

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO**

**A garantia da liberdade religiosa de um menor —
filho de pais Testemunhas de Jeová**

Carolina Ananias Junqueira Ferraz

**Belo Horizonte
2008**

Carolina Ananias Junqueira Ferraz

**A garantia da liberdade religiosa de um menor –
filho de pais Testemunhas de Jeová**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá

**Belo Horizonte
2008**

Carolina Ananias Junqueira Ferraz

**A garantia da liberdade religiosa de um menor –
filho de pais Testemunhas de Jeová– no Direito Moderno**

**Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Belo Horizonte, 2008**

Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (Orientador) - PUC/MG

Prof. Dr. Lúcio Antônio Chamon Júnior – FADESETE

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC/MG

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais que, entre dores e vitórias, me ensinaram a amar.

A meu irmão, presente divino, figura marcante e definitiva em minha formação. Quem primeiro acreditou que este sonho seria possível.

Aos meus amigos de ontem, hoje e amanhã. Em especial a família Carvalho Padilha, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Rogério Monteiro Barbosa, irmãos de fé, presentes que a vida me ofereceu e que o coração, carinhosamente, acolheu.

À Fátima, minha orientadora, que, aceitando-me como uma obra incompleta, fez de mim um ser humano melhor. Por cada lição, pela enorme paciência e o amor fraterno.

Uma idéia que deseja se transformar em coisa tem o nome de “sonho”. O sonho deseja transformar-se em matéria. A “espiritualidade do espírito está precisamente nisso: o desejo e o trabalho para fazer com que aquilo que existe apenas dentro da gente (e que, portanto, só pode ser conhecido pela gente) se transforme numa coisa – que pode então ser gozada por muitos. (Rubem Alves)

RESUMO

Com o implemento das instituições democráticas e o reconhecimento recíproco de iguais liberdades fundamentais a todos os co-cidadãos, o Direito adentra a modernidade. Nesse período e a partir do giro hermenêutico-pragmático, o direito foi convidado a rever seus conceitos assumindo uma postura reconstrutiva da práxis jurídica. Um processo que visa a revisitar, de forma crítica e situada, o caso concreto revisando velhas estruturas a partir de um conceito único e coerente de justiça. A partir de tais pressupostos, o direito adota uma postura interpretativa governada pelo ideal de integridade e conformada por uma comunidade de princípios. Diante desse quadro, a presente dissertação procura, a partir da reconstrução de um caso concreto, argumentos jurídicos para garantir a uma menor, filha de pais Testemunhas de Jeová, o exercício de sua liberdade religiosa. Para tanto, não podemos legitimamente assumir uma concepção compartilhada de bom, imposta através de uma hierarquia de valores, isso porque a pluralidade ética impõe, pelo reconhecimento recíproco de iguais liberdades, o respeito de compreensões privadas de vida boa.

Palavras – Chave: Liberdade Religiosa – Testemunha de Jeová - Direito Moderno – Iguais Liberdades Fundamentais – Integridade

ABSTRACT

With the implement of the democratic institutions and the reciprocal recognition of equal basic freedom to all the co-citizens, Law reaches modernity. In this period, and from the hermeneutic-pragmatic spin, Law was compelled to revise its concepts assuming a reconstructive approach of the legal praxis. A process that aims at re-visiting, in a critical and situated way, the concrete case by revising old structures using a single and coherent concept of justice. From such presuppositions, Law adopts an interpretative posture governed by the ideal of integrity and driven by a set of principles. On this perspective, through the reconstruction of a concrete case, the present dissertation searches legal arguments to guarantee to a child, whose parents are Jehovah's Witnesses, the exercise of her freedom of religion. In order to do so, we cannot assume legitimately a shared conception of goodness, imposed by a valuable hierarchy, because the ethical plurality imposes, by the reciprocal recognition of equal freedoms, the respect for a private understanding of good life.

Keywords: Freedom of religion – Jehovah Witnesses - Modern Law - Equal basic freedoms - Integrity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	14
2.1 O direito como Integridade.....	15
2.2 A normatividade dos princípios e a construção da prática jurídica.....	24
3 AS DIRETRIZES PRÁTICAS.....	29
3.1 Os contornos da objeção de consciência.....	30
3.2 A motivação religiosa dos Testemunhas de Jeová.....	35
3.3 A apresentação da decisão jurídica.....	37
4 A INVIOLABILIDADE DA VIDA HUMANA.....	43
4.1 O valor intrínseco da vida humana.....	44
4.2 Um argumento axiológico em uma decisão jurídica.....	46
5 A INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	50
5.1 Os direitos de personalidade.....	51
5.2 A diferença entre titularidade e exercício de direito.....	56
5.3 A intransmissibilidade dos direitos de personalidade como argumento jurídico.....	59

6 A CONSTRUÇÃO DE UM ARGUMENTO JURÍDICO	61
6.1 A autonomia privada: elemento essencial para a construção do Direito Moderno	62
6.2 A reconstrução da práxis.....	65
7 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

As categorias do pensamento humano nunca são fixadas de forma definitiva; elas se fazem, desfazem e refazem incessantemente; mudam com o lugar e com o tempo. (Émile Durkheim)

Durante um longo período, a linguagem foi vista como mero instrumento de apreensão do objeto do conhecimento. Naquele período, o saber teórico aparecia como elemento essencial e último de acesso ao mundo. Com o giro hermenêutico-pragmático, esse estado de coisas foi interrompido e a linguagem passou a ser um elemento mediador e constitutivo do conhecimento.

Neste novo contexto, o conhecimento não nasce da subordinação da prática à teoria, mas, ao revés, emerge da relação destes dois saberes em um processo de simbiose e constante renovação¹.

Imerso neste cenário, o direito é convidado a rever seus conceitos e, assim, abandona a velha subsunção do fato à regra adquirindo uma nova leitura consolidada a partir de uma atitude reconstrutiva da prática jurídica. Um processo que visa revisitar, de forma crítica e situada, o caso concreto revisando velhas

¹ Neste mesmo sentido Peter Burker ensina que “O modo verdadeiro, ainda não tentado’, segundo o Novo Órganon (1620), de Bacon, era não seguir nem a formiga empírica, coletando dados de modo aleatório, nem a abelha escolástica, armando uma teia a partir de si mesma, mas sim a abelha, que tanto coleta quanto digere (...) a questão era, como disse numa mistura característica de latim e alemão o polímata Gottfried Leibniz, ‘reunir teóricos e empíricos num casamento feliz’”. (BURKER, 2003, p.23)

estruturas². Com isso, os conceitos deixam de ser estruturas pré-definidas e ganham o status de norma em princípio aplicável, cujo conteúdo deve ser preenchido argumentativamente no caso concreto.

A modernidade³ agrega a esse processo reconstutivo um outro aspecto de semelhante importância à medida que elege como fundamento de sua legitimidade a observância de iguais liberdades fundamentais.

Nesse contexto, a reconstrução não pode levar em conta apenas uma concepção partilhada de vida boa⁴ calcada em uma hierarquização de valores, mas, ao contrário, deve possibilitar a manifestação e o reconhecimento de formas particulares e diferentes de vida boa⁵.

Contudo, para se alcançar o reconhecimento dessa pluralidade de concepções, há que se fomentar uma postura participativa de toda a comunidade jurídica⁶.

Para tanto, o Direito deve ser visto como um romance em cadeia⁷ que reconstrói constantemente a prática revisitando continuamente a teoria, a partir de

² Lúcio Chamon Júnior sobre este aspecto coloca que “após o giro hermenêutico-pragmático entendemos como indispensável assumir uma estratégia de problematização de determinados temas a partir mesmo do resgate da racionalidade na práxis mediante uma postura reconstitutiva” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p.1).

³ A expressão moderno é utilizada neste trabalho para especificar o período em que o direito é desenvolvido a partir de instituições democráticas, ou seja, do “reconhecimento recíproco e igual de direitos e espaços privados de construção, e público de manifestação, de questões valorativas, de questões de vida boa” (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 102).

⁴ Entende-se por concepções partilhadas de vida boa aquelas concepções eleitas por uma sociedade como justas ou corretas.

⁵ A expressão vida boa é utilizada, neste trabalho, como todas as concepções morais de um indivíduo acerca do que é justo ou correto.

⁶ Chamon Júnior ensina que “do afirmado podemos, no tocante ao Direito, perceber que , se os direitos fundamentais recíproca e igualmente reconhecidos são requisitos centrais numa dada interpretação paradigmática e em atenção à dimensão pragmática, somente uma práxis que leve estes direitos à sério, sem pressupor um conteúdo pré-definido por padrões valorativos, é capaz de se refletir enquanto uma ‘práxis’ realmente legítima...” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p.18)

⁷ O romance em cadeia é um conceito central na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e será oportunamente apresentado neste trabalho. (DWORKIN, 2003a)

uma releitura, crítica e situada, que leva a sério a participação de todos os envolvidos.

Diante desse novo quadro, situações que colocam em xeque o exercício dos direitos fundamentais ganham importância, notadamente, quando a colisão envolve a autonomia individual. Nesse contexto, todas as questões pertinentes à denominada objeção de consciência adquirem posição de destaque.

Diante dessa premente necessidade, um estudo que procure compreender a maneira como a objeção de consciência se manifesta na atualidade, demonstrando assim os pontos nevrálgicos que envolvem esse tema, possui grande relevância para se desvendar os contornos do Direito Moderno.

É a partir de tais pressupostos que o presente trabalho procura resgatar uma importante questão, qual seja, a recusa de transfusão de sangue pelos seguidores da seita Testemunha de Jeová.

O viés através do qual se pretende abordar o assunto nesta dissertação, contudo, não é o comumente apresentado em estudos sobre o tema. Neste trabalho não procuramos os limites da objeção de consciência de pessoas capazes. Ao contrário, nossa análise está limitada aos incapazes, posto que nossa questão é: como garantir o exercício da liberdade religiosa de um menor nos casos em que os pais são adeptos da seita Testemunha de Jeová?

A partir desta questão principal, outras perguntas secundárias podem ser formuladas sobre este mesmo tema.

Imagine, por exemplo, que um jovem garoto de apenas doze anos fosse levado a um hospital com um quadro hemorrágico agudo. Suponhamos ainda que seus pais, adeptos da seita Testemunha de Jeová, recusem a transfusão de sangue prescrita, neste caso, sob a alegação de que existem tratamentos alternativos e que, ao se opor ao procedimento médico, exercem um direito constitucionalmente garantido, qual seja, a liberdade religiosa.

Deve o médico acatar a recusa paterna mesmo ciente do risco que o menor corre? Os pais podem, por suas próprias convicções, recusar um procedimento médico indicado ao seu filho colocando assim a vida deste em risco?

Imagine agora que fosse dada a oportunidade ao menor de se manifestar e que este, por sua vez, se mostrasse contrário à seita seguida por seus pais e, conseqüentemente, a favor da transfusão.

Como então solucionar a colisão entre o direito à vida e à liberdade religiosa, quando o menor envolvido opina sobre o tratamento a ele prescrito? Neste caso, deve-se considerar válido ou não o consentimento do menor?

Em casos como esse, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado dois argumentos distintos para negar a validade da recusa feita pelos pais. Por um lado, atribuem especial primazia à vida humana, dotando-lhe de caráter inviolável. Por outro lado, asseveram que os direitos da personalidade são intransmissíveis não cabendo aos pais decidir entre a vida e a liberdade religiosa de seus filhos.

Mas, afinal, no Direito Moderno, qual é a decisão correta para casos como esses?

Para responder à questão acima exposta, faz-se necessário considerar a importância do reconhecimento de iguais liberdades fundamentais, e conseqüentemente, do processo reconstrutivo do direito.

Assim, buscando respeitar os pressupostos sobre os quais o Direito Moderno encontra-se consubstanciado, este estudo busca responder o problema principal acima colocado a partir da releitura de um caso concreto.

Tomando como pano de fundo todos os aspectos que envolvem o julgado, analisaremos a correção dos dois principais argumentos comumente utilizados, quais sejam, a inviolabilidade da vida humana e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Para tanto, o marco teórico do presente trabalho é a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Neste sentido, inicialmente, apresentaremos os pressupostos teóricos e as diretrizes práticas desta dissertação para, então, no terceiro e quarto capítulos discutirmos a correção dos dois argumentos acima apontados.

A hipótese inicial deste trabalho é que tanto a inviolabilidade da vida humana quanto a intransmissibilidade dos direitos da personalidade são argumentos inadequados para, no Direito Moderno, solucionar o problema, pois desconsideram o reconhecimento legítimo da diversidade ao impor uma concepção compartilhada e, por isso, axiológica ao discurso jurisdicional.

Exatamente por essa razão, pretendemos, no quinto capítulo, reconstruir o caso concreto demonstrando que, como foi dito, a produção de um direito legítimo, na modernidade, pressupõe o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais e, conseqüentemente, da pluralidade ética.

2 OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para o futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (Ronald Dworkin)

Como foi dito, este capítulo apresentará o arcabouço teórico que comprova a inadequação dos dois argumentos comumente apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para solucionar o problema central desta dissertação, e a correção da hipótese que será levada a cabo neste trabalho.

Assim sendo, este capítulo será dividido em dois aspectos distintos que em certo ponto convergem para solucionar a questão proposta neste estudo, ou seja, a apresentação das idéias de Ronald Dworkin e a forma de aplicação desta estrutura.

Em outras palavras, apresentaremos, conforme o giro hermenêutico-pragmático, as idéias centrais de Ronald Dworkin passando assim da teoria à prática.

2.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Inicialmente, Ronald Dworkin nega a possibilidade de se construir uma concepção semântica do Direito que estabeleça molduras jurídicas rotulando os fatos sociais⁸.

Conforme afirma o mencionado autor, qualquer concepção jurídica deve ser abstrata, pois sua finalidade é interpretar a estrutura da jurisdição desvelando seu ponto essencial.

Dworkin ensina assim que as concepções

...apesar de toda a sua abstração, trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática. (DWORKIN, 2003a, p.112)

Neste sentido, Dworkin nega qualquer concepção que pretenda apresentar uma estrutura apriorística e, ao contrário, entende que o direito é um processo a ser reconstruído a partir da própria prática social.

⁸ A Profa. Maria de Fátima Freire de Sá explica esta questão da seguinte forma: “O papel do filósofo não é semântico, mas interpretativo. Deverá fornecer não os critérios para o vocábulo direito, mas o significado mesmo do direito. Cabe ao filósofo interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição em sua melhor luz. O direito é um conceito interpretativo. Juízes e advogados divergem sobre qual a sua melhor interpretação e, não, quanto aos critérios semânticos para o seu uso.” (FREIRE DE SÁ, 2005a, p.125).

Exatamente por essa razão, Dworkin afirma que uma concepção que pretenda compreender o Direito em sua melhor luz deve partir de um conceito coerente da prática jurídica.

Nestes termos, estabelece que

de modo geral, nossa discussão sobre o Direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do Direito consiste em guiar e restringir o poder do governo (...). O Direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada (...) a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justificar o uso da força política (DWORKIN, 2003a, p.116).

A partir deste conceito que vincula o uso da força coercitiva do Estado à autorização jurisdicional, Dworkin estabelece três concepções distintas e interpretativas do Direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o Direito como integridade.

O convencionalismo é, segundo Dworkin, um exercício de respeito e aplicação das convenções jurídicas. Para os convencionalistas, a força coercitiva do estado deve ser utilizada contra os indivíduos se alguma decisão pretérita assim determinar, mesmo que os pressupostos morais e as diretrizes políticas sejam distintos de um período para outro. O convencionalismo é, portanto, uma concepção voltada ao passado que interpreta o Direito buscando assegurar expectativas.

Dworkin afirma, entretanto, que o convencionalismo fracassa, pois pressupõe um consenso por convenção calcado na aceitação social⁹.

A diferença é a seguinte: se os juristas pensam que uma proposição específica sobre legislação é verdadeira por

⁹ Dworkin entende que o consenso por convenção são todas as proposições tomadas como verdadeiras independentemente de qualquer discussão substancial. Sua legitimidade depende, portanto, de argumentos formais, de tal forma que as mudanças socio-políticas não interfiram em sua validade. (DWORKIN, 2003a, p.166)

convenção, não vão achar que precisam de nenhuma razão substantiva para aceitá-la. Desse modo, qualquer ataque substantivo contra a proposição estará deslocado no contexto jurisdicional, assim como um ataque sobre a sabedoria das regras do xadrez estará deslocada dentro do contexto de um jogo. Mas, se o consenso for por convicção, então a divergência, por mais surpreendente que seja, não estará deslocada da mesma maneira, porque todos reconhecerão que um ataque contra o argumento substantivo da proposição é um ataque contra a própria proposição. O consenso só vai durar enquanto a maioria dos juristas aceite as convicções que o sustentam. (DWORKIN, 2003a, p.166)

A possibilidade de se ter sentenças distintas em casos semelhantes pressupõe, contudo, a absorção de mudanças político-sociais e a adoção prática de um consenso por convicção consubstanciado na aceitabilidade dos envolvidos e, não, em um consenso por convenção como defende o convencionalismo. Assim, o convencionalismo fracassa como concepção jurídica, pois não consegue explicar, de forma coerente, a prática.

Dworkin defende, ainda, que o convencionalismo fracassa porque o Direito é incompleto, oferecendo ao juiz um espaço de discricionariedade.

Diante de uma lacuna, diz Dworkin, a discricionariedade é guiada pela sensatez e os juízes decidem conforme a vontade do povo abandonando a coerência com o do Direito.

O convencionalismo defende, assim, a coerência de estratégia; uma exigência vertical de harmonia entre as novas normas e as estabelecidas no passado, mas abandona a coerência de princípio; uma exigência de que os padrões de coerção sejam coerentes a uma visão única de justiça.

Este abandono da coerência de princípio, em última análise, levará ao desrespeito pelas pretensões tuteladas em uma comunidade e a negação do próprio convencionalismo. Isso acontece, devido ao fato de que o convencionalismo só admita a tutela das expectativas asseguradas pressupondo que tais direitos foram formados a partir de uma visão única de justiça.

Quando o convencionalismo abandona a coerência de princípio, também abre mão do pressuposto que consubstancia a defesa das expectativas asseguradas, negando, como foi dito, a teoria que o sustenta.

Buscando então uma concepção que apresente o Direito em sua melhor luz, Dworkin analisa, em seguida, o pragmatismo.

Os pragmatistas defendem que o Direito é o que as decisões judiciais afirmam ser com base no que é melhor para determinada comunidade. O pragmatismo é, portanto, uma concepção utilitarista do Direito que busca assegurar melhorias socioeconômicas, negando a existência das expectativas asseguradas.

Mas quais critérios devem ser utilizados para alcançar tais melhorias? Aquilo que é considerado um ideal em determinada sociedade pode assim ser para todas?

Como o pragmatismo não estabelece padrões para o implemento de melhorias e, assim, para o desenvolvimento de uma comunidade, qualquer influência é aceita e todas as razões inseridas em uma decisão passam a ser argumentos jurídicos.

Não apenas a moral e a política, mas também os valores, as intuições e convicções de um juiz figuram, para os pragmatistas, como justificativa em um tribunal. Por essa razão, diz Dworkin, o pragmatismo abandona a coerência de estratégia sem abraçar a coerência de princípio tornando-se uma concepção cética e incapaz de explicar a prática jurídica.

Para explicar a terceira concepção, Dworkin divide a política em três virtudes distintas, quais sejam, a equidade, a justiça e o devido processo legal.

A estes três ideais acrescenta a denominada integridade — virtude política que conforma a atuação do estado a um conjunto único e coerente de princípios.

Mas entender o Direito como uma prática governada pela integridade é interpretá-lo em sua melhor luz?

Buscando solver esta questão, Dworkin ensina que a integridade exige uma aplicação coerente dos princípios tanto no legislativo quanto no judiciário.

Todavia, um Estado só é legítimo se suas práticas justifiquem o uso do direito como força coercitiva ou, como prefere Dworkin, “se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendam impor-lhes deveres”. (DWORKIN, 2003a, p. 232)

Assim, o mencionado autor admite que se a integridade no legislativo justificar a imposição de obrigações genuínas¹⁰ sobre a comunidade, quando aplicada no judiciário essa virtude política também justificará a legitimidade do poder de coerção estatal, explicando assim a prática jurídica.

Dworkin mostra, então, duas teorias que tentam explicar a existência de obrigações estatais genuínas.

A primeira pressupõe a celebração de um contrato social que atribui legitimidade ao estado para impor esse tipo de obrigação.

A segunda teoria, como explica Dworkin, tem apelo popular e pode ser descrita nos seguintes termos:

Se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem então obrigação de arcar com o ônus dessa organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado esses benefícios ou consentido com o ônus de maneira ativa. (DWORKIN, 2003a, p.235)

Em linhas gerais, essas duas teorias pressupõem um consentimento por aceitação em que a comunidade concorda em ceder parte de sua liberdade por falta de opção e não por uma escolha consciente e racional. Esta escolha, em última análise, não justifica a imposição de obrigações genuínas, pois pressupõe uma ausência completa de liberdade.

¹⁰ Obrigação genuínas, para Dworkin, são responsabilidades impostas aos cidadãos para a formação de um estado.(DWORKIN, 2003a, 232)

O consentimento não pode ser obrigatório para as pessoas, da maneira exigida por esse argumento, a menos que seja dado com maior liberdade, e com uma possibilidade mais genuína do que pela mera recusa em construir uma vida a partir do nada (...). E mesmo que o consentimento fosse genuíno, o argumento não se sustentaria enquanto argumento pela legitimidade, pois uma pessoa deixa um soberano apenas para juntar-se a outro; não lhe é dada a escolha de não ter soberano algum. (DWORKIN, 2003a, p.234)

Buscando assim uma terceira teoria que justifique a imposição estatal de obrigações genuínas, Dworkin analisa, inicialmente, as obrigações associativas.

Conforme ensina o mencionado autor estas obrigações são responsabilidades recíprocas impostas a um grupo cujos limites são definidos argumentativamente.

Em outras palavras, as relações de amizade ou os vínculos familiares não são fixados por decreto ou ritual, mas por meio de escolha e o conteúdo de seus deveres depende de uma idéia recíproca e geral dos seus limites e não de convicções pessoais e ideais comunitários. Essas obrigações têm o condão de estabelecer entre seus membros uma comunidade fraterna.

Essa comunidade só será considerada uma verdadeira comunidade se o conteúdo das obrigações estabelecidas entre seus membros forem especiais, tiverem um caráter pessoal, decorrerem de responsabilidades gerais e despertarem um igual interesse em todos os membros¹¹.

A partir desse ponto, Dworkin defende que as obrigações genuínas de um estado são espécies de obrigações associativas o que pressupõe um núcleo fraterno, mas não, uma verdadeira comunidade.

Buscando então a concepção que estabeleça uma verdadeira comunidade, Ronald Dworkin ensina que um estado pode conformar-se a três estruturas sociais

¹¹ Em outras palavras, a responsabilidade deve ter um conteúdo específico e distinto no âmbito do grupo, deve ter um caráter pessoal tocando um membro em relação a outro, deve decorrer do interesse que cada membro possui com relação ao bem estar do grupo e deve pressupor que o grupo defende um igual interesse de seus membros.(DWORKIN, 2003a, p. 240)

básicas, a dizer, a comunidade de fato, a comunidade de regras e a comunidade de princípios.

A comunidade de fato requer um modelo social em que os membros aderem a um grupo para atingir seus objetivos individuais. Esta comunidade nega a própria concepção associativa, vez que não existe reciprocidade entre seus membros.

O modelo de regras é aquele consubstanciado nas expectativas asseguradas pelas convenções jurídicas. Ou seja, nesse modelo os membros de um grupo têm a liberdade de lutar por interesses garantidos em um acordo legislativo ou reconhecidos em decisões judiciais.

Dworkin admite que a comunidade de regras é uma comunidade fraterna, pois reconhece o modelo associativo, mas explica que este *standard* não preenche as quatro condições básicas impostas para se tornar uma comunidade verdadeira.

Ao contrário, o modelo consubstanciado em um conjunto único e coerente de princípios pressupõe a existência de uma comunidade fraterna estabelecida interpretativamente e com obrigações recíprocas.

Neste ponto, Dworkin estabelece um modelo pressupondo uma postura participativa da comunidade jurídica.

Ao satisfazer as quatro condições básicas de conteúdo, segundo Dworkin, uma comunidade transforma-se em um modelo verdadeiramente capaz, por esta razão, de sustentar a legitimidade de suas instituições e a autoridade do Estado.

Dessa forma, resta comprovada a tese de que a integridade justifica a imposição das obrigações genuínas, mas é verdade que esta virtude política oferece a melhor interpretação da prática jurídica?

Para responder a essa pergunta, faz-se imperioso lembrar o que, para Lúcio Chamon Júnior, é a questão central do Direito Moderno, ou seja, como garantir a produção legítima de normas jurídicas em uma sociedade complexa. (CHAMON JUNIOR, 2005).

Para tanto, há que se destacar que, enquanto no período medieval a legitimidade das normas era a *Lex Naturalis*, na modernidade, o direito encontra a sua legitimidade no reconhecimento de iguais liberdades fundamentais e, conseqüentemente, na pluralidade ética.

As interpretações religiosas impunham à sociedade medieval uma única concepção de vida como boa conformando, assim, a diversidade social a um padrão valorativo.

Com o processo de modernização, contudo, “a fundamentação sacra foi colocada em xeque possibilitando o surgimento de distintas concepções de vida boa”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 21).

Nesse sentido, somente com a integridade pode-se chegar a melhor interpretação da prática jurídica, pois esta conforma a atuação jurisdicional a um conjunto único e coerente de princípios, adotando a denominada coerência de princípio e reafirmando a autoridade moral do Direito.

A reconstrução da prática proporcionada pela integridade, entretanto, não deve atender a uma concepção de vida boa compartilhada pela sociedade e calcada em uma compreensão majoritária, posto que consubstanciada em uma hierarquia de valores.

Isso porque, como ensina Chamon Junior,

a abertura ao reconhecimento legítimo da pluralidade, seja na esfera pública, seja na esfera privada, pressupõe a não-assunção de uma hierarquização de valores que se lança como pretendente de todos; afinal – e isto é que podemos reconstruir a partir de um pano-de-fundo moderno, no resgate da racionalidade perdida em nossa práxis e que, pois, há que ser retomada insistentemente e continuamente se ansiamos por uma construção legítima, válida em termos fortes, do Direito—, para reconhecermos iguais liberdades não podemos estabelecer como limites destes mesmos direitos a nossa compreensão daquilo que é bom. Do contrário, não estaríamos reconhecendo todos como capazes de iguais direitos: afinal teríamos um privilégio, qual seja, o de determinar, da nossa perspectiva parcial porque valorativa, aquilo que seria ‘bom’ ou o ‘bem’ aos

outros, vedando a estes esse exato direito de decidirem acerca daquilo que eles entendem como mais valioso, como sua 'melhor compreensão de vida boa'". (CHAMON JUNIOR, 2005, p.23).

Nesses termos, imperioso reconhecer a todos os cidadãos, partícipes do processo reconstrutivo da práxis, a possibilidade de expressão de suas próprias compreensões de mundo.

Para tanto, a integridade pressupõe a personificação da comunidade de princípios, ou seja, que o Estado seja considerado uma entidade especial com responsabilidade e princípios distintos, guiados por um conjunto único e coerente de justiça¹².

Esses são, em linhas gerais, os argumentos levantados por Dworkin em favor do Direito como integridade.

Mas se é mesmo verdade que o direito é uma concepção interpretativa governada por uma comunidade coerente de princípios, há que se perquirir o que a modernidade entende por princípio jurídico.

Para solucionar essa questão devemos apresentar a teoria de Robert Alexy contrapondo-a às lições de Jürgen Habermas.

Ao final, a doutrina de Ronald Dworkin nos será mais uma vez importante, pois, assim, o significado dos princípios jurídicos se mostrará evidente.

Dessa forma, nossa abordagem ficará restrita aos teóricos que tratam os princípios como normas jurídicas, eliminando, para tanto, a corrente que acredita que estes são fruto de um processo de abstração.¹³

Essa escolha tem, porém, um propósito evidente: entender o Direito como uma prática interpretativa voltada à coerência de princípio pressupõe dotar os

¹² Neste sentido, Maria de Fátima Freire de Sá afirma que; "O direito como integridade pressupõe uma personificação da comunidade ou do Estado. Este deve ser concebido como agente moral que, da mesma forma que os indivíduos, tem suas próprias convicções". (FREIRE DE SÁ, 2005a, p.126)

¹³ Para compreender melhor esta questão, sugere-se consultar (GALUPPO, 1998)

princípios de obrigatoriedade absoluta e, não entendê-los como pressupostos gerais de um sistema.

2.2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E A CONSTRUÇÃO DA PRÁTICA JURÍDICA

Buscando oferecer uma opção à leitura positivista do Direito que, segundo ele, encontra-se assentada sobre a tese da necessária separação entre Direito e moral, Robert Alexy formula o que denomina um constitucionalismo moderado.

Para tanto, o mencionado autor, faz a seguinte distinção entre as regras e os princípios:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. (...). En cambio, las reglas son normas que siempre o bien satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos.¹⁴ (ALEXY, 1997a, p.162)

Em outras palavras, Alexy estabelece que a norma é um gênero de que são espécies as regras e os princípios. Ensina ainda que as regras são mandados cujos limites de validade e aplicação estão previamente delimitados no sistema.

Mas, ao admitir que os princípios são mandados de otimização, Alexy pressupõe a validade destas normas *ex ante* subordinando a sua aplicação ao grau

¹⁴ (ALEXY, 1997, p.111 ss)

de satisfação dos interesses assegurados. Esse grau de realização, segundo o mencionado autor, deve ser auferido através de um procedimento racional¹⁵ que busca, a partir de pressupostos fáticos, uma justificativa coerente para a aplicação de um princípio em maior medida que outro.

Assim, deve o aplicador buscar, a partir do caso concreto, privilegiar o interesse que satisfaça em maior medida a finalidade desejada, conformando, em diferentes graus, a aplicação dos princípios.

Mas ao estabelecer um procedimento que visa a fixar precedência entre normas, Alexy acaba negando o pressuposto fundamental de sua teoria, qual seja, que os princípios são normas jurídicas.

Abrindo a possibilidade de se auferir qual princípio satisfaz em maior medida um desejo justificando uma finalidade compartilhada intersubjetivamente, Robert Alexy interpreta os princípios como valor, assumindo uma concepção axiológica do Direito.

Nesse sentido, Lúcio Chamon Júnior acrescenta que

...ao tratar os princípios jurídicos como comandos de otimização – ponderáveis no caso concreto -, o autor realiza uma leitura eticizante do Direito. Ao pretender referida leitura, estar-se-ia retornando ao Estado de Bem-Estar em que aquilo que era bom para nós, como grupo social, é que guiava não só o debate justificante, mas também o de aplicação. (CHAMON JÚNIOR, 2002, p. 81)

Assim, aceitar uma leitura como a apresentada por Robert Alexy é, em última análise, aceitar que, na modernidade, é possível o reconhecimento de uma visão de

¹⁵ Alexy denominou este procedimento de lei da ponderação e, para explicá-la, formulou três regras distintas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por fugir dos objetivos gerais deste trabalho, tais regras não serão analisadas neste estudo. Para a sua melhor compreensão indicamos o livro **Teoria de los derechos fundamentales** deste mesmo autor. (ALEXY, 1997, p.111 ss)

mundo compartilhada negando, assim, a todos os partícipes o igual reconhecimento dos direitos fundamentais.

Buscando, pois, uma definição que revele a normatividade dos princípios jurídicos consolidando as lições apresentadas na primeira parte deste estudo, voltemos nosso olhar para a teoria de Jürgen Habermas.

Habermas ensina que os princípios são normas jurídicas “em cuja luz outras normas podem ser justificadas” (HABERMAS, 1997, p. 316).

O mencionado autor atribui uma normatividade aberta aos princípios dotando-lhes, porém, de obrigatoriedade absoluta. Ou seja, para Habermas, os princípios jurídicos são normas cujo conteúdo deve ser preenchido no momento de sua aplicação, sua validade, entretanto, é pressuposta e obriga “os destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas asseguradas” (HABERMAS, 1997, p. 316).

Como foram “formuladas sem sentido específico de aplicação” (HABERMAS, 1997, p 316), Habermas ensina que os princípios necessitam de uma concretização, deixando explícito o conteúdo e os limites de sua conformação à situação concreta.

Mas sendo os princípios normas abertas e interpretativas como preencher seu conteúdo? Como devemos aplicar os princípios?

Como foi dito anteriormente, Dworkin leciona que a integridade pressupõe a personificação da comunidade jurídica. Esta comunidade personificada encontra-se, segundo Dworkin, calcada em um conjunto único e coerente de princípios que pressupõe a construção de uma prática jurídica por meio de uma argumentação racional e da aceitabilidade das decisões jurisdicionais¹⁶.

¹⁶ Nestes termos, Menelick de Carvalho Netto afirma que: “podemos verificar a profundidade das exigências pressupostas sob o paradigma do Estado Democrático de Direito se tomarmos, com Habermas, ‘...a teoria do Direito de Dworkin como nosso fio condutor, pois, lidamos inicialmente com o problema da racionalidade, tal como posto por uma prestação jurisdicional (Rechtsprechung) cujas decisões devem cumprir simultaneamente os critérios de certeza jurídica e da aceitabilidade racional’”. (CARVALHO NETTO, 1999, p.109)

Para construir esta prática jurídica, Dworkin explica que os princípios devem ser densificados através de uma seqüência cronológica e coerente de conceitos denominado romance em cadeia.

Como em uma novela em que cada capítulo é construído a partir de um argumento único, esta idéia pressupõe que a prática jurídica deve ser reconstruída a partir de um único conceito de justiça. Assim, essa reconstrução deve ser, segundo Dworkin, realizada em dois níveis distintos, quais sejam, o patamar de justificação e a dimensão de aplicação.

O primeiro nível pressupõe uma interpretação que justifique a personificação da comunidade de princípios defendendo a integridade do Direito. A segunda dimensão, por outro lado, pressupõe uma conformação exaustiva ao caso concreto e uma coerência argumentativa que respeite a comunidade de princípios.

Esse processo é, pois, uma revisão contínua que guarda uma conexão com o passado ao mesmo tempo em que, voltada para o futuro, defende a releitura da comunidade de princípios.

Menelick de Carvalho Netto ensina que

...no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do judiciário que tome decisões que, ao trabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETTO, 1999, p.109)

Nesses termos, o conteúdo atribuído a um princípio depende dos limites impostos pelo tempo, mas também pelas vicissitudes do caso concreto.

Esta aplicação conforma os princípios à prática jurídica produzindo uma constante metamorfose responsável por uma contínua revisão conceitual que, em última análise, acaba alterando a teoria.

Por todo o exposto neste capítulo, chega-se à conclusão de que a legitimidade do Direito Moderno pressupõe o reconhecimento de iguais direitos fundamentais. Reconhecimento este que impõe ao intérprete o respeito à pluralidade de formas de vida não pela assunção de uma hierarquia de valores expressa por uma concepção compartilhada do que é bom, mas pelo reconhecimento de concepções privadas de mundo.

Este modelo só é possível em uma sociedade que respeite a normatividade dos princípios e as exigências impostas pela integridade.

É, portanto, nesse sentido, que pretendemos demonstrar que tanto a inviolabilidade da vida humana quanto a intransmissibilidade dos direitos de personalidade não respeitam o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais ao impor a toda a comunidade um único modelo de vida boa não admitindo, com isso, projetos individuais com valores particulares.

3 AS DIRETRIZES PRÁTICAS

O reverso da liberdade de religião é, de fato, uma pacificação do pluralismo ideológico, que teve por consequência uma sobrecarga desigual. Até agora, o Estado Liberal exigiu apenas dos fiéis, entre seus cidadãos, que dividissem sua identidade entre partes públicas e privadas. São eles que têm que traduzir suas convicções religiosas em uma língua secular, antes que seus argumentos tenham a perspectiva de serem aprovados pelas maiorias. (...). De todo modo, o limite entre as razões seculares e as religiosas é fluido. Por isso, o estabelecimento desse controverso limite deveria ser entendido como uma tarefa de cooperação, que exige que ambos os lados adotem também a perspectiva do outro. (Jurgen Habermas)

Fixados os pressupostos teóricos sob os quais se pretende analisar os dois principais argumentos levantados pela doutrina e pela jurisprudência para negar validade à objeção de consciência de pais Testemunhas de Jeová, faz-se imperioso agora evidenciar os limites práticos que conformam a questão em análise.

Para tanto, neste capítulo, analisaremos um julgado demonstrando, dessa forma, todas as vicissitudes que compõem o caso concreto e, conseqüentemente, as principais características que conformam a questão.

Ocorre que, para entendermos a objeção de consciência como manifestação jurídica, devemos, a priori, situar historicamente o problema.

Assim, este capítulo será basicamente subdividido em três tópicos. Inicialmente, trataremos da objeção de consciência enquanto fenômeno jurídico, para, então, desvendarmos as principais características da seita Testemunha de Jeová. E, só assim, munidos das informações necessárias para abordar o tema em

voga, traremos à baila, em um terceiro momento, o julgado que servirá de pano de fundo para discutirmos o problema central desta dissertação.

3.1 OS CONTORNOS DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Como foi dito, para se compreender a objeção de consciência enquanto manifestação acolhida pelo Estado de direito¹⁷, há de se fazer um breve apanhado histórico da questão.

Essa breve digressão histórica começa na Idade Média, a era do feudalismo. Uma época marcada pela produção agrícola em que o domínio da terra significava ascensão social.

Nesse sentido, Rubin Santos Leão de Aquino ensina que

A igreja cristã era a única instituição que podia oferecer proteção e socorro às populações indefesas. A igreja foi assumindo um papel político de destaque à medida que conseguia assegurar a ordem e a disciplina, ao mesmo tempo em que podia oferecer abrigo e possibilidade de terras para cultivo (...) Em uma sociedade em que a terra se afirmava como a base da riqueza, o fato de a Igreja converter-se na maior proprietária de terras ajuda a entender melhor a preponderância que assumiu na sociedade medieval, de que se tornou dirigente, não só nos assuntos espirituais, mas também nas questões temporais. (AQUINO et al, 1995, p. 365).

Este interstício pode assim ser caracterizado como o período em que a Europa, após as invasões bárbaras, reorganiza sua economia a partir da relação suserano-vassalo, consolidando uma estrutura social de castas dividida entre o clero, a nobreza e o povo.

¹⁷ Entende-se como Estado de direito todas as manifestações do Estado constitucional e não apenas o período caracterizado como liberal.

Neste período a religião católica conformava as relações inter-pessoais impondo a todos um modelo de conduta e uma concepção sacra de vida boa.

Menelick de Carvalho Netto descreve da seguinte maneira este paradigma:

O Direito e a organização política pré-modernos encontram fundamento, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. (CARVALHO NETTO, 1999, p.103)

Assim, nesse cenário, o teocentrismo aparece como ideologia reinante capaz de fundamentar a explicação da Igreja Católica para as misérias humanas justificando a correção das condutas humanas em princípios sagrados.

Com um enorme poder persuasivo, a Igreja formulou uma doutrina cujo principal pressuposto era o entendimento de que a fome e todos os males sociais daquele tempo advinham do castigo divino.

Assim, naquele período, a religiosidade encontrava-se estruturada sobre o pecado e a redenção para todos os males dependia, fundamentalmente, da igreja e do clero.

Pode-se concluir que a Idade Média caracteriza-se como um período em que as manifestações de fé estão alheias ao sujeito e intermediadas pela Igreja Católica que sobre o seu jugo determinava o limite entre o bem e o mal.

Com o surgimento do capitalismo, após o renascimento e o aparecimento da burguesia mercantil, o modelo feudal entra em crise colocando por terra toda a ideologia que o sustentava¹⁸.

¹⁸ Neste sentido, Aquino afirma que embora “exercesse uma força preponderante na maior parte da Idade Média, a supremacia da Igreja foi enfraquecida por transformações diversas ocorridas no Baixa Idade Média, sobretudo com o desenvolvimento da burguesia e a gradual afirmação das Monarquias Feudais (...)” (AQUINO, 1987, p. 371)

Nasce, então, com a reforma protestante, uma religiosidade desenvolvida a partir do homem e através da fé.

Ao libertar a interpretação das escrituras dos exclusivismos eclesiásticos, Martinho Lutero inaugura um período em que a religião e o Estado passam a ser estruturas dissociadas e a fé manifestação autônoma e individual.

Como afirma Schmitt (1992, p.165), a religião, durante a Idade Média, era uma atividade suprema e absoluta ligada à esfera pública. Com a Reforma e os movimentos nacionais, operou-se uma 'privatização e toda a religião', convertendo-se em assunto próprio do indivíduo. (SAMPAIO, 2004,p. 143)

Assim, embora a Reforma Protestante tenha instalado, entre as nações civilizadas, o pluralismo religioso e, conseqüentemente, a tolerância entre os crentes, sua maior contribuição foi, sem dúvida alguma, esta transferência do conteúdo religioso do estado para o indivíduo.

Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio coloca que

A Reforma Protestante rompeu com a unidade eclesiástica que marcou a Era Medieval, ao defender e promover a interpretação individual da Bíblia, o solifideísmo, sem necessidade de intermediários no diálogo com Deus. Esse pluralismo religioso requisitava tanto a tolerância entre os fiéis de diversas crenças, de modo a permitir a convivência social quanto transferia a liberdade para a esfera íntima da pessoa, consagrando a submissão do 'homem exterior' à autoridade terrena. A tolerância assim haveria de ser respeitada e protegida pelo Estado, fundamento ideológico e instituição superestrutural de mando burguês. (SAMPAIO, 2004, p. 143)

É, pois, a partir desta transferência das questões religiosas do espaço público para o particular que se abre o campo para o homem reconhecer a liberdade religiosa como um direito¹⁹.

Cria-se assim, um espaço para cada indivíduo dar vazão a sua religiosidade, agindo conforme suas convicções pessoais e segundo a sua própria consciência. Dessa forma, historicamente, a liberdade religiosa acaba sendo conhecida como esfera de livre manifestação de convicções individuais.

Essa liberdade, entretanto, adquire um novo conteúdo durante a segunda guerra mundial.

Naquele momento, homens e mulheres negaram-se, por motivações religiosas, a ingressar em confrontos armados praticando uma recusa politicamente consubstanciada.

A liberdade religiosa aparece, com estes pacifistas, não mais como esfera de atuação e livre manifestação de crenças individuais, como ficou inicialmente conhecida, mas, ao contrário, como espaço de abstenção religiosamente motivada.

Inicialmente um status político, a objeção de consciência atualmente é evocada e aplicada a situações em que o comportamento humano ultrapassa, por convicções pessoais, os limites impostos por uma norma jurídica imperativa.

Logicamente a objeção de consciência é uma manifestação externa e negativa da liberdade, posto que o indivíduo se abstém por convicções pessoais de praticar algo imposto a ele por lei.

Nesse sentido, Carlos María Romeo Casabona, explica que, enquanto atuamos conforme nossas próprias convicções, estamos sob o jugo da liberdade, acrescentando, por fim, que

¹⁹ Ao descrever a cisão entre a Igreja e o Estado, Menelick de Carvalho Netto relembra que; "...o direito deixa de ser a coisa devida transcendentemente assentada na rígida e imutável hierarquia social da sociedade de castas, para se transformar no Direito, ou seja, em um ordenamento constitucional e legal que impõe, a toda uma afluyente sociedade de classes, a observância daquelas idéias abstratas tomadas como Direito Natural pelo Jusnaturalismo". (CARVALHO NETTO, 1999, p.103)

Sólo cuando el comportamiento coherente con tales convicciones íntimas e internas es contrario a una norma jurídica imperativa, surge un enfrentamiento entre ambos, y es entonces también cuando la conciencia puede verse constreñida a manifestarse externamente, como objeción de conciencia.(CASABONA, 2002, p.3)

Nesses termos, a princípio, a objeção de consciência pode ser aplicada a diversas situações, mas é, sem dúvida alguma, diante da relação médico-paciente que esta questão vem adquirindo um conteúdo próprio.

No âmbito médico-hospitalar, situações que envolvem a objeção de consciência ganham um contorno específico no momento em que confrontam a autonomia de um indivíduo a outro princípio de semelhante importância.

Diante da relação médico-paciente, esta abstenção a que se convencionou dar o nome de objeção de consciência pode ser definida tanto como o descumprimento de uma prestação médica quanto pela não cooperação em um procedimento hospitalar.

Imperioso lembrar, entretanto, que embora este comportamento negativo do profissional sanitário e do paciente tenha características bem peculiares, há um aspecto marcante que assemelha estas duas situações, qual seja, a objeção, em ambos os casos, tem que ser motivada por ditames da consciência.

Nessa perspectiva, a objeção de consciência no âmbito médico-hospitalar pode manifestar-se por meio de convicções religiosas, políticas ou sociais.

Na modernidade, contudo, em meio a inúmeras reflexões e uma enorme quantidade de conflitos, a temática religiosa passa a ter um significado pujante para a reconstrução de um projeto democrático.

Sendo assim, entender a objeção de consciência como manifestação de convicções religiosas inserida no âmbito médico-hospitalar é, atualmente, um projeto bem mais interessante do que compreendê-la como resultado de uma recusa política ou como manifestação social.

Ocorre que a objeção de consciência religiosa no âmbito médico-hospitalar, como foi dito acima, tem fomentado um número significativo de novos problemas cujas soluções importam ao Direito Moderno.

É nesses termos que o objeto de estudo de um trabalho desta natureza e sobre esta temática deve ser delimitado. Nesse sentido, como outrora destacado, a compreensão dos motivos que impelem os Testemunhas de Jeová a recusarem tratamentos baseados na transfusão de hemoderivados foi o limite previamente escolhido para formulação desta dissertação.

Visando assim pormenorizar tais limites, passemos, pois, ao segundo tópico deste capítulo, voltando nosso olhar à seita Testemunha de Jeová e suas motivações religiosas.

3.2 A MOTIVAÇÃO RELIGIOSA DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

No final do século XIX, um pequeno grupo se uniu, nos Estados Unidos, para estudar a Bíblia. Seu intuito inicial era interpretar as escrituras conformando os ditames divinos aos problemas daquela época.

As primeiras conclusões do grupo foram inicialmente publicadas em uma revista intitulada *A Sentinela* e, posteriormente, disseminadas por um grupo denominado Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados²⁰.

Nascia assim uma doutrina religiosa consubstanciada na restauração do cristianismo a partir da vivência prática dos ditames bíblicos.

²⁰ Cf. <http://pt.wikipedia.org/wiki/tetemunha_de_jeov%c3%ai>

Os seguidores dessa doutrina foram, inicialmente, chamados de estudantes da Bíblia, mas, posteriormente, ficaram conhecidos como Testemunhas de Jeová.

Consubstanciados em uma interpretação literal de duas consagradas passagens bíblicas, os Testemunhas de Jeová acreditam que as escrituras divinas proíbem a transfusão de sangue e hemoderivados.

Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira afirmam que:

Seus integrantes consideram proibida a transfusão de sangue e se baseiam em algumas passagens da Bíblia. Assim, no livro do Gênesis (9:3-4) está escrito: 'Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma – seu sangue- não deveis comer'. Também no levítico (17:10) outra passagem é aclamada: 'Todo israelita ou todo estrangeiro que habita no meio deles, que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, e exterminá-lo-ei do meio do meu povo'. (FREIRE DE SÁ; TEIXEIRA, 2005b, p.130)

Como foi dito, baseados em interpretações bíblicas, os seguidores de Jeová acreditam que a transfusão de sangue ou qualquer de seus derivados leva a apropriação da alma do doador.

Percebe-se que, para os seguidores dessa seita, a mencionada ingestão significa um pecado que macula toda uma vivência calcada no estrito cumprimento dos ditames bíblicos. Por essa razão, os Testemunhas de Jeová recusam todos os procedimentos médicos que utilizam o sangue ou quaisquer de seus derivados como base.

Se não confrontasse um imperativo normativo, esta recusa, como foi visto anteriormente, poderia ser feita como simples manifestação da liberdade religiosa dos Testemunhas de Jeová.

No momento, entretanto, em que uma transfusão de sangue é imposta como único tratamento apto a salvar uma vida, esta recusa deixa de ser expressão da liberdade religiosa de um indivíduo e adquire outro caráter.

Da interseção entre as crenças deste grupo religioso e o direito à vida, nasce a manifestação negativa da liberdade religiosa denominada objeção de consciência.

Este tipo de objeção de consciência manifestada pelos seguidores da seita Testemunha de Jeová vem, diuturnamente, ocorrendo em hospitais e outros locais direcionados a tratamentos de saúde. Perante médicos e outros profissionais da saúde, homens e mulheres que, em nome de uma crença, não aceitam uma transfusão sanguínea.

Afinal, como o médico deve agir frente a um quadro em que fica evidente uma tensão entre a vida e a liberdade religiosa de um paciente? Qual deve ser a posição do hospital? Levando-se em consideração todos os argumentos levantados no primeiro capítulo deste trabalho, impor a um Testemunha de Jeová uma transfusão de sangue é mesmo uma decisão correta?

Em busca de tais soluções, têm sido levadas aos tribunais questões como estas, suscitando assim uma infinidade de decisões²¹. Nesses termos, passemos, pois, ao estudo da decisão proferida pelo Tribunal Federal da Quarta Região.

3.3 A APRESENTAÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA

Pelo exposto, antes de demonstrar as vicissitudes fáticas que compõem o caso que será analisado, faz-se mister lembrar que a crítica que será erigida neste estudo parte das conclusões levantadas no primeiro capítulo desta dissertação.

²¹Nesse sentido, Julio César Galán Cortes elenca diversos casos sobre o tema em comento. (CORTES, 2001)

Em outras palavras, pressupõe que a legitimidade do Direito Moderno encontra-se consubstanciada no reconhecimento de iguais direitos fundamentais e, conseqüentemente, em diversos projetos de vida.

Nesse sentido, para que possamos entender porque a inviolabilidade da vida humana e a intransmissibilidade dos direitos de personalidade não atendem às exigências do Direito Moderno, faz-se imperioso descrever sucintamente o julgado escolhido como pano de fundo para a discussão levantada nesta dissertação, demonstrando de que forma tais argumentos aparecem em um discurso jurídico.

O caso analisado é uma ação ordinária com pedido de tutela antecipada cujo pleito principal é o fornecimento gratuito de medicamentos. Nesta demanda, proposta pela menor Anne Francielle Silva Mazzon, figuram no pólo passivo da lide a União Federal e a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

Em sua peça inicial a autora, representada por sua mãe, argüiu que é portadora de um tumor raro denominado histiocitose de células langerhaus. Uma doença rara que acomete principalmente crianças, atacando um tipo de glóbulos brancos conhecido como histiócito.

Conforme aduz a autora, esta enfermidade deve ser tratada com dois remédios distintos, que são: neumega e eritropoetina recombinante humana.

Em sua peça exordial, a autora argumenta que, em virtude da precária condição financeira de sua família, não possui meios para arcar com o tratamento em comento, razão pela qual pleiteia, em juízo, o fornecimento gratuito das supra mencionadas drogas.

Após o deferimento do pedido de antecipação de tutela, a União Federal contestou a lide argüindo, dentre outras questões, que os fatos narrados na exordial não traduzem a veracidade fática que envolve o caso.

Segundo argumentou, o tratamento indicado para a enfermidade que acomete a autora é a quimioterapia combinada com a transfusão de hemoderivados posto que, neste caso, o tratamento quimioterapêutico acarreta uma anemia profunda.

Ocorre que em virtude da recusa oferecida pelos responsáveis pela paciente em permitir a transfusão de hemoderivados, os médicos indicaram, como tratamento alternativo, o uso dos dois medicamentos apontados.

Nesse mesmo sentido, a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM alegou que:

... a menor não se encontra recebendo o tratamento convencional para o mal do qual é portadora em face da resistência de seus pais que recusam permissão ao tratamento com hemoderivados, prescrição médica utilizada com eficiência até maior do que o tratamento requerido. A prescrição ora pleiteada foi efetuada como tratamento alternativo, em face da ausência de autorização para a transfusão de sangue e plaquetas.” (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Em depoimento colhido nos autos, a médica ouvida resumiu os contornos do caso em comento corroborando, de maneira enfática, as teses levantadas nas contestações:

...um efeito colateral da quimioterapia é a diminuição das células sanguíneas. A diminuição das plaquetas seria contornada por transfusão de plaquetas. Se houvesse sangramento agudo, o que deveria ser utilizado é a transfusão de plaquetas. É assim que se procede com todos os pacientes do serviço. Mas havia o impedimento da criança receber transfusão de plaquetas devido à crença religiosa. Então eu fui avisada, desde o primeiro dia que a criança internou, num documento que consta no prontuário que havia impedimento dela usar transfusão de plaquetas. (...). Eles (pais) foram categóricos. Eu prefiro que minha filha morra ao invés de receber essa transfusão de hemoderivados. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006).

Ao final, o pedido foi julgado parcialmente procedente, vez que, condenou as rés a fornecer somente um dos medicamentos, qual seja, eritropoietina recombinante humana.

O juiz de primeira instância entendeu que fugia aos limites da lide qualquer discussão que remetesse às convicções dos pais da autora, restringindo assim a sua análise ao fornecimento gratuito de medicamentos;

...em que pese tenha insurgido como causa de pedir remota, a pretensão inicial não encerra, especificamente, pedido de que seja assegurado judicialmente o direito da autora ao uso estrito de medicamentos postulados, como forma alternativa ao tratamento com hemoderivados proporcionado pelo sistema de saúde pública, de sorte que não é objeto destes autos afirmar o direito de sobrepor respeito incondicional à liberdade religiosa em oposição ao direito à vida. Embora implícita na motivação da pretensão inicial, essa questão não está abarcada expressamente no pedido. Assim, a questão em exame cinge-se ao direito da autora a que os medicamentos postulados e a manutenção do tratamento necessário a mitigar as seqüelas do tratamento quimioterápico sejam fornecidos pelo Estado, porquanto a família não dispõe de recursos financeiros suficientes para o custeio da medicação e o direito público à saúde é prerrogativa assegurada na Constituição Federal". (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Face a esta decisão terminativa de mérito, a autora apelou requerendo a reforma parcial da sentença quanto a parte do pedido julgada improcedente, qual seja, aquela referente ao medicamento indeferido.

A relatora do caso entendeu, entretanto, que por ser causa de pedir remota a recusa da transfusão de sangue deveria ser enfrentada no julgamento de segunda instância.

Ora, o fato de a autora ter omitido que a necessidade de medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento de defesa das partes requeridas.

Portanto, penso que o exame do pedido manifestado abrange o conhecimento da possibilidade de recusa do tratamento indicado, qual seja a transfusão de sangue. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Este foi também o entendimento do Ministério Público:

...no curso do processo, a liberdade de crença religiosa erigiu-se como causa de pedir remota, isto é, como o direito que embasa o pedido da autora, diferentemente do que transpareceu da petição inicial, na qual o direito à saúde constou como principal fundamento do pedido, cabendo, então, neste momento, proceder-se à análise daquela real motivação... (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Após esta breve explanação, a desembargadora, relatora do caso, julgou improcedente a apelação, reformando assim a sentença de primeira instância.

Para tanto, inicialmente, a desembargadora utiliza a intransmissibilidade dos direitos de personalidade, argumentando nos seguintes termos;

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar a sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pelos seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue.

Ou seja, os responsáveis pela menor é que impedem o tratamento em face de suas convicções e crenças litúrgicas. Quem sofre o risco de vida é a menor, e não aqueles que manifestam a sua vontade. Ou seja, os pais estão dispondo da vida alheia em nome de crença religiosa. Ora, os pais não têm o direito à vida do próprio filho. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Em um segundo momento, a relatora argumenta que “a vida é um bem indisponível”, completando seu raciocínio da seguinte forma:

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tem o direito de proteção à vida e a saúde. Também protege-se a liberdade da criação da criança, fornecendo o acesso à cultura e às informações, no intuito de que com idade suficiente, venham a decidir sobre a sua conduta e assumir conscientemente os riscos de suas opções.

Enquanto isto não ocorre, os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida.

A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada a preservar a saúde da autora. É necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade religiosa de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando da vida de filha menor impúbere.

Ou seja, no caso sob exame, prepondera o direito à vida da menor. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Pelo exposto, pode-se perceber que a Sra. Vânia Hack de Almeida, desembargadora relatora do caso em comento, utiliza, em seu voto, dois argumentos distintos.

A princípio, sustenta que os responsáveis não têm direito sobre a vida da filha, pois é esta um bem intransmissível para depois afirmar que a decisão dos pais encontra-se subordinada a inviolabilidade da vida humana.

Mas afinal estes argumentos são adequados às exigências do Direito Moderno? Por que tais objeções não respeitam a integridade do direito?

Buscando solver tais questões, no próximo capítulo iremos perquirir se a inviolabilidade da vida levantada pela desembargadora, no mencionado acórdão, é mesmo um argumento válido para o Direito Moderno.

4 A INVIOLABILIDADE DA VIDA HUMANA

*Cinza é toda a teoria, mas verde e dourada
é a cor da árvore da vida (Goethe)*

Em outras palavras, neste capítulo, vamos nos perguntar se atribuir um valor intrínseco à vida humana dotando-a de inviolabilidade é um argumento jurídico válido para um paradigma de Estado legitimado pela tutela de iguais liberdades fundamentais.

Com esse intuito, é necessário salientar que, nos moldes previamente delimitados neste estudo, entende-se por jurídico todo o argumento inserido em um contexto que leva a sério a reconstrução da práxis a partir de um conceito único de justiça e da participação de todos os envolvidos com respeito a formas diversas de vida.

Nestes termos, o raciocínio jurídico deve desconstruir a situação fática para reconstruí-la, privilegiando a integridade do direito e, conseqüentemente, garantindo a certeza e a justiça²².

²² Conforme Menelick de Carvalho Netto (1999), entende-se por certa a decisão tomada segundo os parâmetros impostos pela legalidade e por justa aquela que é adequada às particularidades do caso concreto.

Ocorre que para reconstruir a prática jurídica a partir da integridade, faz-se imperioso, como dito no primeiro capítulo, respeitar dois conceitos distintos, quais sejam, o romance em cadeia e a comunidade de princípios.

Nesses termos é que este capítulo pretende demonstrar que a inviolabilidade da vida humana não é um argumento adequado para o Direito Moderno, pois desconsidera todos os pressupostos levantados na primeira parte desta dissertação.

Neste capítulo, inicialmente, discutiremos a atribuição de um valor intrínseco à vida humana para, posteriormente, entender as conseqüências da aplicação valorativa deste argumento em um raciocínio jurídico.

4.1 O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA

O argumento que dota a vida de inviolabilidade atribui um valor inerente à mesma que não depende, por essa razão, de qualquer apreciação subjetiva ou instrumental²³.

Nesse sentido, Dworkin afirma que;

Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou de que é bom para elas. A maioria de nós trata pelo menos alguns objetos ou acontecimentos como intrinsecamente valiosos nesse sentido: achamos que devemos admirá-los e protegê-los porque são importantes em si mesmos, e não se ou porque nós, ou outras pessoas, os desejamos ou apreciamos". (DWORKIN; 2003, p.101)

²³ Dworkin ensina que; "tratamos o valor da vida de uma pessoa como instrumental quando avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros", acrescentando que "Chamamos de pessoal o valor subjetivo que uma vida tem para a pessoa de cuja vida se trata." (DWORKIN, 2003, p.101)

Nesses termos, atribuímos um valor à vida humana porque esta contém uma qualidade em si mesma numa forte alusão a um modelo sagrado imposto por uma tradição católica.

Assim, de forma desproblematizada atrelamos a existência humana a um conceito de sagrado determinado por pressupostos religiosos. Conceito este que induz a uma interpretação valorativa calcada na crença de que a vida humana é inviolável.

Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá alerta que;

A vida é sagrada e inviolável sob qualquer circunstância? O que é a vida, ou melhor, como as pessoas podem compreender o que é uma vida boa? Perguntas desta natureza nos remetem aos ensinamentos de Aristóteles que concebia a vida como um fim em si mesma, não admitindo a violação sob hipótese nenhuma. (FREIRE DE SÁ, 2005a: p.143)

Em outras palavras, a inviolabilidade da vida humana é um argumento apto para garantir, na pluralidade, a manifestação de outra concepção de sagrado? Dentro desses parâmetros podemos aceitar uma concepção pagã?

Como visto acima, atribuímos a vida uma pretensa inviolabilidade, pois realizamos uma remissão valorativa a partir de um modelo sacralizado que confere um padrão socialmente compartilhado. Nesses termos, pode-se afirmar que, ao realizarmos este processo, estamos impondo um ideal de vida boa a toda comunidade, assumindo assim uma hierarquia de valores.

Ocorre que só podemos legitimamente, no Direito Moderno, aceitar a juridicidade de um argumento se este reconhecer a todos iguais liberdades fundamentais.

Ao eleger uma única concepção de sagrado como a boa, esse argumento não viabiliza o reconhecimento de iguais liberdades porque veda a co-existência de projetos particulares de vida.

Nesses termos, destaca-se, nas palavras de Chamon Junior,

Afinal, o igual reconhecimento de liberdades subjetivas a todos abre espaços para também não considerarmos a vida como 'bem supremo' e sim como algo disponível. Não entender isso é não assumir o reconhecimento de iguais esferas privadas de construção de concepções de 'vida boa'. (CHAMON JUNIOR, 2005, p.25)

Assim, o argumento que atribui à vida humana um valor inerente, não reconhece a todos os partícipes de uma comunidade iguais espaços de manifestação, pois, como visto acima, elege uma concepção de sagrado imposta por uma interpretação religiosa.

4.2 UM ARGUMENTO AXIOLÓGICO EM UMA DECISÃO

Para entender a crítica que será lançada contra a inviolabilidade da vida humana, faz-se necessário trazer novamente à baila o trecho do voto da Desembargadora Vânia Hack de Almeida que invoca este argumento;

A vida é um bem jurídico indisponível, principalmente por terceiros. (...). A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada a preservar a saúde da autora. É necessária porque em

face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim, ponderando-se entre vida e liberdade religiosa de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando da vida de filha menor impúbere.

Ou seja, no caso sob exame prepondera o direito à vida da menor. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Ora, nesse pequeno trecho pinçado do mencionado voto, resta evidente que a relatora do caso atribuiu um valor intrínseco à vida humana dotando-a de inviolabilidade.

Ao usar tal raciocínio, invoca de forma implícita um processo histórico de cunho religioso calcado em uma visão imposta pela igreja de vida boa. Processo este que pressupõe um projeto único e compartilhado de vida consubstanciado em uma hierarquia de valores aceita por toda a comunidade.

Ocorre que, como visto anteriormente, o Direito Moderno impõe como requisito de legitimidade ao intérprete a adoção de uma comunidade de princípios voltada à garantia de iguais liberdades fundamentais.

Esse raciocínio prescreve uma argumentação racional calcada em normas jurídicas possibilitando, com isso, que as decisões atendam a dois requisitos distintos: a legalidade e a justiça.

Como visto anteriormente, a inviolabilidade da vida humana é um argumento baseado em uma concepção de vida boa construída pela igreja católica a partir de um conjunto de valores sagrados.

Nesse sentido, imperioso lembrar que a utilização de uma hierarquia de valores que privilegia uma única concepção de vida desconsidera uma das marcas indelévels da Modernidade: a pluralidade ética.

Ao desconsiderar a pluralidade ética, a adoção desse tipo de argumento avilta contra o fundamento de legitimidade do Direito Moderno, a dizer, a tutela de iguais liberdades fundamentais.

Nesse sentido, lúcida é a lição de Lúcio Chamon Júnior;

Uma democracia, portanto, exige o reconhecimento recíproco e igual de direitos e espaços de construção, e públicos de manifestação, de questões valorativas, de questões de 'vida boa'. Somente assim podemos garantir que os indivíduos convivam em igual reconhecimento e respeito à sua visão de vida, não desrespeitando a partir daquilo que entendemos como o melhor para todos, inclusive para aqueles. É, justamente, a construção moderna dos direitos fundamentais aquilo a garantir espaços privados e públicos de construção e manifestação de opinião e concepções de vida diferenciadas (CHAMON JÚNIOR, 2005, p.24)

A qual acrescenta as seguintes palavras;

A garantia de direitos fundamentais acaba por apresentar umnexo interno em face da democracia na medida em que só o reconhecimento recíproco e igual de direitos garantidores de uma autonomia jurídica (pública e privada) é que permitiria, a nós mesmos, nos vislumbrarmos como co-autores e co-participantes do Direito em nossa comunidade jurídica. (CHAMON JÚNIOR, 2005, p.24)

Sendo assim, a inviolabilidade da vida humana é um argumento que não atende a legalidade própria de um discurso racional guiado ao reconhecimento de iguais liberdades fundamentais, posto que impõe um modelo sagrado de vida boa impedindo a convivência legítima de diversos projetos.

Essa concepção, como visto, por adotar uma hierarquia axiológica, ignora a comunidade de princípios desconsiderando a pluralidade ética da Modernidade e, conseqüentemente, a defesa de iguais liberdades fundamentais.

Posto isso, enfrentaremos agora o outro argumento utilizado, pela doutrina e pela jurisprudência, para negar validade à recusa de transfusão de sangue feita por pais Testemunhas de Jeová: a intransmissibilidade dos direitos de personalidade.

5 A INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Até porque, pertence a cada um de nós a noção de quais ambições que o direito nos permite construir para nós mesmos. (Maria de Fátima Freire de Sá)

Como dito anteriormente, o segundo argumento levantado, pela doutrina e pela jurisprudência, contra a objeção de consciência de pais Testemunhas de Jeová é a intransmissibilidade dos direitos de personalidade.

Este argumento aparece também no voto da relatora Vânia Hack de Almeida, nos seguintes termos:

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar a sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pelos seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue.

Ou seja, os responsáveis pela menor é que impedem o tratamento em face de suas convicções e crenças litúrgicas. Quem sofre o risco de vida é a menor, e não aqueles que manifestam a sua vontade. Ou seja, os pais estão dispondo da vida alheia em nome de crença religiosa. Ora, os pais não têm o direito à vida do próprio filho. RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Ora, será mesmo verdade que os direitos de personalidade são intransmissíveis? Será que os pais não podem mesmo decidir sobre a vida de seus filhos? E se podem, existe algum limite?

Neste capítulo procuraremos responder todas estas questões. Com essa finalidade, inicialmente, demonstraremos o que são os direitos de personalidade, para então fazer uma distinção entre titularidade e exercício de direito.

Assim, em um terceiro momento, analisaremos o argumento utilizado pela desembargadora federal Vânia Hack de Almeida no acórdão em comento para negar aos pais, Testemunhas de Jeová, a possibilidade de decidir sobre a vida de seus filhos.

5.1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Sobre os direitos de personalidade muito se tem estudado, destacam-se, contudo, os seguintes questionamentos:

A categoria dos direitos de personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto às questões mais singelas como a sua própria designação. (FERNANDES, 2001, p. 214)

Nesses termos é que procuraremos, nesta breve análise, delimitar o conceito, a natureza jurídica e a âmbito de incidência dos direitos de personalidade.

Durante um longo período, diversos teóricos negaram a existência dos direitos de personalidade sobre o frágil argumento de que aquilo que capacitava a pessoa a ser sujeito não poderia, ao mesmo tempo, ser objeto de direito²⁴.

Contra este entendimento, Orlando Gomes há muito ensinou que

...em Direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade do agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto da relação jurídica, porque sua noção é histórica e não naturalística. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas no ordenamento jurídico como objetos de direitos de natureza especial. (GOMES, 1996, p.151)

Nesse sentido, posteriormente, essa concepção foi dirimida por teóricos que defendiam a existência de tais direitos distinguindo a personalidade de duas maneiras diversas.

Assim, se, por um lado, a personalidade passou a ser entendida como medida que capacitava a pessoa para ser titular de direito, por outro, significava um conjunto de atributos da pessoa às quais o ordenamento jurídico garante proteção privilegiada.

Neste segundo sentido, a personalidade pode também ser entendida como as características atribuídas às pessoas humanas passíveis de figurar como elemento objetivo das relações jurídicas.

Nesses termos, Gustavo Tepedino ensina que

dito diversamente, considerada como sujeito de direitos, a personalidade não pode ser dele o objeto. Considerado, ao revés, como valor, tendo em conta o

²⁴ Assim, também, Maria de Fátima Freire de Sá destaca: “A afirmação dos direitos de personalidade como categoria de direitos subjetivos veio com vagar, mesmo porque vários juristas, entre eles Iellinek, Savigny, Roubier, Simoncelli e outros, negaram sua existência como categoria”. (FREIRE DE SÁ, 2005a, p.17)

conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmo, dignos de tutela privilegiada. (TEPEDINO, 2001, p.27)

Como visto, a personalidade pode tanto ser vista como capacidade jurídica para possuir direitos quanto como atributos inerentes à condição humana e, por essa razão, passíveis de tutela.

A partir dessa distinção, a doutrina especializada passou então a aceitar a existência dos direitos de personalidade, atribuindo a estes um conteúdo próprio, qual seja, o de direitos subjetivos relativos à personalidade.

Posto isso, o debate girou sobre outro ponto. A doutrina passou a se perguntar sobre quais aspectos da pessoa os direitos de personalidade incidiriam.

Nesse sentido, alguns teóricos admitem a possibilidade de que tais direitos recaiam sobre partes separadas da pessoa, enquanto outros sustentam que a incidência desses direitos ocorre em uma unidade estrutural, a dizer, a própria pessoa.

Os que defendem a incidência dos direitos de personalidade sobre partes distintas da pessoa humana, acreditam na existência de múltiplos direitos, sendo, portanto, denominados pluralistas.

Nesse âmbito, Pietro Perlingieri destaca que

no âmbito destas últimas – ditas concepções ‘atomísticas’ - apontam-se aquelas que consideram a existência de uma série aberta de direitos (atipicidade dos direitos de personalidade) ou fechada (tipicidade). (PERLINGIERI, 2002, p. 154)

Ao revés, aqueles que sustentam que tais direitos recaem sobre a pessoa humana enquanto unidade, afirmam que existe apenas um único direito de

personalidade, originário e geral. Os defensores dessa corrente são conhecidos como monistas.

Ocorre que, mais recentemente, chegou-se a conclusão que ao se atribuir aos direitos de personalidade um caráter de direito subjetivo, a doutrina conformou sua proteção aos moldes dos direitos de propriedade de cunho eminentemente liberal.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino sustenta que

a insuficiência das elaborações antes examinadas – monistas ou pluralistas – para a proteção da pessoa humana foi posta em evidência por atenta doutrina, segundo a qual tais correntes tratam, uma e outra, os direitos da personalidade como expressão de tutela meramente ressarcitória e de tipo dominical. Criticam-se, nesta direção, as construções dogmáticas que concebem a proteção da personalidade aos moldes (ou sobre o paradigma) do direito de propriedade”. (TEPEDINO, 2001, p.45)

Assim, buscando fugir das interpretações que limitam o conteúdo dos direitos de personalidade aos parâmetros estabelecidos para os direitos subjetivos de cunho patrimonial, a doutrina sugeriu que tais direitos deveriam não só satisfazer ao binômio lesão-sanção, típico de uma leitura semântica do direito, mas também conformar todo o “tecido normativo infraconstitucional” (TEPEDINO, 2001, p.47) à promoção da pessoa humana.

Todavia, para atingir esses propósitos, os defensores dessa tese elaboraram um modelo calcado em uma prevalência normativa, uma tábua axiológica que conforma a leitura de todo o ordenamento jurídico à tutela da dignidade da pessoa humana.

Ora, ao se estabelecer uma prevalência normativa, atribui-se às normas um conteúdo valorativo que, como foi debatido anteriormente neste trabalho, é inadequado ao Direito Modeno.

Buscando assim uma outra via, mais adequada à proteção e ao fomento de iguais liberdades fundamentais, o Prof. Lúcio Chamon ensina que

por direito subjetivo devemos compreender nada mais que o reconhecimento argumentativo de uma esfera de liberdade; enquanto esfera de liberdade reconhecida na práxis argumentativa, o direito subjetivo jamais está a pairar sobre nossas cabeças. Antes, tal noção depende da compreensão das situações de aplicação do Direito como situações jurídicas. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 106)

Nesses termos é que os direitos de personalidade devem ser considerados como esferas reciprocamente consideradas de liberdade de cunho eminentemente existencial e cujo conteúdo deve ser construído argumentativamente na práxis jurídica.

Nesse sentido, há que se considerar que tais direitos possuem, em princípio, o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais.

A distinção existente entre as duas categorias encontra-se situada na distinção público-privado. Em outros termos, enquanto os direitos fundamentais referem-se às liberdades construídas no espaço público e em face do Estado, os direitos de personalidade relacionam-se a esfera privada.

Por fim, dentre as principais características dos direitos de personalidade destacam-se²⁵:

...os direitos da personalidade possuem, como características, no dizer da doutrina especializada, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter

²⁵Alguns autores acrescentam a tais características o caráter inato dos direitos de personalidade, razão não lhes assiste, contudo, como ensina Adriano de Cupis “os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por conseqüência, não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos relativos, por sua natureza, à pessoa”. (DE CUPIS, 2004, p. 24)

absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.” (TEPEDINO, 2001, p.47)

No entanto, dentro dos limites previamente estabelecidos neste trabalho, faz-se imperioso tão somente o estudo da intransmissibilidade. Para este fim, voltemos nosso olhar para a distinção entre titularidade e exercício de direito.

5.2 A DIFERENÇA ENTRE TITULARIDADE E EXERCÍCIO DE DIREITO

Como visto anteriormente, um dos argumentos levantados pela desembargadora Vânia Hack de Almeida é a intransmissibilidade dos direitos de personalidade.

Para entender melhor a crítica lançada contra este argumento, necessário ressaltar que, por disposição legal, os direitos de personalidade são intransmissíveis.²⁶

Nesses termos, a doutrina especializada expõe

A intransmissibilidade é outro elemento presente. É que transmissão supõe que a pessoa se ponha no lugar de outra, o que é vedado em se tratando de personalidade. Destarte, os direitos de personalidade não se transmitem sequer por causa mortis. Nascerem e desaparecerem ope legis, embora desfrutem de resguardo depois da morte. (FREIRE DE SÁ, 2003, p.32)

²⁶ O Código Civil Brasileiro dispõe, em seu artigo 11, que; “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Para alcançar, contudo, o significado desta disposição há que se fazer uma distinção entre titularidade e exercício de direito.

Antes, entretanto, é preciso lembrar que o Prof. Lúcio Chamon Júnior fez uma releitura do conceito de personalidade adequando este instituto jurídico ao Direito Moderno, nos seguintes termos:

O fato de interpretarmos a noção de 'personalidade' como referencial para a imputação problematizada argumentativamente, em face de uma situação jurídica também recordada na argumentação, descarrega toda e qualquer pretensa argumentação moral e também meramente funcional de seu reconhecimento. Tal referencial para a imputação há que ser problematizado e enfrentado tanto em termos funcionais – e de sua relevância na argumentação – quanto também em termos de validade – argumentativamente construída! (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 145)

Completando, por fim, que:

Com isto queremos dizer que a noção de pessoa é determinável no interior da própria práxis; a práxis é quem mesmo constrói seus referenciais de imputação de direitos e deveres formando, assim, juízos de imputação problematizáveis não só no que tange a seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades e não-liberdades, envolvidas (CHAMON JUNIOR, 2006, p.146)

Nestes termos, é que a titularidade do direito deve ser vista, na modernidade: como um vínculo estabelecido entre um centro de imputação problematizado argumentativamente e uma esfera de liberdade construída na práxis.

Por outro lado, o exercício do direito deve ser definido como manifestação autônoma construída a partir de uma esfera de liberdade. Manifestação esta que

pode se dar tanto pelo próprio titular quanto por uma terceira pessoa envolvida na situação jurídica.

Resta assim evidente, que a intransmissibilidade dos direitos de personalidade recai, tão somente, sobre a titularidade destes direitos sendo, pois, possível a manifestação autônoma dos mesmos por uma terceira pessoa.

Dito isso, passemos, então, a análise, dentro do discurso jurídico, do argumento em comento.

5.3 A INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO ARGUMENTO JURÍDICO

Como dito anteriormente, a desembargadora Vânia Hack de Almeida utiliza o seguinte argumento em seu voto:

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar a sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pelos seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue.

Ou seja, os responsáveis pela menor é que impedem o tratamento em face de suas convicções e crenças litúrgicas. Quem sofre o risco de vida é a menor, e não aqueles que manifestam a sua vontade. Ou seja, os pais estão dispondo da vida alheia em nome de crença religiosa. Ora, os pais não têm o direito à vida do próprio filho. RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Ora, ao constatar a ausência de consciência, que impossibilita a manifestação da vontade da menor, a relatora aduz que os responsáveis não podem decidir sobre a vida do próprio filho, arguindo assim uma suposta intransmissibilidade de direito.

Nesses termos, parece que a desembargadora faz uma confusão entre a titularidade e o exercício dos direitos de personalidade.

Como visto anteriormente, a princípio, os pais podem decidir sobre a vida de seus filhos posto que são dotados, pelo poder parental, de capacidade para manifestar sobre tais esferas de liberdade.

Ocorre que, na modernidade, o Direito impõe uma leitura calcada no reconhecimento recíproco de iguais liberdades fundamentais o que, por sua vez, pressupõe o respeito da diversidade assentada não em uma hierarquia de valores expressa em uma concepção compartilhada de bom, mas no reconhecimento de concepções privadas de vida boa.

Essas concepções são expressas através do exercício da autonomia privada e pela assunção de iguais liberdades fundamentais, como a seguir se evidencia.

Autonomia privada importa no reconhecimento e proteção de iguais liberdades a todos; importa reconhecer a diferença e garantir a diversidade. O atributo 'democrático' só se faz presente em uma visão atual se concebe na pluralidade. E não há como se reconhecer a pluralidade sem autonomia privada, seja na autonomia crítica, seja na autonomia de ação. (FIUZA et al., 2007, p.5)

Nesses termos, os pais não podem decidir pela vida de seus filhos não porque os direitos envolvidos são intransmissíveis, mas porque a assunção de tal

perspectiva seria a imposição de uma concepção paterna ou social de vida boa, inadmissível ao Direito Moderno²⁷.

Demonstrada, então, a inadequação dos dois argumentos levantados no acórdão em epígrafe para solucionar, no Direito Moderno, o problema central desta dissertação, passemos à hipótese que entendemos ser adequada.

²⁷ Neste mesmo sentido é que a limitação *ex ante* imposta, normalmente, aos pais pelo proclamado melhor interesse da criança não merece prosperar, pois quando aplicamos o melhor interesse desproblematizadamente fixamos, segundo valores próprios ou de uma comunidade, um conceito de vida boa quando, na verdade, este instituto deveria se curvar à concepção privada (do menor) de vida boa.

6 A CONSTRUÇÃO DE UM ARGUMENTO JURÍDICO

*Se as coisas são intangíveis (...) ora! Não é motivo para não querê-las...
Que triste os caminhos, se não fora a mágica presença das estrelas. (Mário Quintana)*

Voltemos, então, a pergunta que norteia este trabalho, que é: como garantir o exercício da liberdade religiosa de um menor nos casos em que os pais são adeptos da seita Testemunha de Jeová?

Para responder a esta questão, como visto anteriormente, há que se reconhecer e respeitar a pluralidade ética que permeia a modernidade, admitindo, portanto, diversas formas de vida.

Em outras palavras, a decisão correta, para o Direito Moderno, perpassa, necessariamente, a assunção de iguais liberdades fundamentais através do exercício de uma autonomia privada.

Exatamente, por essa razão, antes de demonstrar qual é, para nós, a decisão correta para o caso em comento, imperioso trazer à baila os contornos atuais da propalada autonomia privada.

6.1 AUTONOMIA PRIVADA: UM ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO MODERNO

Autonomia é uma palavra de origem grega cujo conteúdo pode ser delimitado através da faculdade que cada ser tem de reger por si mesmo.

Nesses termos, Immanuel Kant inicialmente conceituou este instituto jurídico a partir de um “princípio supremo de moralidade” (KANT, 2004, p.70), tendo como base, a universalização da ação pretendida, cujo limite era o imperativo categórico.

Em outras palavras, Kant imaginou que a ação moral e, portanto, justa deveria pressupor uma máxima que possibilitaria a universalização da conduta.

Foi nessa direção que o autor mencionado fixou a seguinte definição para a autonomia:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças a qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal. (KANT, 2004, p.70)

A autonomia da vontade nasce, assim, atrelada às escolhas de cada indivíduo e subordinada, portanto, a uma leitura liberal.

O fundamento ideológico desse princípio encontra suas bases na doutrina individualista que marcou as sociedades europeias no século XVIII e XIX. Tal doutrina

confere ao ser humano uma supervalorização, um primado frente à sociedade. (FARIA, 2007, p.56)

No entanto, após a grande depressão econômica, o Estado foi obrigado a intervir na economia, conformando os interesses particulares aos interesses sociais e, assim, a vontade individual foi, paulatinamente, sofrendo limitações.

Nesse sentido, com o tempo, essa definição se mostrou ineficaz, à medida que impunha à ação uma liberdade abstrata e, por esse motivo, formal que, conformada pelos ditames da realidade econômica e das condicionantes sociais, tornou-se mera potência.

Buscando, então, uma materialização do conceito, a doutrina especializada há muito reconhece que a autonomia pressupõe o reconhecimento legislativo de esferas de liberdade, conformando²⁸ assim este instituto a esferas públicas de legalidade.

Nesse sentido, aparece a propalada distinção entre autonomia da vontade e a autonomia privada.

Mas há diferença entre as expressões autonomia privada e autonomia da vontade? Apesar de alguns autores as usarem indistintamente, a expressão autonomia da vontade tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. (FREIRE DE SÁ; NAVES. 2002, p.116).

Assim, enquanto a autonomia da vontade é um conceito extremamente subjetivo vinculado às concepções individuais e por esta razão insustentável em uma concepção democrática, a autonomia privada;

²⁸ Sobre esse aspecto, Bruno Torquato ensina que “conformação expressa de maneira mais correta a delimitação interna de conteúdo, que se faz, relacionalmente, de acordo com o horizonte histórico, inclusive em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo”. (NAVES, 2007, p. 238)

...constitui-se, portanto, em um esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL.2000. p.337)

Essa construção, em um paradigma intervencionista de cunho social, acontece em nome de uma pretensa autonomia pública, desenvolvida em um modelo democrático em que a lei seria a tradução da vontade de todos.

Nesse sentido, se no período liberal a autonomia era um conceito extramente subjetivo e, por esta razão, alheio ao direito moderno, no período social este conceito passa a ser a tradução de um concepção partilhada de vida boa.

Ocorre que, no Direito Moderno, tal concepção também não merece prosperar posto que, como vimos,

...para que possamos legitimamente respeitar a autonomia privada não podemos, paradoxalmente, descartá-la em nome daquilo que 'os outros' dizem que é bom para 'nós mesmos'. Do contrário não estaríamos levando adiante o próprio projeto moderno do Direito: estaríamos presos a uma compreensão de 'vida boa' que, por final, é incapaz de, em face de uma democracia, pretender-se ainda 'o centro' de uma sociedade tão complexa como a sociedade moderna". (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 25)

Ora, mas como alcançar um conceito de autonomia que seja válido para a modernidade?

Harbermas ensina o caminho, aduzindo que:

...os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de

gerar consenso se fizerem uso adequado de sua autonomia política como cidadãos do Estado. (HABERMAS, 1997, p.301)

Nesse sentido, a autonomia privada é uma construção dependente da denominada autonomia pública em um verdadeiro processo de co-dependência e complementariedade.

Nestes termos, lúcida é a lição de Bruno Torquato de Oliveira Naves:

...o conceito de autonomia privada está vinculado ao momento histórico vivenciado. Mudanças nas concepções adotadas pelos homens dão azo a modificações nos conceitos de liberdade, igualdade e, por conseqüência, atinge a idéia que permeia a noção de autonomia privada. (NAVES, 2007, p.93)

Pelo dito, pode-se concluir que a autonomia deve relacionar a construção de um espaço público à manifestação da esfera privada de todos os partícipes de uma sociedade, através da assunção de uma comunidade de princípios guiada por um único ideal de justiça e pelo reconhecimento de iguais liberdades fundamentais possibilitando, com isso, a assunção de formas particulares de vida boa.

6.2 A RECONSTRUÇÃO DA PRÁXIS

Assim, para entender como todos os conceitos apresentados, ao longo deste trabalho, devem ser aplicados no caso em comento, faz-se necessário destacar o seguinte trecho do voto da desembargadora Vânia Hack de Almeida:

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tem direito de proteção à vida e à saúde. Também protege-se a liberdade da criação da criança, fornecendo o acesso a cultura e às informações, no intuito de que, com idade suficiente, venha a decidir sobre a sua conduta e assumir conscientemente os riscos de suas opções.

Enquanto isso não ocorre, os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Nesses termos, a relatora subordina a decisão da menor à sua idade, em clara alusão a denominada capacidade civil.

Nesse sentido, lúcida é a lição e Lúcio Chamon Júnior:

A capacidade jurídica nada mais pretende ser que uma peça na argumentação que pretensamente estabeleceria limites e os contornos da 'personalidade'. A questão é que tais limites e contornos jamais podem ser condensados abstratamente porque na verdade são sempre problematizados concretamente na argumentação..." (CHAMON JÚNIOR, 2006, p.186)

Ocorre que ao subordinar a decisão do menor a sua capacidade, a desembargadora aplica desproblematizadamente um instituto jurídico presumindo a ausência de consciência da menor.

Como visto, ao longo deste trabalho, ao executar este procedimento a juíza desconsidera as vicissitudes do caso concreto utilizando os conceitos jurídicos como estruturas pré-definidas.

A desembargadora ignora assim, que o direito, na modernidade, deve adotar uma atitude reconstrutiva calcada em uma releitura, crítica e situada, que leva a sério a participação de todos os envolvidos para o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais.

Ocorre que, como se antecipou neste capítulo, essa reconstrução deve, necessariamente, pautar-se pelo exercício da autonomia privada calcada na construção e manifestação de projetos individuais.

Chega-se assim à conclusão de que a decisão deve privilegiar a participação da menor no processo decisório, mesmo que esta não possua capacidade civil. Para tanto, ao revés, deve-se auferir, em concreto, se a menor possui consciência para entender a situação a que esta adstrita.

Uma vez constatado o grau de consciência, cabe a menor a decisão por um reconhecimento de sua autonomia e um respeito ao projeto de vida construído segundo a sua própria concepção de bom.

Corroborando, contudo, o entendimento expresso na seguinte parte do voto em comento, imaginemos que a menor não possua discernimento:

No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar a sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme a sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais, que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. (RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006)

Nesse caso, não podemos permitir que os pais ou qualquer outra pessoa, segundo suas próprias convicções, decida pela menor.

Assim, a única decisão que reconhece iguais liberdades fundamentais é aquela que impõe a transfusão de sangue condicionando o exercício da liberdade religiosa ao implemento da capacidade para discernir.

Em outras palavras, deve-se garantir a vida da menor não porque esta é inviolável, mas porque é esta a única maneira de possibilitar que a menor venha a decidir segundo sua própria concepção de vida boa em um futuro próximo.

7 CONCLUSÃO

Que o Direito não mais seja capaz de legitimamente ser fundamentado em qualquer compreensão 'privilegiada', porque eleita, de 'vida boa', como outrora lhe foi possível, não decorre que argumentos parciais referentes a diferentes concepções de 'vida boa', inclusive religiosas, não sejam contributos na construção democrática do próprio Direito. (LÚCIO ANTÔNIO CHAMON JÚNIOR)

Vimos, neste trabalho, que com o implemento das instituições democráticas e o reconhecimento recíproco de iguais liberdades fundamentais a todos os cidadãos, o direito adentra a modernidade.

Nesse período, e a partir do giro hermenêutico-pragmático, o direito foi convidado a rever seus conceitos assumindo uma postura reconstrutiva da práxis jurídica calcada em uma releitura, crítica e situada, que leva a sério a participação de todos os envolvidos.

A partir de tais pressupostos, o direito adota uma postura interpretativa governada pelo ideal de integridade e conformada por uma comunidade de princípios.

Porém, para se aplicar esse modelo, faz-se necessário entender o direito como um romance em cadeia que considera as decisões do passado para reformular o presente levando em consideração uma coerência argumentativa.

Nesses termos, na modernidade, não podemos legitimamente assumir uma concepção compartilhada de bom, imposta através de uma hierarquia de valores,

isso porque a pluralidade ética impõe, pelo reconhecimento recíproco de iguais liberdades e, conseqüentemente, o respeito de compreensões privadas de vida boa.

Assim, para responder à pergunta central desta dissertação, qual seja, como garantir o exercício da liberdade religiosa de um menor nos casos em que os pais são adeptos da seita Testemunha de Jeová, não podemos admitir a imposição de um modelo sagrado consubstanciado na inviolabilidade da vida humana.

Nem tampouco podemos adotar uma imposição paterna de vida boa imposta através do poder parental e calcada na transmissibilidade dos direitos de personalidade.

Ao revés, para atender as exigências do Direito Moderno, temos que reconhecer iguais liberdades fundamentais ao menor viabilizando a sua decisão pelo exercício concreto de sua autonomia privada²⁹.

Para tanto, o discernimento é peça fundamental, posto que capacita o menor para decidir segundo suas próprias convicções religiosas legitimando assim a sua decisão.

Nestes termos, chegamos à conclusão de que a decisão correta, no Direito Moderno, para o caso estudado neste trabalho perpassa, necessariamente, o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais. Reconhecimento este que só é possível pelo exercício concreto da autonomia privada consubstanciado no discernimento.

Assim, uma vez constatada a presença do discernimento, em casos como os trabalhados nesta dissertação, deve-se, a princípio, ouvir o menor. Ao contrário, se não houver discernimento, conseqüentemente, não haverá o exercício de uma

²⁹ Nesse sentido, Lúcio Chamon ensina que “ o fato de uma criança ser o referencial para a imputação de determinado direito, não significa que, concretamente detenha a decisão acerca da liberdade então imputada: o fato de se lhe imputar o direito à propriedade imóvel não significa que tenha como reconhecidas suas decisões a respeito de tal liberdade. O fato de a criança ser o referencial para a imputação de direitos e deveres não significa que serão reconhecidas suas decisões acerca desta esfera de liberdade que toma como referencial, como se apreende do capítulo quatro. Isto, por outro lado, não significa que a criança não possua liberdades: é claro que várias liberdades, tanto referente à autonomia privada, como também pública, podem ser decididas e exercidas pela criança desde que, como no capítulo três, sejam problematizadas e consideradas caso a caso”. (CHAMON JÚNNIOR, 2006, p.189)

autonomia privada. Neste caso, como o menor não é capaz de construir sua própria concepção de vida boa, deve-se impor a transfusão para que, em um futuro próximo, dotada de consciência, possa decidir segundo as suas próprias convicções.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Edisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. E. Garzón Valdez. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997.

AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al.* **História das Sociedades**: das sociedades modernas às sociedades atuais. 32 ed. Rio de Janeiro: Ao livro técnico, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord). **Estudos de direito da bioética**. Lisboa: Almedina, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Directo de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. **Revista dos Tribunais**. Ano 90, v. 787, p. 493-507, maio 2001.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento**: de Gutemberg a Diderot. Trd. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma

constitucional do Estado Democrático de Directo. **Revista de Direito Público**. Belo Horizonte, n. 1, v.1, p.101-115, jan.-jun. 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo. Libertad de conciencia y actividad biomedica. In: FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima (coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva do caso concreto. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n.155, p. 77-91, jul.-set. 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **O direito de morrer pressupõe a garantia de compreensões privadas acerca de 'morte boa' e de 'vida boa', vez que co-dependentes**. In: FREIRE DE SÁ. Maria de Fátima. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed.Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORTES, Julio César Galán. **Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado**. Madrid: Civitas, 2001.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Editora Romana, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003b

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIÚZA, C.; FREIRE DE SÁ, F; NAVES, B. **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIÚZA, C.; FREIRE DE SÁ, F; NAVES, B. **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação Jurídica Médico-Paciente: Dignidade da Pessoa Humana e Autonomia Privada. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Biodireito**. Belo Horizonte; Del Rey, 2002.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgão, incluindo o estudo da Lei n.9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005b.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n.143, p. 191-209, jul.-set. 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros estudos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NAVES, Bruno Torquato. Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. In: FIÚZA, C.; FREIRE DE SÁ, F.; NAVES, B. **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A autonomia privada do paciente em estado terminal. In: FIÚZA, C.; FREIRE DE SÁ, F.; NAVES, B. **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria do Direito e virada lingüística. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 10, n. 20, p. 73-88, 2º semestre de 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade 'solução do discernimento'**: ensaio sobre um caso de 'constitucionalização' do direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Lisboa: Almedina, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIO GRANDE DO SUL, TRF – 4º REGIÃO. **Direito à vida. Transfusão de Sangue. Testemunha de Jeová**. Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WIKIPEDIA. Testemunha de Jeová. 2008. Disponível em:

«pt.wikipedia.org/wiki/Testemunhas_de_Jeov%C3%A1». Acesso em 12.05.2008.