

A VIDA DIGNA: ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CASOS DE TRANSFUSÃO DE SANGUE A PARTIR DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS

Glenda Gonçalves Gondim*

RESUMO: O objetivo deste estudo é analisar a colisão entre os direitos fundamentais da dignidade humana e a liberdade religiosa nos casos de transfusão de sangue em pacientes cuja crença impede a realização desse tipo de tratamento. Analisa-se a natureza jurídica dos direitos fundamentais e quais direitos devem ser assim considerados, levando-se em conta a existência do direito fundamental da vida digna e como este poderá ser aplicado no direito brasileiro em contraposição ao direito à vida biológica, a partir da doutrina de Robert Alexy.

Palavras-chave: Princípios. Direitos fundamentais. Colisão. Dignidade humana. Autonomia. Vida digna. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Derrotabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Diversos são os casos de decisões judiciais que apresentam polêmicas dentro da sociedade e despertam o interesse da comunidade acadêmica, especialmente quando envolvem crenças religiosas que afetem direitos considerados como fundamentais. Dentro desses casos, destacam-se aqueles que dizem respeito às transfusões de sangue a serem realizadas ou já realizadas em Testemunhas de Jeová, cuja crença proíbe tal tratamento.

* Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais perante o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Advogada. Endereço eletrônico: glendagondim@up.com.br

Destaca-se que no ano de 1995, em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a paciente foi submetida à transfusão de sangue, não obstante a contrariedade da sua religião, sob o entendimento de que o “[...] direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião”¹.

A partir de tal decisão judicial é possível extrair os principais questionamentos a serem debatidos neste estudo, quais sejam: (i) como ponderar direitos fundamentais em um caso concreto? (ii) qual a natureza jurídica dos direitos fundamentais e (iii) a dignidade da pessoa humana influencia o direito à vida criando um direito à vida digna?

Para debater (mais do que esclarecer) tais questionamentos, serão verificados no presente estudo quais são os direitos fundamentais em análise e como as decisões judiciais devem resolver as colisões entre dois direitos fundamentais, como ocorre no caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, especialmente, ante as decisões divergentes que existem sobre o tema, analisando a natureza jurídica de tais direitos, os direitos fundamentais que estão em colisão nos casos específicos da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, a colisão entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DISCUSSÃO

Os direitos fundamentais ganham grande relevância no mundo ocidental, a partir do pós-guerra, quando se verifica que devem ser resguardados direitos mínimos de cada cidadão para evitar a repetição das atrocidades que ocorreram durante a II Guerra Mundial.

Para melhor compreensão do tema, necessário analisar a natureza jurídica dos direitos fundamentais, bem como daqueles que são objeto do presente estudo.

¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 595000373**. Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/03/1995, acesso através do endereço eletrônico: <www.tj.rs.gov.br>

2.1 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante a positivação dos direitos fundamentais, seja em direito positivo nacional ou internacional, torna-se importante verificar a natureza jurídica destes, se seriam direitos jurídicos, tal como todo e qualquer outro direito positivado, ou direitos morais, não obstante a sua positivação.

Parte da doutrina entende que, em razão de tais direitos permitirem a possibilidade de questionar leis, instituições, ações e medidas, não se identificam, assim, com normas do direito positivo. E por tal razão muitos teóricos sustentam que a origem desses direitos não é o ordenamento jurídico, mas sim um direito natural cujo reconhecimento foi gradativo na humanidade.

Outros positivistas não aceitam a tese de relacioná-los com o direito natural, não em razão da sua terminologia, mas sim por entenderem a inexistência de princípios que justifiquem instituições ou ações, bem como que possam ser universalmente válidos, relativos a épocas e circunstâncias, além de serem cognoscíveis, apenas, através de procedimentos intersubjetivos².

Para Alexy, os direitos fundamentais são direitos naturais do homem que foram positivados para melhor proteção pelo Estado, por exemplo, “[...] existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto, que exista um Estado que concretize tais direitos”³.

Carlos Santiago Nino classifica os direitos humanos como princípios morais que se definem ante: (i) a existência justificada pela validade ou aceitabilidade e não pelo reconhecimento efetivo ou aceitação real de certos indivíduos, são princípios de uma moral crítica ou ideal que pode ou não ter vigência em algum âmbito; (ii) não existem

² NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentacion. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Palestra proferida na Escola Superior de Magistratura Federal (ESMAFE), em 17 de dezembro de 1998. Trad. Luis Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 73. [a].

outros princípios que prevaleçam sobre eles para valorar uma ação que esteja nele compreendida; e (iii) os princípios morais podem valorar qualquer conduta, tanto ações referentes ao agente como as que interessam a terceiros⁴.

Uma possível conclusão que se obtém é que as proposições de direito em geral e de direitos fundamentais em específico equivalem-se a regras e princípios de um determinado sistema normativo e serão definidas pela classe de direito moral jurídico ou de direito natural, conforme o sistema normativo referido por tais proposições⁵.

Portanto, mesmo que positivados, os direitos humanos não podem ser definidos como simples regras jurídicas, uma das propostas apresentadas e mais defendidas atualmente é a classificação de tais direitos como princípios⁶, ainda que existam alguns positivistas contrários ao ordenamento jurídico que definam como valores principiológicos. Esse é o posicionamento de Bentham, Austin, Kelsen, Ross e Hart, no qual um ordenamento jurídico deve estar fundado em circunstâncias fácticas que se justificam.

A maior justificativa para que sejam definidos como princípios é que eles ditam fundamentos, visando uma melhor aplicabilidade, razão pela qual, define Alexy, que se tratam de “mandamentos de otimização”⁷.

Dessa forma, tanto as regras quanto os princípios expressam mandamentos de dever ser⁸, mas são os princípios que determinam a melhor maneira possível de sua realização cuja aplicação depende,

⁴ NINO, Carlos Santiago, op cit.

⁵ Ibid., p. 27.

⁶ Para Alexy, no tocante, aos direitos constitucionais, deve-se considerar que não se tratam de simples e puras regras, pois possuem caráter principiológico, cuja colisão será sempre resolvida através da proporcionalidade. (Constitutional Rights, Balancing and Rationality. Minas Gerais: **Ratio Juris**, vol. 16, n. 02, 2003, p. 133) [b].

⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdes. Revisión: Ruth Zimmerling. 3ª reimpresión. Centro de estudios políticos y constitucionales: Madrid: 2002, p. 60-64.[c]

⁸ Ibid., p. 63.

não apenas das determinações jurídicas, mas também das condições fáticas⁹.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PESSOA

Definido o pressuposto de que os direitos fundamentais serão considerados como princípios (ou mandamentos de otimização) que norteiam o sistema jurídico neste estudo, é importante definir quais são esses direitos.

Nino defende que os direitos fundamentais são derivados de três princípios ligados à pessoa humana, que, combinados, abrangem todos os demais, quais sejam: (i) inviolabilidade; (ii) autonomia; e (iii) dignidade¹⁰. Para o presente estudo serão abordados os dois últimos princípios norteadores.

A autonomia da pessoa diz respeito ao direito à saúde física e mental do indivíduo, às liberdades, em seu sentido amplo, englobando liberdade de expressão, possibilidade de usufruir da vida privada, de associar-se, escolher o culto que melhor lhe convém, adotar e estudar as teorias científicas que bem entender, defender suas convicções políticas etc.¹¹.

Portanto, tal princípio engloba tanto direitos do primeiro grupo – aqueles referentes ao direito à vida, integridade física, psíquica e moral, inviolabilidade do domicílio, direito à livre escolha do culto e outros – como determinados direitos inseridos no segundo grupo, que dizem respeito à educação adequada, a gozar de uma residência digna etc.¹².

⁹ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que está caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. (Ibid., p. 86-87).

¹⁰ NINO, Carlos Santiago, op. cit., p. 27-31.

¹¹ CARRIO, Genaro R. **Los Derechos Humanos y Su Proteccion**. Distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1990, p. 18.

¹² Ibid., p. 28-29.

Tal princípio está intrinsecamente relacionado com o objeto deste estudo, pois é pela autonomia que a parte escolhe a sua crença e, conseqüentemente, pelo mesmo princípio, passa a se submeter às repercussões decorrentes desta escolha, como a impossibilidade de submissão a certos tratamentos médicos.

Por sua vez, no tocante ao princípio da dignidade humana, destaca-se que o mesmo está inserido como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante a sua notória importância e fundamentabilidade, a conceituação é de extrema dificuldade.

Partindo do previsto no artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Homens que prevê que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, pode-se entender que a dignidade humana está centrada na autonomia e direito de autodeterminação da pessoa.

A partir da Declaração Universal da ONU, Ingo Sarlet relaciona a autonomia com a liberdade de cada ser humano determinar sua conduta. Ressalta, ainda, que a autonomia é considerada em abstrato,

[...] não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz¹³.

O citado autor afirma que para assegurar o direito à dignidade humana devem ser respeitadas as “[...] condições existenciais mínimas para uma vida saudável”¹⁴, sendo que a conceituação efetiva desse

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.

Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.º 9, jan./jun. 2007, p. 368.

direito será plenamente alcançada somente no caso concreto¹⁵, por estar diretamente ligada à pessoa a quem esse direito se refere¹⁶.

Além de estar ligada ao indivíduo, a noção de dignidade relaciona-se, também, à coletividade, porque a definição individual depende do que é determinado pela coletividade, tanto que “[...] a presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-se-nos a realidade do mundo de nós mesmos”¹⁷.

Considerando tal pressuposto, é possível entender a aquiescência coletiva, nas quais esse sentimento social e público aprova determinadas condutas, que possam ser contrárias a definições de dignidade de outra coletividade ou época¹⁸.

2.3 A VIDA DIGNA

Para além do princípio da dignidade humana, encontra-se o direito à vida digna, que é mais do que simplesmente um conceito de vida biológica, mas também das características de desenvolvimento desta vida.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n.º 9, jan./jun. 2007, p. 368.

¹⁴ Ibid., p. 383.

¹⁵ Ibid., p. 379.

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileira. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143.

¹⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Posfácio de Celso Lafer. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 60.

¹⁸ Quando aos indivíduos é imposta uma dúvida acerca da situação do âmbito público, por este se apresentar de forma obscura, a política é procurada para cuidar dos interesses vitais, o que acarreta a condição de vida nua. “A história conhece muitos períodos de tempos sombrios, em que o âmbito público se obscureceu e o mundo se tornou tão dúbio que as pessoas deixaram de pedir qualquer coisa à política além de que mostre a devida consideração pelos seus interesses vitais e liberdade pessoal”. (ARENDDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. 3. reimp. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 20).

O conceito de vida está ligado ao conceito de mente e corpo de cada ser humano e deve ser protegido por lei, não podendo ninguém ser privado do exercício de tal direito. A proteção não pode ser restrita à vida biológica de cada um¹⁹ ou, muito menos, dentro da definição de Agambem de uma vida nua²⁰. Isso porque a proteção deve incluir a saúde física e mental, condições mínimas de educação, lazer, trabalho, acesso à cultura, residência digna, formação da personalidade, além de outras questões que dizem respeito a uma vida a ser vivida com dignidade.

Tudo isso integra o que é possível denominar de vida digna.

A vida digna será exercida considerando os direitos fundamentais derivados dos princípios da autonomia e da dignidade, pois é através das escolhas pessoais que será formado o que cada indivíduo entenderá como digno para si.

Dessa forma, partindo do pressuposto da essencialidade do direito à vida digna como fundamental a cada indivíduo, vida não é apenas o viver biológico, devendo ser garantido um exercício e proteção daquilo a ser considerado como digno, seja pela sociedade (coletivo), seja por condições individuais.

E é neste ponto que devem ser analisados os casos de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, através da vida digna decorrente da liberdade de crença por aquele que optou em seguir tal religião, o direito à vida e a autonomia privada.

¹⁹ Frankl, em sua obra sobre o campo de concentração, descreve as sensações e desejos dos prisioneiros que demonstram o resumo da vida em sua perspectiva biológica, concluindo que “Na grande maioria dos prisioneiros, a *preponderância dos institutos primitivos* e a *peremptória necessidade de se concentrar sobre a pura e simples preservação da vida* constantemente ameaçada, *suscitam uma depreciação radical de tudo aquilo que não serve a este interesse exclusivo*” (FRANKL, Viktor Emil. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Trad. Walter O. Schulpp e Carlos C. Aveline. 2. ed. São Leopoldo: Sinodal/ Petrópolis: Vozes, 2006, p. 39, grifos nossos.)

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer I**: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. 1. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

Para melhor compreensão, ressalta-se a decisão proferida pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em recurso da relatoria de Cláudio Baldino Maciel, ao analisar agravo de instrumento interposto pela paciente em face da decisão que determinou a transfusão de sangue, não obstante a sua recusa em receber esse tipo de tratamento²¹.

Por ser Testemunha de Jeová, a paciente recusou a realização do tratamento médico através da transfusão de sangue. Contudo, mesmo em razão da sua expressa recusa, foi deferida a realização do tratamento por decisão em primeiro grau. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a decisão, sob o fundamento de que “Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido”²², não deve ser realizado.

Para o aludido Tribunal de Justiça, sobrepõe-se ao direito da vida nua²³ o direito de escolha “[...] calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas”²⁴ do qual decorre a vida digna.

A manutenção da decisão seria negar a vida digna da paciente, que após o tratamento continuaria a viver apenas com uma vida biológica.

As decisões nem sempre seguem tal entendimento, especialmente, quando a paciente não está em condições de manifestar a sua vontade.

²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Cláudio Baldino Maciel. Julgamento em 06 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>.

²² Ibid.

²³ AGAMBEN, Giorgio, op. cit..

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Cláudio Baldino Maciel. Julgamento em 06 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>.

É o caso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da Décima Oitava Câmara Cível, que deferiu a transfusão de sangue não apenas porque não foi a paciente que manifestou a recusa e sim seus familiares, mas, também, porque entendeu que ante o risco de vida deveria esta se sobrepor à “[...] saúde e [à] convicção religiosa”²⁵.

Também, existem decisões judiciais, como a já citada decisão do ano de 1995, na qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a liberdade de crença deve ser limitada, “[...] sob pena de se homologarem as maiores brutalidades. [...] Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la”²⁶.

Sem adentrar na discussão acerca do autoritarismo constante no trecho acima da decisão, além da contrariedade ao que atualmente se entende como princípio da dignidade da pessoa humana, que está relacionado com questões íntimas de cada indivíduo, mas analisando a partir do fato de que, efetivamente, podem existir casos nos quais a não intervenção médica poderá acarretar a perda da vida biológica do paciente, pois as medidas alternativas existentes serão insuficientes, o direito brasileiro pode admitir que a vida digna se sobressaia à vida biológica?²⁷

É neste ponto que se deve recorrer à doutrina para entender que não existe declaração de validade ou invalidade dos princípios, podendo em situações análogas existir aplicação de direito fundamental diverso.

²⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento n.º 2004.002.13229**. Décima Oitava Câmara Cível. Desembargador Carlos Eduardo Passos. Julgamento em 05 de outubro de 2004. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 595000373**. Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/03/1995, acesso através do endereço eletrônico: <www.tj.rs.gov.br>.

²⁷ A discussão apresenta outros pontos de grande relevância, principalmente dentro das questões de eutanásia, que não serão aqui discutidas em razão do objetivo e natureza deste estudo.

Para entender a razão pela qual os princípios podem se sobrepor de maneiras diferentes nas decisões judiciais, ainda que à primeira vista pareçam sobre temas muito semelhantes, é que se faz necessária a análise da colisão entre princípios explicada por Robert Alexy e outros doutrinadores, conforme adiante se verifica.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS

A colisão entre direitos fundamentais deve ser estudada a partir do tratamento jurídico da colisão entre princípios. Para tanto, estuda-se a diferença entre a colisão entre princípios e regras, bem como a derrotabilidade das normas.

3.1 O TRATAMENTO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E ENTRE REGRAS

Concluindo que os direitos fundamentais, mesmo que positivados, não são simples regras, os conflitos eventualmente existentes entre eles, quando da aplicação, serão tratados como conflitos entre princípios.

Assim, quando duas normas jurídicas preceituam direitos fundamentais, que em determinada situação definida, em virtude das possibilidades fáticas e jurídicas de seu cumprimento, sejam antagônicas, uma limita a possibilidade jurídica do cumprimento da outra²⁸.

Em sendo um conflito de regras que possuem significados contraditórios, uma delas será declarada inválida, pois que uma vale e a outra não vale. Por sua vez, quando se trata de princípios, apenas se

²⁸ Alexy define o conflito de regras a partir da ideia de que “Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible la vida y la integridad física del acusado. Estos mandatos valen relativamente con respecto a las posibilidades fáticas y jurídicas de su cumplimiento. [...] Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro”. (ALEXY, Robert, op. cit. [c], p. 91).

afasta a incidência no caso concreto através da ponderação, sem que ocorra a declaração de validade ou invalidade.

Isto porque, quando se trata de princípios em conflito, um não será aplicado no determinado caso concreto, criando, com isso, uma cláusula de exceção da sua aplicabilidade e não a declaração de invalidade. Não existe uma prevalência de um princípio sobre outro, mas sim que, em um caso específico, um princípio será aplicado em detrimento de outro e vice-versa, dependendo das circunstâncias.

Para a solução da colisão de princípios utiliza-se a ponderação. Nas palavras de Alexy:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações²⁹.

Assim, se por um lado, em caso de colisão de regras, uma delas será declarada inválida enquanto a outra será válida, por outro, no caso dos princípios, ambos serão sempre válidos, mesmo que um seja aplicado em detrimento de outro, que, no caso específico, excepcionalmente, ceda em relação àquele³⁰.

²⁹ Idem, op. cit. [a], p. 75.

³⁰ Essa é a conclusão de Alexy (Op. cit. [c], p. 89): “Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declara inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

3.2 A DERROTABILIDADE DAS NORMAS

Ao se tratar de direitos fundamentais, a aplicação no caso concreto traz a lume, também, a discussão acerca da ausência de previsibilidade das regras sobre todas as questões fáticas de sua aplicação, seja pela própria linguagem³¹, seja pela existência de normas abertas, que é o caso do direito fundamental da vida digna, que se trata de uma congruência entre a dignidade humana (positivado) e a liberdade de crença (também positivado).

As discussões que versam sobre a derrotabilidade ou não do raciocínio jurídico giram, indiscutivelmente, em torno das questões centrais da teoria do direito, tais como o modo de conceber os princípios e suas relações com as regras.

Não se pode olvidar que o raciocínio jurídico é não monotônico, ou seja, a conclusão não será a mesma em todos os casos, pois dependerá das premissas que sejam incluídas, podendo uma norma derrotar a conclusão lógica da outra.

Defende Bayón que a regra é aceita como mera regra de experiência. Isto é, somente a partir dela não seria possível derivar nenhuma solução concreta a respeito de nenhum caso particular, pois para chegar a estabelecê-la sempre seria necessária uma avaliação, sobre a relevância ou irrelevância das propriedades do caso concreto. Assim, existiria um direito indeterminado quando concernente a hipóteses de fato, o que acarreta a discricionariedade da decisão judicial³².

E, ao considerar, que a aplicação de um princípio será realizada no caso concreto, a grande dúvida apresentada é a escolha de qual princípio será aplicado e qual cederá em seu lugar. Para Rawls, a partir da visão contratualista da justiça como equidade, devem ser considerados dois pontos: “[...] (1) uma interpretação de uma situação

³¹ Sobre a linguagem ler Herbert L. A. Hart, **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

³² BAYÓN, Juan. Derrotabilidad. Indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYÓN, Juan y RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Introdução Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido y Hugo Omar Seleme. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 182-189.

inicial e do problema da escolha colocada naquele momento, e (2) um conjunto de princípios que, segundo se procura demonstrar, seriam aceitos consensualmente”³³.

A escolha da aplicação dos princípios deve primar pelo melhor resultado possível, sem favorecimentos ou desfavorecimentos pessoais, sendo consideradas todas as peculiaridades do caso através dos padrões de diligência, para assegurar “(1) de que serão tomadas precauções que evitarão um mal grave, embora (2) as precauções sejam tais, que o encargo das precauções adequadas não envolva um sacrifício demasiado grande de outros interesses respeitáveis”³⁴.

A aceitação do princípio a ser aplicado deve sopesar, também, as crenças e interesses das partes envolvidas³⁵, que é exatamente o que acontece nas situações do objeto deste estudo. Deverá ser considerado, então, por qual razão a pessoa não quer se submeter a determinado tipo de tratamento (transfusão de sangue), o que decorre da sua crença religiosa, que é consequência do princípio da autonomia que permite a cada cidadão a livre escolha de sua religião.

Ainda, para analisar a colisão de direitos fundamentais é importante salientar que pode se tratar de dois tipos de colisão: estrita ou ampla. A forma estrita, diz respeito ao conflito entre direitos fundamentais, sendo que a interpretação ampla diz respeito à colisão entre direitos fundamentais com quaisquer regras ou princípios³⁶.

Nas decisões judiciais que versam sobre transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, a colisão é considerada como interpretação ampla, visto que serão analisadas as decisões que tenham em conflito direitos fundamentais, considerados como princípios ou mandamentos de otimização.

São os direitos da autonomia privada (a escolha e liberdade de crença) e o direito fundamental da dignidade humana, do qual decorre a vida digna.

³³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 17.

³⁴ HART, Herbert, op. cit., p. 145.

³⁵ RAWLS, John, op. cit., p. 20.

³⁶ ALEXY, Robert. op. cit. [c], p. 68.

Na colisão entre princípios, prevalecerá aquele que, para o caso específico melhor satisfizer o objetivo final, que é a pessoa humana, na sua definição mais ampla possível, sem a restrição da conceituação de sujeito de direito individualista da modernidade, mas sim abrangendo tudo que lhe diz respeito, tal como a integridade física, a saúde, a formação da personalidade, as opções individuais, dentre outras.

Diante da necessidade da análise das especificidades de cada caso é que existem as diversas decisões sobre o tema, sem que a aplicação de um dos princípios em um caso em detrimento de outro venha a acarretar a invalidade daquele que foi afastado, por se tratarem os direitos fundamentais de mandamentos de otimização.

4 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais não são simples regras jurídicas, visto que a sua aplicação independe de previsão legal. Tanto é verdade que inclusive direitos decorrentes da interpretação entre eles e não positivados merecem proteção, como, por exemplo, o direito à vida digna.

Por serem considerados, por parte da doutrina, como princípios, quando contrários um ao outro, não se declara a invalidade de um, mas, sim, cria-se uma cláusula de exceção, através da qual, naquele caso concreto, um princípio não se aplicará, cedendo à aplicação de outro.

A verificação de qual princípio será aplicado está diretamente relacionada com o melhor resultado possível considerando todas as peculiaridades do caso concreto, visto eles mesmos serem definidos como “mandamentos de otimização”, conceituação essa adotada por Alexy.

Tais considerações decorrem das justificativas abordadas no decorrer do trabalho cuja importância se revela nas conclusões acerca da existência de decisões divergentes nos tão polêmicos casos de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

Nestes casos, estão em discussão os direitos fundamentais da autonomia privada e da dignidade humana e devem ser verificados

caso a caso, especialmente diante da vida digna, que, apesar de não positivado, trata-se de direito fundamental. Este direito diz respeito às escolhas que são adotadas por cada indivíduo de como viver a sua vida biológica com dignidade; por isso, entende-se que a vida digna decorre dos princípios da autonomia e dignidade humana.

Life with dignity: analysis of collision between fundamental rights in cases of blood transfusion through the defeasibility of laws.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the collision between the fundamental rights of human dignity and religious freedom in cases of blood transfusion in patients whose belief prevents the realization of such treatment. Analyzes the legal nature of the fundamental rights and how these rights should be considered, taking into account the existence of the fundamental right to a decent life and how it can be applied to the Brazilian legislation, as opposed to the right to biological life, from the doctrine of Robert Alexy.

Keywords: Principles. Fundamental Rights. Collision. Human dignity. Autonomy. Human dignity. Blood transfusion. Jehovah's Witnesses. Defeasibility.

Artigo recebido em 27/01/2013 e aceito para publicação em 23/03/2013.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer I: O poder soberano e a vida nua**. Trad. Henrique Burigo. 1. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Palestra proferida na Escola Superior de Magistratura Federal (ESMAFE), em 17 de dezembro de 1998. Trad. Luis Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 67-79. [a]

_____. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. Minas Gerais: **Ratio Juris**, vol. 16, n.º 02, 2003, p. 131-140. [b]

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdes. Revisión: Ruth Zimmerling. 3ª reimpressão. Centro de estudos políticos y constitucionales: Madrid: 2002. [c]

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Posfácio de Celso Lafer. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Homens em tempos sombrios**. 3. reimp. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BAYÓN, Juan. Derrotabilidad. Indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: _____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Introdução Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Seleme. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileira. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRIO, Genaro R. **Los Derechos Humanos y su protección**. Distintos tipos de problemas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

FRANKL, Viktor Emil. **Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração**. Trad. de Walter O. Schulpp e Carlos C. Aveline. 2. ed. São Leopoldo: Sinodal/Petrópolis: Vozes, 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento n.º 2004.002.13229**. Décima Oitava Câmara

A vida digna: análise da colisão entre direitos fundamentais nos casos de transfusão de sangue a partir da derrotabilidade das normas

Cível. Desembargador Carlos Eduardo Passos. Julgamento em 05 de outubro de 2004. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 595000373**. Sexta Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28/03/1995, acesso através do endereço eletrônico:<www.tj.rs.gov.br>

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Cláudio Baldino Maciel. Julgamento em 06 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.