúde, sendo o instrumento utilizado para materialização do direito fundamental disposto na Constituição de 1988. Interessante, que no art. 2º, da referida lei, aponta o Estado como responsável para proporcionar meios para o exercício pleno do direito à saúde. (1990, on-line)

Veja-se que não há se falar em exoneração do Estado à fornecer tratamento de saúde, uma vez que esse é o legítimo efetivador dos direitos fundamentais. Também reconheceu-se a colisão entre o interesse público e o privado, quando por convicção religiosa, além da recusa ao tratamento sanguíneo, as pessoas testemunhas de Jeová pugnam pelo custeio de tratamentos alternativos.

À luz da razoabilidade ou adequação da proporcionalidade em sentido amplo, entende-se que o custeio do tratamento além de satisfazer os anseios singulares do grupo em si, ou do indivíduo, não desvirtua a finalidade do interesse público. Não há privilégios estendidos ao se providenciar técnica terapêutica aquém

do Sistema Único de Saúde. Muito pelo contrário, quando mediante prestações o Estado concede a oportunidade desses pacientes realizarem procedimentos e técnicas que não firam sua consciência religiosa, assegura o direito à vida digna e não simplesmente sua sobrevivência, como, ainda, prioriza as concepções minoritárias atingindo-se no âmbito material a igualdade entre todos. Desse modo, estende-se o direito à saúde a classes minoritárias, concretizando a universalidade na prestação. Assim, entende-se adequado o custeio por parte do Estado, por atender não são só aos direitos fundamentais individuais e sociais, como também atinge o fim pelo qual é incumbido – o interesse de promover o bem comum.

Sob a perspectiva da necessidade, atenta-se para dois momentos: a especificação dos interesses em conflito e a análise fática do titular do direito sob o bojo do mínimo existencial. Precipuamente, trata-se de direito singular à saúde, como o intuito de se obter tutela jurídica para o exercício da liberdade religiosa, com supedâneo na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, está o interesse público, regido pelo princípio da igualdade, observando-se a vertente econômica para se negar a custear tratamento alheio na rede pública de saúde.

Nesse cenário, aquele que professa sua religião o faz sob a proteção do texto constitucional para se ver concretizado seu direito à saúde no limite de sua autodeterminação. Por esse motivo, o mínimo existencial a ser assegurado é a proteção além da física, a proteção moral e psíquica, tendo em vista o atingimento da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, prudente a disponibilização do tratamento médico alternativo, limitando-se a prerrogativa estatal de não prestar o serviço público em virtude da reserva do possível.

Esta questão quando apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela limitação das finanças públicas em prestígio ao princípio da dignidade humana:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO? FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS? ART. 461, § 5º DO CPC? MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA? ASTREINTES? APLICABILIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA? BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL? POSSIBILIDADE. 1. Inexiste qualquer impedimento quanto a aplicação da multa diária cominatória, denominada astreintes, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer - Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes. 2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar-se o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da

dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recursos especiais providos.(REsp 861.262/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 26/09/2006, p. 200)

Por sua vez com relação a proporcionalidade em sentido estrito, sopesa-se a importância da concessão ao direito à saúde por meio de tratamento alternativo e a restrição do Estado em invocar situações econômicas para não atender as obrigações que lhe cabe.

Não fornecer o tratamento alternativo, implica em dizer que o Estado além de não velar pelo direito à vida, está, de forma implícita impondo ao titular do direito sua própria decisão, invadindo completamente a seara individual. Seria um permissivo para desconsiderar a autonomia privada e coibir o particular a servir ao Estado. Por essa persecução, a negativa estatal é desproporcional, a medida que a restrição do direito fere em muito a realização do direito fundamental.

A desproporcionalidade mostra-se tão nítida que possui ver o confronto entre a negativa do Estado em custear tratamento médico, com os próprios princípios que regem a rede pública de saúde, quais sejam a universalidade, integralidade de assistência mesmo diante de complexidade, preservação da autonomia e o princípio da igualdade.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no [art. 198 da Constituição Federal](#), obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; (...) (1990, on-line)

Por outro lado, a concessão do tratamento não só assegura os direitos fundamentais, garantindo o mínimo existencial, de acordo com os valores individuais, como também são proporcionais à prestação estatal. O Estado não só se encarrega de proteger e promover o saúde, como é de sua incumbência viabilizar os tratamentos médicos alternativos, como bem explanado no RE 368564, no STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não

resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. (RE 368564, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-153 DIVULG 09-08-2011 PUBLIC 10-08-2011 EMENT VOL-02563-01 PP-00064 RSJADV set., 2011, p. 51-68) (STF, 2011, on-line)

Diante todas as considerações, à luz dos critérios de ponderação de valores, através da regra da proporcionalidade, conclui-se que o dever do Estado se estende ao custeio de tratamentos alternativos. Destarte, a invocação da reserva do possível não é motivo válido para que o interesse público se sobrepuje ao direito de saúde no exercício da liberdade religiosa.

## **CONCLUSÃO**

Após a abordagem do assunto, o deslinde é de que a recusa a transfusão de sangue não significa rejeição ao direito à vida. Ao optarem por tratamentos alternativos, as testemunhas de Jeová buscam não só a preservação de suas vidas como pleiteiam guarida estatal para o exercício do direito à vida.

Além disso, a liberdade religiosa como direito fundamental baseia a legítima recusa ao tratamento, sendo a convicção religiosa regida pela autonomia privada sobre o manto de proteção da dignidade da pessoa humana. E, nesse respeito, não pode o Estado sobre a alegação de se reservar recursos para a proteção da maioria excluir de sua própria proteção as minorias, no caso aqueles que professam a fé como testemunhas de Jeová.

Por outro enfoque, a saúde como direito de todos e dever do Estado realiza a finalidade pública de atender aos interesses sociais promovendo-se o bem

comum. Para tanto, para se perseguir a destinação única do Estado é fundamental que este promova a igualdade material em relação aos seus jurisdicionados.

A escolha de uma crença ou até mesmo a abstenção de escolha é sem sombra de dúvidas revestida de caráter intrínseco ao indivíduo, não competindo ao Estado adentrar na esfera íntima para impor decisões. Essa imposição pode se dar pela via direta quando o Estado compele o titular do direito a aceitar tratamento diverso daquele que a sua consciência permite e de modo indireto, quando abstém-se de propiciar e viabilizar tratamentos para a manutenção da vida.

Ao desfecho, por meio da técnica da proporcionalidade, é dever do Estado a prestação da saúde, mais do que isso, é incumbência estatal a promoção da dignidade humana. Por fim, sob a égide da convicção religiosa é legítimo que o Estado custeie tratamento de saúde atentando-se para a máxima efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito à vida.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert tradução de Luís Afonso Heck. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático.** 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70574/40049> Acesso em: 14 out. 2018.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O STJ e os direitos fundamentais.** 2004. Trabalho apresentado no Congresso Brasileiro de Direitos Fundamentais, Maceió, 2004. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20Oselecionado%207%20-%20Os%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20e%20o%20STJ.doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20Oselecionado%207%20-%20Os%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20e%20o%20STJ.doc). Acesso em: 14 out. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Parecer para a Associação das Testemunhas de Jeová. **Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico Sem Transfusão de Sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros.** São Paulo, 08 de fevereiro de 2010.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos mocos.** 1999. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_a\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_a_Oracao_aos_mocos.pdf) Acesso em: 14 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Parecer para a Associação das Testemunhas de Jeová. **LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE RELIGIOSA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS.** São Paulo, 05 de abril de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 3ª ed. Bahia: Juspodvm, 2018.

BRASIL, **Lei n. 8.080,** de 19 de setembro de 1990. Dispões sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990.

CANOTILHO, Gomes José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 9 reimp. Lisboa: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Forense, 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-educacao-e-suas-perspectivas-de-efetividade,25079.html> Acesso em 14 out. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL Tomo IV Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais**. Parecer. SP.2009.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.

PENNSYLVANIA, Watch Tower Bible and Tract Society of, TRATADOS, Associação Torre de Vigia de Bíblias e. **Posição religiosa e ética sobre tratamentos médicos e assuntos relacionados**. 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/05287004990/Downloads/1013778\\_T\\_cnt\\_1.pdf](file:///C:/Users/05287004990/Downloads/1013778_T_cnt_1.pdf) Acesso em: 14 de nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html) Acesso em: 14 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. revis. e atual., São Paulo: Malheiros, 2013.

STF. AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Brito. DJe: 27/05/2010. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 14 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 271286 AgR/RS. Relator: Celso de Mello. DJe: 12/09/2000. 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yap8wyvw> Acesso em: 14 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 979742. Relator: Luís Roberto Barroso. DJe: 29/06/2017. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28979742%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y89he5rb> Acesso em: 14 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 368594. Relator: Menezes Direito. Relator p/ acórdão Marco Aurélio. DJe: 10/08/2011. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28368564%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yawekebm> Acesso em: 14 out. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: n 861262/RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. DJe: 05/09/2006. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=861262&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4> Acesso em: 14 out. 2018.

TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Alberto Vilas Boas. DJe: 14/08/2007. 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=testemunhas%20jeov%E1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 14 out. 2018.

TJMT. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022395-96.2006.8.11.0000. Relator: Sebastiao de Arruda Almeida. DJe: 21/05/2006. 2006. Disponível em: <http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/dadosProcessoPrint.aspx> Acesso em: 14 out. 2018.

TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70032799041. Relator: Cláudio Baldino Maciel. DJe: 06/05/2010. 2010. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70032799041&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politicasite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_gj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70032799041&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_gj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris) Acesso em: 14 out. 2018.

TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70061159398. Relator: Maria Isabel de Souza Azevedo. DJe: 28/09/2014. 2014. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70061159398&num\\_processo=70061159398&codEmenta=5928196&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061159398&num_processo=70061159398&codEmenta=5928196&templntTeor=true) Acesso em: 14 out. 2018.

TJPA. SENTENÇA Nº 2009.1.049843-2. Juiz: Marco Antonio Lobo Castelo Branco. DJe: 1811/2009. 2019. Disponível em: <https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportale/consulta/principal?detalhada=true> Acesso em: 14 out. 2018.

TJRJ. SENTENÇA Nº 2005.5152004117-0. Juiz: José Arthur Diniz Borges. DJe: 24/08/2005. 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-ago-28/sus\\_pagar\\_exame\\_rede\\_publica\\_nao\\_oferece](https://www.conjur.com.br/2005-ago-28/sus_pagar_exame_rede_publica_nao_oferece) Acesso em: 14 out. 2018.

TJRJ. APELACAO CIVEL. Nº 0000232-29.2013.8.19.0009. Relator: Juarez Fernandes Folhes. DJe: 30/01/2018. 2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.1.0.11> Acesso em: 14 out. 2018.

TRF-2. APELACAO CIVEL. Nº 01366287020134025101. Relator: Alcides Martins. DJe: 21/07/2017. 2017. Disponível em: [http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=01366287020134025101&adv=1&site=v2\\_jurisp\\_rudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF](http://www10.trf2.jus.br/consultas?q=01366287020134025101&adv=1&site=v2_jurisp_rudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&base=JP-TRF) Acesso em: 14 out. 2018.

TUGENDHAT, Ernest tradução de Sérgio Borja. **A controvérsia sobre direitos humanos**. 1998. Trabalho apresentado no Congresso Internacional de Direitos Humanos na UFRGS, Porto Alegre, 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70937/40278> Acesso em: 14 out. 2018.

ULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.