

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS-UEA
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS-ESO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LISSANDRA APARECIDA PINHEIRO BEZERRA

LIBERDADE RELIGIOSA E AUTONOMIA DA VONTADE

MANAUS-AM

2018

LISSANDRA APARECIDA PINHEIRO BEZERRA

LIBERDADE RELIGIOSA E AUTONOMIA DA VONTADE

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, tendo como orientadora: a Professora. MSc. Luziane de Figueiredo Simão Leal.

MANAUS-AM

2018



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

Lissandra Aparecida Pinheiro Bezerra

LIBERDADE RELIGIOSA E AUTONOMIA DA VONTADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a): Prof.ª. Me. Luziane de Figueiredo Simão Leal

Membro 2: Prof. Me. Denison Melo de Aguiar

Membro 3: Bela. Daniele Souza de Abreu

Manaus, 13 de dezembro de 2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos
pelo (a) autor (a).

Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

B574lib Pinheiro Bezerra , Lissandra Aparecida
Liberdade religiosa e autonomia da vontade / Lissandra
Aparecida Pinheiro Bezerra . Manaus : [s.n], 2018.
69 f.: il.; 7 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.

Inclui bibliografia

Orientador: Luziane de Figueiredo Simão Leal

1. Autonomia da vontade. 2. Liberdade religiosa. 3.
Direito à vida. I. Luziane de Figueiredo Simão Leal

Elaborado por Jeane Macelino Galves - CRB-11/463

AGRADECIMENTOS

A Universidade do Estado do Amazonas, seu corpo docente, direção e administração que viabilizaram a minha formação, não só acadêmica, mas também humanística.

A minha orientadora Luziane de Figueiredo Simão Leal pelo suporte, pelas suas correções e incentivos, bem como ao professor Denison Aguiar e a advogada Daniele de Abreu por comporem a comissão avaliadora do trabalho em epígrafe.

Aos meus familiares, principalmente a minha avó, pois graças a ela e ao seu empenho, tornei-me a mulher que sou.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

*“É preciso que eu suporte duas ou três larvas, se quiser
conhecer as borboletas.”*

Exupéry, Saint.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu título II, os direitos e as garantias fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, dentre eles, o direito à liberdade religiosa e o direito à vida. É cediço que os direitos fundamentais, enquanto princípios que são, não se revestem de caráter absoluto, cabendo, portanto, em caso de conflito entre eles, o sopesamento de um sobre o outro, a fim de que se decida o que é mais adequado ao caso concreto, não se podendo afirmar que um possui supremacia em face do outro. Essa colisão de direitos é objeto de estudo dessa pesquisa acadêmica, especialmente no que tange a casos em que se constata colidência entre a autonomia da vontade, liberdade religiosa e direito à vida, temática que envolve recusa a submissão a tratamentos médicos-cirúrgicos por imperativo religioso; pesquisa com células-tronco embrionárias; clonagem; eutanásia, para citar alguns.

A metodologia empregada a fim de realizar a pesquisa em epígrafe, trata-se da bibliográfica, com enfoque histórico e jurídico, visando por meio de uma análise interdisciplinar analisar as diversas nuances que comportam a temática em objeto.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Direito à vida. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brings in its title II, the fundamental rights and guarantees, subdivided into five chapters, among them, the right to religious freedom and the right to life. It is imperative that fundamental rights, as principles that they are, are not absolute, and therefore, in the case of conflict between them, the balancing of one over the other, in order to decide what is most appropriate to the case, and it can not be said that one has supremacy over the other. This collision of rights is the object of study of this academic research, especially regarding cases in which there is a collision between the autonomy of the will, religious freedom and the right to life, thematic that involves refusal to submit to medical-surgical treatments by religious imperative ; research with embryonic stem cells; cloning; euthanasia, to name a few.

The methodology used in order to carry out the research in the epigraph, is the bibliographical one, with historical and juridical focus, aiming by means of an interdisciplinary analysis to analyze the different nuances that the thematic in object.

Keywords: Religious freedom. Right to life. Autonomy of the will.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À VIDA: ANÁLISE HISTÓRICA, LEGAL E DOUTRINÁRIA. 12	
1.1. A liberdade religiosa: um panorama histórico e constitucional.....	12
1.2. O direito à vida e suas nuances legais e axiológicas.	20
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COLISÃO DE DIREITOS.	33
2.1. Noção conceitual quanto aos direitos fundamentais.	33
2.2 As gerações de direitos fundamentais.	34
2.3 Características dos direitos fundamentais.	35
2.4. A colisão entre direitos fundamentais.	38
3. RELIGIÃO, MEDICINA E CIÊNCIA: OS AVANÇOS DA MEDICINA E OS LIMITES LEGAIS.	43
3.1. A Bioética e o Biodireito.....	43
3.2. Recusa a submissão a transfusão sanguínea por imperativo religioso.....	46
3.3 A Lei de Biossegurança e a utilização de células tronco-embrionárias.....	51
4. FORMAS DE ABREVIÇÃO DA VIDA E A RELIGIÃO.	55
4.1 Eutanásia.....	55
4.2 Suicídio assistido.	63
5. CLONAGEM.	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O direito à vida, bem como a liberdade religiosa constituem direitos fundamentais estatuídos na Constituição Federal de 1988.

A vida humana constitui um bem jurídico de fundamental importância, pois estar vivo é um pressuposto elementar para se usufruir dos demais direitos e liberdades presentes na Constituição Federal. O mencionado direito costuma ser apresentado doutrinariamente em duas perspectivas: (i) o direito de continuar vivo, ou seja, de não ser morto; e (ii) o direito a ter uma vida digna.

No que concerne ao direito a liberdade religiosa, cabe esclarecer que há duas nuances em relação a tal liberdade: liberdade negativa (pressupõe a ausência de interferência estatal) e a liberdade positiva (que se esteia na aceção da autodeterminação do indivíduo, privilegiando um espaço de não coerção, no qual a pessoa pode fazer aquilo que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 assegura ao indivíduo o direito à liberdade de consciência, crença e culto. Compete mencionar que foi somente com a instituição da forma republicana no Brasil que se consagrou uma separação efetiva entre o Estado e a Igreja, tornando o Estado laico.

Durante a vigência da Constituição Imperial de 1824, o Estado era claramente confessional, vale dizer, possuidor de religião oficial, qual seja: a Católica Apostólica Romana. A religião católica era a única que podia ser cultuada publicamente, pois as demais somente podiam ser objeto de cultos em âmbito doméstico. De tal modo, havia mera tolerância com a existência de outras religiões, o que não se confunde com liberdade religiosa, já que o tratamento igualitário efetivamente não existia.

Hodiernamente, na seara constitucional, a autonomia quanto à liberdade religiosa possui grande amplitude, pois exime o indivíduo de quaisquer interferências de ordem moral, filosófica, religiosa, política ou sociológica, permitindo que cada qual possua juízos, ideias e opiniões de acordo com suas escolhas particulares, desde que tais escolhas não ofendam outros direitos presentes no ordenamento jurídico.

Sendo assim, o art. 5º, inciso VIII, CF, estabelece o instituto da escusa de consciência, permitindo que um indivíduo não cumpra determinada obrigação legal (ou que não pratique certo ato) não condizente com suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, sem que com isso incida sobre ele qualquer represália quanto às suas garantias

constitucionais, desde que, ao se recusar a satisfazer a obrigação legal, o sujeito cumpra a prestação alternativa prescrita em lei, sob pena de suspensão de seus direitos políticos.

Assim, emergem questionamentos de inúmeras ordens, desde a tradicional recusa a submissão a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, na qual se alega imperativo religioso, ainda que aquela recusa implique óbito ou sequelas graves, quanto outros questionamentos que envolvem a religião e a autonomia da vontade do indivíduo estão na ordem central das discussões, como a clonagem, a bioética, a eutanásia, o suicídio assistido. Fomentando, assim, questionamentos quanto a efetiva laicidade preconizada pela Constituição Federal, bem como quanto aos limites estatais de utilização de poder coercitivo em face da autonomia que os indivíduos possuem, tendo como fulcro o artigo 5º, inciso II, CF.

Os limites da intervenção estatal em um Estado Democrático de Direito deve ser o suficiente a fim de evitar o cometimento de atos ilícitos e propiciar o bem-estar social, visando o bem comum, evitando o estado natural de selvageria a que estaríamos submetidos em não havendo um aparelhamento estatal a fim de regular e estabelecer limites as condutas humanas.

O Estado por certo possui como uma de suas funções a regulação de condutas, no entanto, questiona-se até que ponto compete ao Estado adentrar na seara privada de um indivíduo a fim de regular situações que dizem respeito a vida privada do referido, ao seu corpo, as suas convicções pessoais, morais, religiosas e éticas.

De tal modo, há questões tortuosas que envolvem princípios bioéticos, Biodireito, colisão de direitos fundamentais, tais como o embate entre o direito à vida e a liberdade religiosa, no caso da recusa de transfusão sanguínea por parte dos aderentes a Testemunha de Jeóva. Ademais, questões como a eutanásia, a clonagem, o aborto que sempre originam inúmeros questionamentos de ordem biológica, moral e científica.

Tem-se a autonomia da vontade e a liberdade de crença em contraponto ao direito à vida, dois direitos fundamentais em aparente conflito, propiciando celeuma doutrinária e jurisprudencial atinente à questão, sendo relevante tecer considerações e analisar as nuances que norteiam tal temática.

1.LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À VIDA: ANÁLISE HISTÓRICA, LEGAL E DOUTRINÁRIA

1.1. A liberdade religiosa: um panorama histórico e constitucional.

A liberdade religiosa é tradicionalmente classificada como um direito fundamental de primeira geração, já que os direitos pertencentes a mencionada geração são classificados assim por constituírem direitos de defesa em face do Estado, exigindo um não fazer por parte dele. Sendo assim, a liberdade religiosa não vincula somente o Estado, mas também os particulares, existindo um verdadeiro dever geral de abstenção, que se revela no respeito a opção religiosa de um indivíduo, desde que não ofenda outros direitos e garantias fundamentais, pois não há direito absoluto.

Importa fazer um panorama histórico e legal quanto a liberdade religiosa no Brasil. No Império (1822-1899) era praticamente inexistente, a exemplo, o artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1824, cujo teor dispunha que a religião apostólica romana era a oficial do Estado e devia ser nacionalmente protegida, cabendo ao imperador, seu herdeiro presuntivo e ao Conselho de Estado jurar mantê-la. Observa-se que, nos termos da Lei 15 de outubro de 1827¹, seriam punidos aqueles que não cumprissem o mencionado juramento e tentassem de alguma forma abolir a religião oficial estatuída.

No que concerne aos cultos das demais religiões, desde que não houvesse violação aos valores preconizados no artigo 5º da CF/1824, bem como a moral pública e a religião oficial fossem observadas, poderiam ser realizados, no âmbito doméstico ou particular em casas para isso destinadas, sem forma exterior de templo², já que a liberdade de culto de forma exterior, restringia-se a religião católica.

O protecionismo religioso era latente, a ponto de refletir na ocupação de cargos públicos, já que os deputados e conselheiros deviam pertencer a religião católica a fim de serem nomeados, nos termos do Art. 95, III, da CF/1824³.

¹ Artigo 1º, § 2º- Os ministros e secretários de estado são responsáveis por traição; maquinando a destruição da religião católica apostólica romana.

² Artigo 5º, CF/1824-A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permittidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

³ Artigo 95º, III, CF/1824-Todos os que podem ser Eleitores, são habeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se:

I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórma dos Arts. 92 e 94.

Em 1891, com o advento da primeira Constituição republicana, houve a separação entre Estado e igreja, passando o Brasil a ser um país laico, isto é, tendo como princípio a imparcialidade em assuntos religiosos, não apoiando ou discriminando nenhuma religião, preconizando e fomentando, assim, a liberdade religiosa. De tal modo, a religião passou a não ter influência nos assuntos inerentes ao Estado.

Além do que, as demais religiões passaram a ter liberdade de culto, não mais se restringindo ao âmbito interno de suas residências. O artigo 72, § 3º, da constituição em objeto afirmava que todos os indivíduos e confissões religiosas podiam exercer livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições comuns. Diversamente da constituição anterior, o seu preâmbulo não fazia menção a Deus.

Ademais, importa mencionar que a referida Constituição não distinguia e não fazia menção a liberdade de consciência, somente se restringia a liberdade de culto, que compreendia a liberdade de orar e de praticar os atos inerentes a religião pertencente, seja em âmbito doméstico ou externo. Além do que, em seus dispositivos não fazia alusão a liberdade de crença, que constitui na prerrogativa de se ter uma crença ou não.

Importante inovação legislativa, consiste na introdução da escusa de consciência na primeira constituição republicana no artigo 72, §28, o supracitado dispunha que por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderia ser privado de seus direitos civis e políticos, no entanto, não poderiam se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico alegando, para tanto, impeditivo religioso. O artigo 72, § 29, CF/1891, impunha que aqueles que alegassem motivo de crença religiosa com o fito de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República os sujeitassem, bem como que aceitassem condecoração ou título nobiliárquicos estrangeiros, teriam como consequência punitiva a perda de seus direitos políticos.

Também compete mencionar, que com a promulgação da nova constituição, passou-se a reconhecer o casamento civil, diferentemente da constituição imperial que priorizava o casamento religioso em virtude da não laicidade presente no Estado, não

II. Os Estrangeiros naturalizados.

III. Os que não professarem a Religião do Estado.

havendo mais a obrigatoriedade de que o casamento civil precedesse sempre as cerimônias religiosas, passando a ser facultativo o casamento religioso.

Ademais, no que diz respeito aos estabelecimentos de ensino, o artigo 72, §6º, instituía que o ensino a ser ministrado nos estabelecimentos públicos de ensino seria leigo, permanecendo silente quanto aos estabelecimentos privados, deixando ao alvedrio das referidas escolas a opção de atuarem como quisessem em relação a questão religiosa.

Importa citar ainda que a Constituição de 1934 apresentou duas inovações relevantes, quais sejam: a) ao prever a assistência religiosa em expedições militares, todavia os sacerdotes somente poderiam prestar tal assistência se fossem brasileiros natos. Ademais, b) previu a educação religiosa facultativa, a ser ministrada nas escolas. Referido dispositivo constitucional também previu em seu artigo 163 que o serviço militar dos eclesiásticos será prestado sob a forma de assistência espiritual e hospitalar às forças armadas, pois os ministros religiosos não poderiam eximir-se do serviço militar, sob pena de perda de todos os seus direitos políticos.

O artigo 176 da CF/34 estabelecia que seria mantida a representação diplomática junto à Santa Sé. O que de certa forma representava uma contradição considerando que a Constituição de 1981 estabeleceu uma completa separação entre o Estado e a igreja.

Ademais, o artigo 153 da Constituição de 1934 estabelecia que o ensino religioso seria de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis, constituindo disciplina nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

A Constituição de 1937 não introduziu mudanças consideráveis no que tece a religião, repetindo, em sua maioria, dispositivos presentes na constituição anterior, já que se tratava de uma constituição que fora outorgada, sendo uma justificação do arbítrio do poder que fora implementado. No entanto, contrariamente a anterior, não dispôs quanto ao casamento civil ou religioso, deixando para a legislação ordinária regular tal matéria.

Por meio da Constituição de 1946, introduziu-se a imunidade tributária para os templos de qualquer religião, exigindo-se, para tanto, que as rendas de tais entidades tivessem integral aplicação no país, para os seus respectivos fins.

Assim como nas constituições anteriores, a Constituição de 1967 veda que os Municípios, o Distrito Federal, os Estados e a União estabeleçam, subvencionem ou

embaracem o exercício de cultos religiosos. Entretanto, a mencionada permite a colaboração entre o Estado e as organizações religiosas para fins de interesse público, visando o bem comum.

Com o emergir da Constituição de 1988, implementou-se a liberdade de religião em três nuances: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa⁴.

O inciso VI, do artigo 5º, da constituição Federal assevera que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurada o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. Tal previsão está dentro do Capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A Constituição ampliou essa liberdade e até prevê-lhe uma garantia específica. Diz, no Art.5º, VI, que é assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Diferentemente das constituições anteriores não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes. Esses conceitos que importavam em regra de contenção, de limitação dos cultos já não mais o são. É que, de fato, parece impensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Demais, tais conceitos são vagos, indefinidos, e mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais. (SILVA, José Afonso da, 2015, p. 252).

No retrocitado dispositivo constitucional, não se constou expressamente a limitação à tal liberdade (desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes), como presente em outras Constituições pretéritas. Apesar de não constar limitação, a referida permanece de forma implícita, como decorrência axiológica do sistema em que se encontra inserida, ou seja, não significa que a Constituição esteja a proteger cultos que agredam valores fundamentais, como exemplo, pode-se citar a proibição e criminalização da prática de curandeirismo, inclusive existe decisão no Supremo Tribunal Federal, por meio do RHC 62240 (RTJ, 114/1038, Rel. Min. Francisco Rezek) no sentido de que o curandeirismo não se inclui dentro da liberdade religiosa. Deve-se frisar que para a configuração do delito de curandeirismo prescinde de obtenção de qualquer vantagem patrimonial⁵.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros editores, 2014, página 250.

⁵ -HABEAS CORPUS. CURANDEIRISMO. CONDENAÇÃO CRIMINAL FUNDADA EM FATOS INCONFUNDÍVEIS COM O MERO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA. PROCESSO PENAL QUE NÃO SE PODE INVALIDAR EM HABEAS CORPUS. RECURSO DESPROVIDO.

Compete frisar que a liberdade de crença compreende também a liberdade de não aderir a religião alguma. Sendo assim, observa-se que para existir plena liberdade religiosa, não basta que as pessoas tenham total liberdade de escolher participar de uma religião, mas também que se conceda, a liberdade de, se assim desejarem, não aderirem a qualquer religião, já que o direito de liberdade é um reflexo da autonomia da vontade de cada indivíduo, manifestando-se na possibilidade de querer ou não alguma coisa, dentro dos ditames legais.

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros. (SILVA, José Afonso da, 2015, p. 251).

A assistência religiosa é prevista no artigo 5º, no Capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no inciso VII, que é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. A Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/1984) assegura a assistência religiosa como direito do preso e dever do Estado, determinando, ainda, que os presídios possuam locais destinados ao culto e que seja assegurado aos presidiários o porte de livros religiosos, se assim desejarem. O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, estatui que constitui dever das entidades que desenvolvem programa de internação a assistência religiosa aos menores infratores, constituindo um direito do adolescente.

Na seara federal, a Lei nº 9.982/2000 visa regulamentar o direito à prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, assim como nos estabelecimentos prisionais civis e militares. O teor da lei é expresso ao preceituar que a assistência religiosa deve ser prestada de comum acordo com os internados ou com os familiares dos doentes que não estejam em pleno gozo de sua capacidade de exercício, devendo os ministros das confissões religiosas acatarem as normas internas de cada unidade hospitalar ou prisional, a fim de não colocar em risco o paciente ou a segurança da própria unidade.

Além do que o artigo 5º da Carta de 88, no inciso VIII, prevê a escusa de consciência, que preceitua que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O artigo 143 do mesmo dispositivo legal, preconiza que o serviço militar é obrigatório e em seu § 1º, que compete às Forças Armadas atribuir serviço alternativo aos que alegarem imperativo de consciência, seja ela decorrente de crença religiosa, convicção filosófica ou política, em tempo de paz e após alistados, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Também, nos termos do Código de Processo Penal, artigo 438, pode-se manifestar recusa a prestação da função de jurado fundada em convicção religiosa, devendo prestar serviço alternativo.

Acrescente-se que nos termos do preâmbulo da Constituição Cidadã, a mencionada foi promulgada sob a proteção de Deus. O Supremo Tribunal Federal (STF) já entendeu que o preâmbulo não possui força normativa obrigatória, sendo assim, não se trata de norma de reprodução obrigatória para os demais estados-membros⁶.

⁶ 1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão o qual manteve a sentença e entendeu que, sendo a segurada portadora de doença anterior à contratação do seguro, resta afastada a obrigação de indenizar por parte da seguradora. No RE, sustenta-se ofensa ao preâmbulo e ao artigo 5º, II, da Constituição Federal. 2. O recurso não merece prosperar. Preliminarmente, verifico que os dispositivos constitucionais dados como violados não se encontram prequestionados, porque não abordados pelo acórdão recorrido, nem foram opostos os embargos de declaração para satisfazer o requisito do prequestionamento. Incidem, na espécie, portanto, as Súmulas STF 282 e 356. Ademais, para o exame das violações alegadas, seriam necessários o reexame de fatos e provas, cláusulas contratuais (Súmulas STF 279 e 454) e a análise de legislação infraconstitucional, hipóteses inviáveis em sede extraordinária. É o que se percebe na leitura da do acórdão recorrido (fls. 46): “Para que a indenização securitária seja devida, é necessária a comprovação de que o segurado preenche os requisitos do contrato. A suplicante, quando contratou a apólice nº 009300009634, com vigência a partir de 29/12/1998 e a apólice referente á proposta nº 177.301-1, datada de 31/05/2000, já era portadora da doença. Sendo a segurada portadora de doença anterior à contratação do seguro, resta afastada a obrigação de indenizar por parte da seguradora. Seja por não estar a embargada, ora apelante total e permanentemente incapacitada, seja pó se tratar de doença pré-existente, é legítima a recusa de cobertura securitária apresentada pela embargante, tendo sido corretamente julgados procedentes os embargos, e extinta a execução. Desprovemento do recurso”. 3. Além disso, esta Corte possui o entendimento de que o preâmbulo da Constituição Federal não possui força normativa. Nesse sentido a ADI 2076/AC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 08.8.2003, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. 4. Finalmente, quanto às alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal – legalidade, prestação jurisdicional, direito adquirido, ato jurídico perfeito, limites da coisa julgada, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural – a

Ademais, no que tece a imunidade tributária incidente nos templos religiosos, o Supremo Tribunal Federal (STF) compreende que constitui uma cláusula pétreia, mencionado entendimento foi exarado quando a corte em objeto julgou a constitucionalidade do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), tendo considerado a imunidade tributária dos templos de qualquer culto insuscetível de restrição pelo Poder Constituinte Derivado Reformador⁷.

Cumpra esclarecer, que o instituto da laicidade não se confunde com o instituto do laicismo. Este rejeita toda a influência ou presença religiosa nos indivíduos e nas instituições, públicas ou privadas; enquanto que a laicidade admite influência religiosa, contudo, não se limitando apenas a uma religião, mas sim as demais confissões,

jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Nesse sentido: AI 372.358-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 26.06.2002; RE 461.286-AgR/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJ 15.9.2006; AI 682.065-AgR/RS, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJe 04.04.2008; e AI 662.319-AgR/RR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 06.03.2009. 5. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 557, caput, do CPC). Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2011. Ministra Ellen Gracie Relatora (STF - AI: 808832 RJ, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 01/08/2011, Data de Publicação: DJe-154 DIVULG 10/08/2011 PUBLIC 12/08/2011).

⁷ EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periodicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.(ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755).

impossibilitando que o Estado aceite como própria uma só confissão, respeitando as demais, sem preterimentos ou preferências.

No que tece às pessoas jurídicas, somente serão titulares do direito à liberdade religiosa as organizações religiosas e suas associações, devendo as demais pessoas jurídicas, como as empresas e as pessoas jurídicas de direito público apresentarem uma postura neutra quanto ao teor religioso, não podendo interferir nas preferências de seus subordinados. Questão que sempre é levantada sobre a laicidade adotada pelo Estado brasileiro na Constituição Federal, por exemplo, é a utilização de crucifixos e imagens religiosas em repartições públicas, tais como os tribunais de justiça. Tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do voto do relator Oscar Argollo, analisado tal questão, não tendo visto impropriedade na ostentação de crucifixo em sala de sessão de Tribunal de Justiça, compreendo juntamente com a maioria do CNJ que a presença de um símbolo religioso em uma dependência de qualquer órgão público, não viola, não agride ou sequer tolhe os direitos de ação de outros membros.

Compete mencionar que a legislação penal também confere proteção à liberdade religiosa e ao seu exercício, a exemplo, a tipificação da prática de ultraje a culto e impedimento ou perturbação a ato inerente a ele, artigo 208 do Código Penal, sendo a pena cominada de detenção, podendo variar de um mês a um ano ou multa. Na legislação penal especial também há dispositivos em tal sentido, a lei nº 4.898/65 estabelece em seu artigo 3º que configura abuso de autoridade qualquer ato atentado ao livre exercício de culto religioso.

Ademais, a lei nº 11.343/2006 preceitua a proibição da plantação, cultivo e comercialização de plantas que possam ser utilizadas com fins psicotrópicos, constituindo exceção as plantas empregadas para fins de rituais religiosos. O Decreto nº 79.388/1977, que promulgou a Convenção de Viena sobre substâncias psicotrópicas no Brasil, dispõe que somente podem ser excluídas da proibição, plantas silvestres que cresçam naturalmente no território e sejam naturalmente empregadas por pequenos grupos em rituais religiosos.

No que diz respeito a dispositivos internacionais com vigência no território brasileiro, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que em seu artigo 2º afirma que não haverá distinção entre as pessoas em face de suas escolhas religiosas; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a referida

estabelece a proibição de distinção por motivos religiosos e prevê a liberdade de manifestação pública de opiniões religiosos (artigos 2º e 3º, respectivamente); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), tal tratado reconhece a possibilidade de a lei restringir o exercício do direito fundamental a liberdade, em casos de imperativos de ordem, segurança, saúde ou moral públicas, bem como para proteção dos direitos das demais pessoas; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) previu de forma expressa o direito de divulgação da religião; Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou convicção (1981), a mencionada Declaração contempla em seu artigo 5º a prioridade da família na opção e formação religiosa da criança, sendo os limites dessa intervenção delineados pela própria saúde física e psíquica do menor; Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) considera como umas das modalidades de genocídio a realização de atos tendentes a destruir grupos religiosos.

1.2. O direito à vida e suas nuances legais e axiológicas.

No que concerne ao direito à vida, a CF/88 estabelece em seu art. 5º, caput, a inviolabilidade de tal direito, podendo ser considerado como o mais fundamental dentre os direitos fundamentais, isso porque sem ele não há como usufruir dos outros direitos.

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (Art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, José Afonso da, 2015, p.199).

O direito fundamental à vida compreende o direito de todo ser humano de não ser privado de sua existência, assim como de dispor dos meios necessários para sua subsistência e de um padrão de vida digno. O direito à vida comporta duas dimensões: uma vertical e outra horizontal⁸. A dimensão vertical envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte). Algumas

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.458.

definições sobre o direito à vida refletem esta dimensão, pois este direito consistiria no direito a não interrupção dos processos vitais do titular mediante intervenção de terceiros e, principalmente, das autoridades estatal. A dimensão horizontal, por sua vez, engloba a qualidade da vida fruída. Esta dimensão horizontal resulta na proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo ao meio ambiente equilibrado, para assegurar o direito à vida digna.

A vida humana constitui um bem jurídico de fundamental importância, pois estar vivo é um pressuposto elementar para se usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na Constituição Federal. O mencionado direito costuma ser apresentado doutrinariamente em duas perspectivas: (i) o direito de continuar vivo, ou seja, de não ser morto; e (ii) o direito a ter uma vida digna⁹.

Direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria. (SILVA, José Afonso da, 2015, p.200).

A Constituição Federal de 1988, não dispõe quanto ao início da vida, ao instante em que ela começa. No entanto, o Código Civil dispõe no artigo 2º que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. O fato é que não há um consenso científico quanto ao termo inicial da vida, por assim dizer. Para alguns estudiosos, a concepção, que consiste na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da qual resulta um ovo ou zigoto, marca tal início. O Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 678/ 1992, adota esse posicionamento, em seu art. 4º, 1, dispõe que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Por sua vez, outros defendem que a nidacão (fixação do zigoto no útero materno) é o marco temporal mais adequado, já que o embrião somente se desenvolve dentro do útero.

⁹ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Salvador: Editora Juspodivm. p.458.

No entanto, para outra corrente, a vida humana só tem início a partir da formação do sistema nervoso central (capacidade neurológica de sentir prazer e dor), o que ocorre por volta do 14º dia após a concepção. Mas, há quem entenda que o lapso temporal efetivo, somente se daria a partir do momento em que o feto passa a ter capacidade de existir fora do ventre materno, ou seja, entre a 24ª e a 26ª semana de gestação. Referido entendimento provém da Lei de Biossegurança (lei nº 11.105/2005) e o reconhecimento de sua constitucionalidade, nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510¹⁰.

¹⁰ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em

contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente signficante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidadação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de

O STF ressaltou que o princípio da dignidade da pessoa humana autoriza o legislador a transbordar a proteção constitucional à vida, para proteger momentos da vida humana anteriores ao nascimento, tal como preveem alguns dispositivos do Código Civil (direitos do nascituro), da Lei 9.434/97 (vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo) e do Código Penal (criminalização do aborto).

Indubitavelmente a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais direitos fundamentais, de maneira não absoluta, pois o próprio Supremo Tribunal Federal reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5º, XLVII, admite a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX. Na legislação brasileira não se admite a pena de morte como prática sancionatória, exceção em caso de guerra declarada, artigo 5º, inciso XLVII. Ainda assim, somente poderá ser aplicada, após condenação definitiva e

Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

(STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134)

comunicação ao Presidente da República (CPM, art. 57), pela prática dos mais graves crimes militares previstos no Código Penal Militar, incluindo os delitos de traição, favor ao inimigo e tentativa contra a soberania do Brasil. Já a execução da pena de morte se faz por fuzilamento (art. 56 do CPM). Caso a pena seja imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e a disciplina militares, artigo 57 do Código Penal Militar.

Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do Art. 84, XIX (Art. 5º, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial (SILVA, José Afonso da, 2015, p. 203-204).

Parte da doutrina identifica, ainda, as seguintes penalidades equiparáveis à pena de morte: medida de destruição de aeronave classificada como hostil, nos termos do §2º incluído pela Lei 9.611/98 ao artigo 303 da Lei 7.565/86.

Também como exceção ao direito à vida, há previsão de aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade no Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos direitos do feto. Sendo assim, a proteção ao direito à vida comporta diferentes gradações, consoante o estabelecido na ADI 3510/DF.

Aborto é outro tema controverso, que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento (SILVA, José Afonso da, 2015, p. 205).

Em face da omissão do texto constitucional e das divergências de ordem religiosa, científica e filosófica, coube ao legislador ordinário fornecer um direcionamento por meio da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e ao STF reafirmar essa orientação legislativa - já que a Corte declarou a constitucionalidade dos preceitos da Lei de Biossegurança que permitem, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento. O artigo 5º da retrocitada lei prevê a autorização para pesquisa com células-tronco embrionárias fruto de reprodução assistida,

desde que congelados por no mínimo três anos e obtida a autorização dos donos do material genético. Além do que, compreendeu o STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.510 que o Estado deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, conforme reza o Art. 218, caput, CF, sendo autorizado a edição de normas para tanto, nos termos do § 1º do artigo retrocitado, desde que assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana. Por óbvio que é vedada toda espécie de comercialização do material coletado, sob pena de incidência no tipo penal de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, previsto no Art. 15, caput, da Lei 9.434/1997. Além do que, os embriões a que a lei se refere são aqueles derivados de fertilização que se obtém sem o acasalamento humano, isto é, não provenientes de uma relação sexual.

Além do que o STF por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/2012, pacificou o entendimento de que o aborto de feto anencefálico não constitui uma conduta típica, constituindo opção da gestante prosseguir com a gestação ou não. Também a lei permite que não seja punido o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário), bem como é lícito o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que haja consentimento da gestante ou, se incapaz, do seu representante legal (aborto sentimental).

Ainda que exista uma omissão quando ao lapso temporal em que a vida merece proteção, a constituição a protege, seja a intrauterina ou extrauterina. Tal axioma decorre de todo o arcabouço jurídico que criminaliza o aborto, salvo taxativas exceções; veda a pena de morte em tempo de paz; penaliza o homicídio, assim como a instigação, o auxílio e a participação em suicídio.

No entanto, cumpre esclarecer que aspectos correlacionados a uma dada religião podem ocasionar conflitos com as determinações vigentes no ordenamento jurídico. Faz-se necessário estabelecer os limites de tal intervenção estatal, até que ponto o poder de império estatal deve intervir na seara privada do indivíduo e em sua autonomia da vontade, visto que o Estado é laico. Sendo assim, argumentos puramente religiosos não justificam ou fundamentam decisões públicas, que devem ser imparciais do ponto de vista religioso para serem legítimas.

Importa mencionar que o princípio da autonomia da vontade também é protegido pela ordem constitucional. É pressuposto necessário de vários direitos e garantias

fundamentais estabelecidos na Constituição da República, o que denota o seu carácter de fundamentalidade dentro da Constituição, não podendo o Estado, valendo do seu poder extroverso e coercitivo, exorbitar de suas prerrogativas legais e interferir na seara privada do indivíduo ao seu alvedrio.

Nesse contexto, emerge o questionamento quanto aos limites da interferência estatal a fim de tutelar aspectos privados da vida dos indivíduos, como o direito a mulher interromper a gestação, se assim desejar, já que possui direito quanto ao seu próprio corpo; direito ao paciente enfermo com risco de morte iminente, acelerar o processo de abreviação de sua vida e dor; a recusa a submissão a tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas por imperativo religioso. A doutrina e a jurisprudência pátria vêm enfrentando constantemente o surgimento de tais problemas. Sendo assim, faz-se necessário analisar e proceder a um sopesamento no que tece a liberdade religiosa e o princípio da autonomia da vontade.

Evidencia-se a colisão entre normas constitucionais protetoras de bens jurídicos diversos. Importa salientar que as colisões podem envolver tipos de normas constitucionais diferentes: há colisões entre princípios, entre regras, e entre princípio e regra, apresentando, cada uma dessas hipóteses, singularidades próprias. No que tece aos direitos fundamentais, não há que se falar em hierarquia ou supremacia de um em face do outro.

De tal modo, a questão depende fundamentalmente do caso específico, não sendo possível preconizar soluções apriorísticas. Quanto ao caso de recusa a submissão a tratamentos médicos ou intervenções cirúrgicas por imperativo religioso, parcela da doutrina compreende que se o paciente for maior, capaz na acepção jurídica e se o seu estado de saúde não representa risco de óbito, poderia assim, em virtude de convicção religiosa, recusar-se a submeter a procedimento médico cirúrgico.

À luz da técnica de ponderação de interesses, é possível, então, apresentar importantes elementos conclusivos: se o paciente é maior e capaz e está em situação de absoluta normalidade (programando, por exemplo, um procedimento cirúrgico que deve ser realizado dentro de certo prazo, oportunidade em que ele não quer receber sangue), parece-nos que deve prevalecer a sua liberdade de crença. De nada adiantaria transfundir sangue e tornar a sua vida indigna, retirando dele a beleza de viver em paz consigo, com o mundo e com as suas convicções. (ROSEVALD, 2015, 190)

Por sua vez, quando o indivíduo é incapaz ou quando apresentem um quadro clínico emergencial, a recusa do paciente suscita a inexistência de respaldo jurídico em

face do direito à vida, inerente a pessoa, devendo, portanto, ser efetivado pelo Estado através da realização do procedimento cirúrgico ainda que não autorizado, sendo este o entendimento majoritariamente aceito.

Ademais, especificamente no caso da transfusão de sangue, cabe ressaltar que Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina e o Código de Ética Médica, autorizam os médicos a procederem a transfusão de sangue em seus pacientes, mesmo havendo recusa nesse sentido, caso haja iminente risco de óbito. No campo jurisprudencial, o entendimento majoritário é em favor do procedimento transfusional forçado em face da intangibilidade do direito à vida. A doutrina segue majoritariamente tal linha de raciocínio.

No segundo exemplo surge um hard case, um caso de difícil solução, tipicamente brasileiro. No mesmo exemplo antes exposto, se o paciente sob risco de morte, por convicções religiosas, negar-se à intervenção cirúrgica, mesmo assim deve o médico efetuar a operação? Com todo o respeito em relação ao posicionamento em contrário, entendemos que, em casos de emergência, deverá ocorrer a intervenção cirúrgica, eis que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade, particularmente quanto àquele relacionado com a opção religiosa. (TARTUCE, 2015, 102)

Entretanto, há corrente doutrinária que defende a prevalência do princípio da autonomia da vontade do paciente.

Intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma ‘crença’, apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. (...). A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (SCHEREIBER e TEPEDINO, 2014, 114)

Nesse sentido, o Enunciado nº 403 da V Jornada de Direito Civil, acompanha o entendimento de Schreiber, mas elenca critérios fundamentais para o esclarecimento da questão.

O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5.º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.(BRASIL, 2015).

Esclarece-se, ainda, que há princípios bioéticos a que se deve observância, tais como: o princípio da autonomia da vontade, podendo o indivíduo decidir quanto ao procedimento médico a que se sujeita, tendo como fundamento suas convicções e valores.

Sendo assim, tem-se como direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, este último proveniente da laicidade presente no Estado brasileiro, tais direitos, sob a perspectiva objetiva, devem ser preservados e vistos como valores pelo Estado. De tal modo, emerge o questionamento quanto ao direito do indivíduo em manifestar recusa a procedimento médico que represente contrariedade aos seus preceitos religiosos, já que seria dever constitucional do Estado a proteção do direito à vida.

Ao regular a retirada *post morrem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento, o art. 3º da Lei 9.434/97 delimitou que o termo inicial da morte se verifica com o diagnóstico médico da morte encefálica da pessoa, ou seja, com a paralisação irreversível da atividade encefálica. Porém, a determinação de quando e como é que se deva considerar ocorrida a morte encefálica não é tratada pela ciência jurídica, apenas pela ciência médica. O legislador fez somente remissão aos critérios clínicos e tecnológicos de diagnóstico da morte encefálica, a serem estabelecidos por meio de resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM). Ademais, o artigo 199 da Constituição, §4º, preceitua que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

No que concerne a meios de abreviação da vida, tem-se os seguintes: eutanásia que consiste na morte induzida ou antecipada, intencionalmente, com o objetivo de estancar sofrimento extremo do paciente que não apresenta chances de recuperação, a exemplo, o emprego de um medicamento letal a fim de induzir a morte de um paciente terminal. Por sua vez, a ortotanásia (para alguns, eutanásia passiva) é a morte decorrente da simples interrupção dos tratamentos de saúde que mantinham viva a pessoa, mas sem chances de recuperação, tal como o desligamento dos aparelhos de respiração artificial de doente com falência dos órgãos cardiorrespiratórios.

Dá-se o caso, ainda, que a eutanásia geralmente tem aplicação sem o consentimento do doente, que nem sempre está em condições de outorga-lo validamente. Há muita discussão em torno do tema, que sempre se aguça, emocionalmente, quando algum caso de doloroso padecimento atrai a compaixão pública. No entanto, as palavras de Remo Pannain sobre a razão de punibilidade da eutanásia são de ponderar devidamente, quando ele diz que,

além dos motivos religiosos, opõem-se à impunidade da eutanásia: (a) motivos científicos e de conveniência, tais como a possibilidade de um erro de diagnóstico, da descoberta de um remédio, bem como a eventualidade de pretexto e de abusos; (b) motivos morais (e mesmo jurídicos), pois que, dado o valor atribuído à vida humana pela consciência comum e pelo ordenamento jurídico, não se pode privar a criatura humana nem de um só átimo de existência; (c) de resto, a prevalência do motivo de piedade sobre a natural aversão à supressão de um semelhante revela, em quem pratica a eutanásia, uma personalidade sanguinária ou, pelo menos, propensa ao delito. A eutanásia não mereceu maior atenção na Constituinte (SILVA, José Afonso da, 2015, p. 204-205).

No Brasil, não há dúvidas em que os procedimentos voltados à eutanásia (ativa) estão proibidos, já que enquadrados no tipo penal do homicídio doloso, ainda que sob a modalidade privilegiada (art. 121, § 1º, do CP). Mas é controversa a situação penal da ortotanásia. Para muitos doutrinadores penalistas, a ortotanásia constitui homicídio privilegiado praticado por conduta omissiva (homicídio comissivo por omissão), pois o médico que assiste o doente teria a responsabilidade de empregar todos os meios disponíveis a fim de evitar o resultado morte (art. 121, § 1º, c/c art. 13, § 2º, do CP).

Nesse sentido, por meio da Resolução nº. 1.805/2006 e do Código de Ética Médica aprovado em 2009, o Conselho Federal de Medicina evidenciou que essa obrigação médica não existe e passou a permitir ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, para tanto deve ser respeitada a vontade explícita do paciente ou de seu representante legal, bem como garantidos os cuidados necessários para aliviar o sofrimento do doente.

Quanto ao suicídio assistido, o Código Penal considera crime induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, desde que o suicídio se consuma ou da tentativa resultar lesão corporal (CP, art. 122).

Por meio do exposto, resta evidente que o Estado possui um viés protecionista no que tece a tornar efetivo o direito à vida. No entanto, deve-se analisar até que ponto o Estado enquanto regulador de condutas, possui prerrogativa de intervir na seara privada do cidadão a fim de compeli-lo a fazer ou deixar de fazer algo, tal como os aderentes a religião testemunha de Jeová, que se recusam a proceder a transfusões sanguíneas por acreditarem que o sangue representa a vida e somente Deus poderia conceder a vida ou não a um ser.

Ademais, outro tema polêmico que sempre gera calorosos debates é a legalização do aborto, que apesar da laicidade do Estado, sempre há o embate entre a religião e a ciência nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, como as que ocorreram no início do mês de agosto do ano corrente. O fato é que o Estado não pode ceder a argumentos de cunho religioso a fim de tratar de um assunto que deve ser analisado sob o prisma objetivo e racional.

O Código Penal remonta a 1940 e possui inúmeros dispositivos arcaicos que não se coadunam com a realidade hodierna, por certo que o direito à vida merece proteção, mas também se deve observar o direito à liberdade corporal da mulher e ao planejamento familiar, não se trata de defender à vida ou não, mas sim de garantir a mulher que a sua autonomia da vontade seja efetivada, competindo a ela optar por manter a gestação ou não, caso não se sinta preparada psicologicamente, fisicamente ou economicamente para tanto.

De acordo com pesquisa realizada pelo Datafolha em novembro de 2017, a maioria dos brasileiros se mantinha favorável a criminalização do aborto, embora em percentual menor, já que a taxa havia diminuído de 64% para o percentual de 57%. Além disso, importa citar que o Sistema Único de Saúde (SUS) gastou entre o lapso temporal de 2008 a 2017 o equivalente a R\$ 486 milhões com interrupções de gestações, sendo 75% de tais interrupções ocasionadas propositalmente, isto é, abortos clandestinos.

Sendo assim, no início do mês de agosto do ano em epígrafe, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou audiências públicas para discutir a possibilidade de descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação. As audiências foram convocadas pela ministra Rosa Weber, sendo realizadas audiências oitivas (sem debates), durante dois dias, com participação de um total de 60 especialistas em diversas áreas a fim de apresentarem argumentos favoráveis ou contrários a legalização do aborto, no âmbito da chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (Psol), que pugna que sejam considerados inconstitucionais os artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro, pleiteando assim a despenalização do aborto e a isenção de punições a profissionais de saúde que realizem o procedimento.

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a

inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho) a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida (trecho extraído da Ação direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, item 24, página 13, STF).

O direito é uma ciência mutável, já que regula condutas sociais que sofrem mudanças com o transcorrer do tempo, estamos inseridos na era da informatização e do avanço científico, o Estado não pode se manter silente quanto a essas questões, o uso de células-tronco tende a crescer; a realização de abortos clandestinos a continuar; questões como a clonagem tendem a se tornar mais em voga. Faz-se necessários estabelecer uma regulação a fim de submeter a própria ciência a imperativos da bioética e do biodireito.

2.DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A COLISÃO DE DIREITOS.

2.1. Noção conceitual quanto aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são direitos que foram positivados com o fito de limitar o arbítrio estatal, bem como assegurar e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e seus correlatos.

Já demos antes uma noção de direito individual. Então, concebemo-los como direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de liberdade-autonomia (SILVA, José Afonso da, 2015, p.193).

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber, respectivamente: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos e deveres individuais e coletivos são destinados à proteção não só dos indivíduos (direitos individuais), mas também da coletividade. Os direitos sociais visam a melhoria das condições de vida dos cidadãos, objetivando a concretização da igualdade social. O direito de nacionalidade explicita a ligação entre um indivíduo e determinado Estado. Os direitos políticos são os que conferem ao indivíduo os atributos da cidadania e permitem que ele exerça, de forma livre e consciente, participação nas decisões políticas do Estado. Há o último capítulo, dos partidos políticos que constituem organização do instrumento necessário para concretizar o sistema representativo e a democracia.

Importante esclarecer que essa sistematização estatuída no Título II não contempla um rol exaustivo, não impedindo a identificação de outros direitos consagrados em trechos diversos da Constituição Federal, tais como o direito à educação, meio ambiente, em face da essencialidade dos referidos.

Preferimos, no entanto, fazer uma distinção em três grupos sob esse aspecto: (1) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do Art. 5º; (2) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (Art.5º, II); (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de

resistência, entre outros de difícil caracterização a priori (SILVA, José Afonso da, 2015, p.196-197).

A doutrina os classifica em gerações: primeira, segunda e terceira, baseando-se na ordem histórica e cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Cumprido destacar, que o emprego do vocábulo geração não está isento de críticas, pois para muitos doutrinadores, o referido termo remete à ideia de superação, significando que uma nova geração sucede a outra, tornando-a ultrapassada, o que em verdade, não ocorre. As gerações devem ser vistas como uma evolução que propicia a ampliação do catálogo de direitos fundamentais da anterior, não havendo que se falar na substituição da geração antecedente pela posterior, existindo uma coexistência de gerações. Em que pese as críticas e a proposta de nova terminologia substitutiva (dimensões), a palavra gerações continua a ser empregada majoritariamente.

2.2. As gerações de direitos fundamentais.

No que concerne aos direitos de primeira geração são direitos e garantias individuais clássicos que preconizam a liberdade, são responsáveis por inaugurar no final do século XVIII e início do século XIX o constitucionalismo ocidental, exigindo do Estado um não fazer, sendo meios de defesa da liberdade do indivíduo, a partir da exigência de que não exista ingerência abusiva dos poderes públicos em sua esfera privada, denotando, assim, a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito.

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, Paulo, p 563-564).

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, os mencionados visam propiciar igualdade material entre os cidadãos, exigindo do Estado uma atuação positiva, um fazer (liberdade positivas), o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais a fim de diminuir as disparidades socioeconômicas.

Por sua vez, os direitos de terceira geração constituem os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. São direitos atribuídos genericamente a todas as formações sociais, pois buscam tutelar interesses de titularidade coletiva ou difusa, isto é, não pertencentes ao homem individualmente considerado, mas a coletividade como um todo.

Tradicionalmente, tem-se a retrocitada classificação. No entanto, com o advento da globalização emergiram novas classificações doutrinárias, a saber, há doutrinadores que elencam uma quarta e quinta gerações de direitos fundamentais. Na quarta estariam consagrados os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; na quinta estaria consagrado o direito à paz.

2.3 Características dos direitos fundamentais.

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, nos termos da Constituição Federal, havendo mecanismos de torná-los efetivos por meio de mandado de injunção e iniciativa popular, se preciso for, a exemplo.

Importa salientar que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, já que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela CF, não havendo que se falar em direitos absolutos.

Sendo assim, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve empregar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada direito, visando o verdadeiro significado da norma e a harmonia do texto constitucional com o ordenamento jurídico em que ele se encontra inserido.

Faz-se necessário esclarecer a diferença terminológica entre direitos e garantias fundamentais. Os direitos possuem um caráter declaratório, enquanto as garantias instrumentalizam os direitos, constituindo mecanismo de efetivação dos referidos, traduzem-se no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus

direitos, quer pela via processual ou não. Os remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular) são as garantias fundamentais previstas no Art.5º da CF que visam a proteção dos direitos fundamentais, representam a instrumentalização e efetivação de tais direitos.

Os destinatários de tais direitos, segundo o Art. 5º da Constituição Federal são todos, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Sendo assim, além dos brasileiros, a CF assegura direitos aos estrangeiros, sejam residentes ou em trânsito no território nacional. Ademais, assegura-se também as pessoas jurídicas direitos e garantias individuais, tais como os direitos fundamentais à honra e à imagem, que caso violados podem culminar em reparação pecuniária, já que as pessoas jurídicas podem sofrer violações em sua honra objetiva.

Os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem - em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo - normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo - implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (MASSON, Nathalia, 2016, página 192).

Ademais, são ainda destinatários de proteção os entes despersonalizados (espólio, condomínio, massa falida), que possuem a prerrogativa de invocar determinados direitos, tal como ingressar com uma ação judicial (princípio da inafastabilidade de jurisdição) a fim de defender interesse jurídico pertinente.

No tece as características dos direitos fundamentais, observa-se a universalidade, historicidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, relatividade, inviolabilidade, complementaridade, efetividade e interdependência.

A universalidade contempla a existência de um núcleo mínimo de direitos que devem estar presentes em qualquer lugar e para todas as pessoas, sem quaisquer discriminações. Historicidade diz respeito a índole evolutiva dos direitos, já que são decorrentes de lutas e reivindicações sociais. Sendo assim, os direitos fundamentais são proclamados em certa época, podendo desaparecer em outras ou serem modificados com o transcorrer do tempo, adequando-se a evolução ocorrida no seio social.

A indivisibilidade denota a impossibilidade de compartimentalização dos referidos, dado que os direitos fundamentais formam um núcleo indissociável. No que concerne a imprescritibilidade não há lapso temporal de não exercício de um direito que possa fundamentar a ocorrência de prescrição, já que o mencionado instituto somente atinge a exigibilidade de direitos de cunho patrimonial. Quanto a inalienabilidade quer dizer que os direitos fundamentais não estão sujeitos a quaisquer atos de disposição (venda, aluguel, alienação).

O caráter da relatividade diz respeito a nenhum direito poder ser taxado de absoluto, podendo ter seu âmbito de incidência reduzido, caso necessário. Inviolabilidade se refere ao fato de que os direitos fundamentais devem ser respeitados, seja pelo legislador, Estado ou terceiros. A complementariedade é inerente ao fato de que os direitos não são interpretados isoladamente, devendo ser conjugados.

A efetividade deve ser implementada pelo Estado a fim de tornar os direitos exequíveis e não meramente teóricos. A interdependência se deve ao fato de que os direitos fundamentais possuem interseções, estando interligados, sendo interdependentes.

A doutrina brasileira classifica os direitos fundamentais a partir de dupla perspectiva, uma subjetiva e outra objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, conforme a teoria dos quatro *status* de Jellinek: status passivo, status negativo, status positivo, status ativo. O status passivo marca a relação de subordinação frente aos poderes públicos, na qual o indivíduo é detentor de deveres para com o Estado. O status negativo diz respeito a não intromissão do Estado na livre escolha do indivíduo, permitindo que os indivíduos gozem de um espaço de liberdade de atuação, sem ingerências dos poderes públicos. O status positivo estabelece o indivíduo em situação de exigir do Estado que este atue positivamente em seu favor, através da oferta de bens e serviços, principalmente os essenciais à sobrevivência sadia e a qualidade de vida da própria comunidade. O status ativo corresponde ao indivíduo poder desfrutar de competências para contribuir na formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos

políticos, manifestados principalmente através do direito ao sufrágio e instrumentalizado pelo voto.

Quanto a eficácia dos direitos fundamentais, pode ser em uma perspectiva vertical (do particular em face do Estado) ou horizontal (entre particulares), não havendo uma fundamentação teórica específica acerca dos limites e alcance dessa aplicação na jurisprudência. Embora seja possível encontrar decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou, de forma direta, os direitos fundamentais nas relações privadas.

2.4. A colisão entre direitos fundamentais.

A doutrina e a jurisprudências majoritárias entendem que as normas constitucionais apesar de possuírem o mesmo grau de relevância, podem colidir entre si, isto é, apresentarem conflitos entre os seus dispositivos, devendo ocorrer um sopesamento a fim de dirimi-los. O fenômeno da colisão entre normas constitucionais não é incomum, tal fato ocorre, sobretudo, em constituições analíticas (extensas) como a CF de 1988, já que a extensão da constituição amplia a possibilidade de conflitos, uma vez quanto mais numerosas as normas e com linguagem mais aberta (conceitos jurídicos indeterminados), maior é a possibilidade de que ocorra conflito entre os retrocitados dispositivos.

Importa mencionar que as colisões podem envolver vários tipos de normas constitucionais, a saber: há colisões entre princípios, entre regras e entre princípio e regra. Além disso, compete ressaltar que nem todas as colisões envolvem direitos fundamentais, podendo haver conflitos entre direitos fundamentais, entre direito fundamental e norma constitucional de outra espécie, bem como entre normas que não consagram direitos fundamentais.

Ademais, elucidar eventual colisão entre normas constitucionais é uma incumbência que não se restringe ao juízo, não se fazendo necessário obrigatoriamente interpeleção jurisdicional para tanto.

Quando se fala em colisão entre normas constitucionais, pensa-se logo no juiz como o responsável pela sua solução. Contudo, tal equacionamento não é monopólio jurisdicional. O legislador, ao editar normas jurídicas, também soluciona, em abstrato, certas colisões, ponderando interesses. Quando, por exemplo, o legislador penal criminalizou a publicação de livros com conteúdo racista (art. 20 da Lei nº 7.716/89), ele buscou resolver uma tensão entre direitos fundamentais positivados na Constituição: de um lado, as liberdades de expressão e de imprensa; do outro, os princípios da igualdade e da dignidade

da pessoa humana das vítimas. A própria Administração Pública também se vê compelida a solucionar colisões constitucionais na sua atuação. Quando, por exemplo, uma prefeitura recebe comunicação, baseada no art. 5º, XVI, da Constituição, de que no dia seguinte será realizado um ato público de protesto numa determinada praça, na qual também se localiza um hospital, com doentes em estado grave que necessitam de repouso, ela se vê forçada a resolver uma colisão entre a liberdade de reunião e o direito à saúde, para decidir se a hipótese é de impedir, excepcionalmente, que o ato se realize naquele local. Até mesmo um particular pode ter de resolver uma colisão entre preceitos constitucionais. Um colégio privado, por exemplo, pode se defrontar com o pedido de um estudante de não usar o mesmo uniforme imposto aos demais alunos, motivado por razões religiosas, já que a crença que professa veda o uso daquele tipo de vestimenta. A direção do colégio terá então que ponderar a liberdade religiosa do estudante com o princípio da igualdade. (SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, 2012. P. 406).

Por óbvio, que apesar de o juízo de ponderação não ser feito somente pelo judiciário, pode ser controlado por ele no que tange aos aspectos de legalidade, já que em virtude do princípio da inafastabilidade de jurisdição, consagrado no Art. 5º, XXXV, CF, todas as ponderações realizadas pelos outros órgãos, podem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, que poderá apreciá-las em abstrato ou em concreto.

Apesar da doutrina majoritária possuir o entendimento de que há colisão entre direitos fundamentais, há uma parcela que discorda de tal posicionamento, sendo uma de tais correntes doutrinárias, denominada de categorização, a referida busca definir o campo de incidência de cada norma constitucional previamente, levando em consideração as demais, de forma a evitar o surgimento de colisões. Sendo assim, o âmbito de incidência de cada norma constitucional é restringido de antemão, para que sejam evitados os conflitos com outras normas. O legislador só poderia instituir restrições a direitos fundamentais nas hipóteses em que o próprio texto constitucional o autorizasse a fazê-lo. A categorização tem como fundamento a chamada teoria interna dos direitos fundamentais, a referida nega a existência de conflitos reais entre os direitos fundamentais e se encontra correlacionada ao princípio da concordância prática, que preceitua que diante de um aparente conflito entre preceitos constitucionais que apontem para direções antagônicas, cabe ao intérprete buscar a sua harmonização no caso concreto. Os adeptos da categorização rechaçam o emprego da ponderação.

Outra perspectiva que recusa o conflito entre normas foi formulada por Ronald Dworkin, o doutrinador sustenta que se as normas constitucionais forem interpretadas de forma coerente com os valores morais que justificam a trajetória político-constitucional de um Estado, elas jamais entrarão em conflito, já que formam um sistema coeso e harmônico e já nascem formando um todo harmônico. A proposta hermenêutica de

Ronald Dworkin é de unificar o Direito, assim como a moral e a ética, em torno de um mesmo ideal. Além disso, para o referido teórico os magistrados devem se orientar pelo princípio da integridade, devendo-se interpretar o direito como um todo coerente, como se tivesse sido criado por um único legislador.

Quanto as antinomias (contradição entre normas), pode-se empregar o método hierárquico, cronológico e da especialidade. O critério hierárquico preconiza que as normas superiores prevalecem em detrimento das normas inferiores. O cronológico preceitua que as normas posteriores revogam as anteriores com elas incompatíveis e o da especialidade que as normas mais específicas afastam a incidência das mais gerais.

Quanto ao critério hierárquico aplicado as normas constitucionais, o referido somente possui aplicabilidade em caso de conflito entre emenda à constituição e norma constitucional que se qualifique como cláusula pétrea nos termos do Art.60, §4º, CF, já que não há hierarquia formal entre as normas constitucionais. Por outro lado, pode-se empregar o critério hierárquico como mecanismo de reconhecimento de uma escala rígida de preferência entre as normas constitucionais, de forma que, sempre que entrem em conflito, prevaleça a de patamar superior, não se tendo exclusão de nenhuma do ordenamento, mas só a sua não aplicabilidade.

No caso brasileiro, por exemplo, a Constituição claramente situa em patamar superior, sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais, se comparados, por exemplo, a princípios constitucionais da administração pública ou da ordem econômica, já que os direitos fundamentais constituem cláusula pétrea, constituindo núcleo essencial. Isso, não significa, no entanto, que tais princípios não sejam passíveis de ponderação.

Tal sistema de prioridades não é absoluto, de tal modo que, no caso concreto, princípios mais importantes podem ser limitados para que tenha lugar a realização de princípios de menor relevância.

Quanto ao critério cronológico não se aplica à resolução de conflitos entre normas editadas pelo poder constituinte originário, já que passam a vigor em um mesmo momento. Porém, o critério é usado para resolver antinomias entre normas constitucionais originárias e normas derivadas, produzidas pelo poder constituinte reformador, ou ainda entre normas derivadas resultantes de emendas constitucionais aprovadas em momentos diferentes. Nessas hipóteses, as normas constitucionais posteriores prevalecem em face das anteriores, revogando-as total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Essa revogação, contudo, não ocorre quando as normas derivadas ofendem cláusulas pétreas, o critério hierárquico para resolução de antinomias se sobrepõe ao cronológico, levando à invalidade da norma constitucional derivada, ainda que superveniente, por contrariedade à norma originária, revestida de hierarquia superior.

No Brasil, com a atribuição de hierarquia de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por meio do procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, a ocorrência de casos de revogação tácita de normas constitucionais torna-se inevitável, uma vez que tais tratados, por serem elaborados na esfera internacional, não têm como mencionar os preceitos dos ordenamentos de cada Estado signatário, podendo eventualmente não haver harmonização com os dispositivos legais nacionais, originando conflitos de ordem jurídica.

O critério de especialidade é empregado no campo constitucional com maior frequência, retirando da incidência da norma constitucional mais geral aquela hipótese disciplinada pela norma mais específica. O referido critério só pode ser usado para solução de antinomias quando as normas em tensão mantiverem entre si uma relação do tipo geral e especial, isto é, quando o âmbito de incidência da norma especial estiver integralmente contido no interior daquele da norma geral, mas elas apontem soluções diferentes para o caso em epígrafe.

Outro instrumento a ser empregado em eventuais conflitos de normas constitucionais, consiste na ponderação, também chamada de sopesamento, podendo ser definida de uma forma mais restrita, como uma técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um mesmo caso, que visa promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto. Foi após o advento da Constituição de 88 que a jurisprudência brasileira, inclusive do STF, passou a realizar ponderações de forma mais explícita e em maior frequência.

Apesar da técnica de ponderação ser realizada com maior frequência pelo juízo, não é de competência exclusiva do Poder Judiciário realizá-la. O Legislativo e a Administração Pública também o fazem, e até mesmo particulares, quando têm de resolver, no âmbito das suas atividades, colisões entre normas constitucionais, não havendo impeditivo legal para tanto.

A ponderação judicial pode ocorrer em três contextos diferentes. No primeiro, o Poder Judiciário é provocado para analisar a validade de uma ponderação já realizada por

terceiros, em geral, pelo legislador, o que pode ocorrer tanto em sede de controle abstrato de normas quanto em concreto. No segundo, existe um conflito entre normas constitucionais, mas não há nenhuma ponderação prévia realizada por terceiros. Aqui, o juiz tem a primeira palavra na ponderação, e não apenas examina a validade de algum sopesamento extrajudicial feito anteriormente. Na terceira hipótese, o próprio legislador infraconstitucional remete ao Judiciário a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, a solução correta para o conflito entre interesses constitucionais colidentes, seguindo determinadas diretrizes, pressupostos e procedimentos que ele previamente fixou, tendo o magistrado seu âmbito de incidência limitado.

Cabe frisar que para que a ponderação possa ser efetivada, faz-se necessária a verificação da existência de efetivo conflito entre as normas constitucionais. Sendo assim, é preciso interpretar as normas que estejam aparentemente em jogo, de modo a verificar se elas são realmente aplicáveis sobre a situação em objeto.

A fixação de parâmetros é imprescindível a fim de que a ponderação possa se efetivar, são três, a saber: as regras têm preferência sobre os princípios; há uma preferência das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos; dentre os direitos fundamentais, há uma preferência dos direitos e liberdades existenciais, dos inerentes à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de viés meramente patrimonial ou econômico.

Tem-se que por certo o direito à liberdade religiosa merece proteção constitucional, assim como o direito à vida. No entanto, casuisticamente se deve analisar os limites de aplicação dos referidos direitos, devendo-se delinear a abrangência de sua aplicabilidade, tendo como fito a unidade e a coerência do sistema, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e seus correlatos, pois é o valor central que nutre e embasa todo o sistema constitucional.

O fato é que não há uma unanimidade entre os doutrinadores acerca da existência de um patamar hierárquico entre os direitos fundamentais, devendo-se equalizar eventual conflito por meio da análise casuística e em concreto. O Estado deve exercer seu papel regulador e pacificador, no entanto, deve-se fazê-lo de forma imparcial e objetiva. A República Federativa do Brasil é marcada pela laicidade, não podendo as decisões

políticas serem tomadas com base em pressupostos religiosos, independentemente da religião.

O direito à vida enquanto direito fundamental e valor a ser preservado em qualquer sociedade merece proteção estatal, seja ela preventiva ou repressiva. Todavia, não deve ser visto como um direito absoluto e superior aos demais, deve-se analisar até que ponto o indivíduo possui autonomia da vontade a fim de definir os contornos de sua própria vida, tal como o direito a escolha de prosseguir com uma gestação ou não, se assim o desejar; ou de abreviar a sua existência em face de não haver meio terapêutico para curar sua patologia ou cessar sua dor.

3.RELIGIÃO, MEDICINA E CIÊNCIA: OS AVANÇOS DA MEDICINA E OS LIMITES LEGAIS.

3.1. A Bioética e o Biodireito.

O Direito enquanto ciência social deve se manter em constante atualização, buscando captar os anseios dos cidadãos sob sua égide, por isso se encontra em constante mutação, seja por meio de alteração da legislação, entendimento jurisprudencial ou doutrinário. Ainda que se faça imprescindível a segurança jurídica em qualquer sociedade, também se faz a adequação do Direito aos anseios sociais presentes em conformidade com a época em que se insere, já que os anseios variam com o transcorrer do tempo.

Sendo assim, com o avançar tecnológico emergem novas questões na seara jurídica como o Biodireito, Bioética, os limites legais da intervenção estatal em questões atinentes a seara privada do indivíduo.

A Bioética constitui ramo da Ética que tem por objetivo indicar os limites e as finalidades da intervenção do homem sobre a vida, visando estabelecer os princípios que devem nortear a ação humana, possui como enfoque o mapeamento genético humano, aborto, clonagem, eutanásia, projeto genoma humano, pesquisa em utilização de células-tronco, transplante de órgãos.

Com o surgimento de tais temáticas e com o crescente desenvolvimento tecnológico e científico, faz-se necessário um regramento específico, a fim de delimitar a atuação dos profissionais, bem como regulamentar o uso e aplicação de dados recursos tecnológicos, tendo como enfoque o princípio da dignidade da pessoa humana e seus

correlatos. O Direito é uma ciência responsável por estabelecer limites, sejam eles preventivos ou repressivos, não podendo permanecer silente quanto ao surgimento de questões que envolvem direitos fundamentais de indivíduos.

Por certo que o avanço tecnológico é de suma importância ao desenvolvimento de qualquer sociedade, no entanto, o referido deve estar sujeito a limitações de ordens legais e principiológicas, tendo surgido o Biodireito, como disciplina a fim de dispor de tais temáticas.

O Biodireito emergiu da preocupação dos profissionais da área de ciências biológicas com as implicações éticas e jurídicas que poderiam advir de suas condutas. Trata-se de uma disciplina que apresenta diversas nuances, como a preocupação com a vida, o nascimento, o desenvolvimento, relação entre saúde e doença, entre o indivíduo e o meio ambiente.

No que concerne ao ordenamento jurídico, há normas relacionadas ao Biodireito na Constituição Federal, responsável por reconhecer e efetivar as garantias e os direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a saúde e a vida. Ademais, o Código Civil também dispõe sobre os direitos de personalidade, regulando aspectos concernentes a vida, o nome, o corpo. Outro dispositivo a ser mencionado é o Código Penal, que estabelece sanções no caso de infrações que impliquem violação à integridade física, psíquica ou moral de outrem.

O Biodireito estabelece que o avanço científico não pode superar os princípios éticos e jurídicos, nem permitir violações à dignidade humana, devendo observância aos limites jurídicos.

Assim, nota-se que a Bioética diz respeito a diretrizes morais a fim de pautar o agir humano diante dos dilemas levantados pela biociência, enquanto o Biodireito se notabiliza por estabelecer diretrizes legais. De tal modo, o Biodireito não deve ser visto como um obstáculo ao livre desenvolvimento científico, constituindo importante mecanismo para uma coexistência harmoniosa e com observância aos valores fundamentais estatuídos na Constituição Federal. Tornar-se imprescindível a intervenção do direito no campo da biotecnologia, considerando a gama de valores envolvidos, em sua maioria direitos de personalidade.

Diante do surgimento de novas técnicas de engenharia genética, percebe-se que os paradigmas vigentes já não conseguem resolver os problemas sociais, sendo necessário repensar o próprio modo de entender a sociedade. Sendo assim, emergiu o Biodireito, a fim de estabelecer um liame entre o Direito e a Bioética na observância dos princípios orientadores para preservação da vida e do bem comum.

Importa mencionar que a Bioética possui princípios próprios a que deve observância: beneficência (não maleficência), autonomia e justiça. O princípio da beneficência/não maleficência, significa pautar o agir no bem e evitar o mal. A autonomia diz respeito a capacidade de autodeterminação de uma pessoa, isto é, o quanto ela pode gerenciar sua própria vontade e vida. O princípio de justiça, refere-se à igualdade de tratamento e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, pesquisa científica. A saúde é uma das condições mais importantes da vida humana, por isso, a equidade na sua realização e distribuição integra o conceito mais amplo de justiça.

Indubitavelmente nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano, bem como sua dignidade.

O aumento da expectativa de vida, gerando o incremento do número de pessoas que necessitam de cuidados especiais, o surgimento de doenças, o aumento populacional e o agravamento da pobreza, são algumas das circunstâncias que contribuíram para o aprofundamento do problema da alocação de recursos destinados à promoção da saúde, multiplicando os custos da sua prestação. Sendo assim, o progresso da medicina, e, conseqüentemente, a descoberta de melhores técnicas em diagnóstico e terapêutica, devem estar a serviço da universalização.

Imbuída de um espírito que ultrapassa, portanto, a simples deontologia médica, a Bioética lança olhares aos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, preocupa-se com as conseqüências dos novos métodos de fecundação, com a possibilidade de seleção de sexo, com os limites da engenharia genética, a forma como são conduzidas as pesquisas em seres humanos, a dinâmica do transplante de órgãos, a situação dos pacientes terminais.

Os direitos humanos fundados na dignidade da pessoa humana podem ser considerados, como ponto de encontro do direito e da bioética e os seus instrumentos de

proteção demonstraram preocupação com as consequências do desenvolvimento tecnológico e biológico. A pesquisa científica, a experimentação com seres humanos, a terapia genética não estão apenas sujeitas à avaliação moral baseada nos princípios da ética biomédica especificamente ou da bioética vista como um fenômeno amplo e global. O tratamento destinado não se restringe à seara moral, mas é, em verdade, jurídico, normativo. A possibilidade de recondução de todos os princípios que orientam a bioética à dignidade da pessoa humana em suas diversas manifestações traz o direito ao palco e a ele atribui papel de destaque, ofuscado apenas pelo protagonismo da pessoa, do ser, indivíduo, cidadão.

3.2. Recusa a submissão a transfusão sanguínea por imperativo religioso.

Outro viés inerente ao advento tecnológico e científico diz respeito ao arcaico embate entre ciência e religião, ao discurso axiológico que norteia as referidas. A exemplo, tem-se a recusa a submissão a transfusão sanguínea por parte dos aderentes a religião Testemunha de Jeová o que acaba por colidir com o direito constitucional à vida. Por certo que a laicidade estatal e a liberdade religiosa fomentam o surgimento e a difusão de diversas espécies de religião e seitas no Brasil, fazendo-se quase impossível o não surgimento de conflitos ideológicos.

A seita religiosa Testemunhas de Jeová foi fundada em 1870, por Charles Russel, na cidade de Pittsburgh, localizada no estado da Pensilvânia, Estados Unidos da América. Os seguidores de tal crença não aceitam a transfusão sanguínea, nem mesmo a autotransfusão (reintrodução do sangue do próprio indivíduo em seus vasos sanguíneos), já que acreditam que esse tratamento é similar ao ato de “comer sangue” e, segundo suas convicções religiosas, a Bíblia orienta abster-se de sangue por qualquer via.

Para os aderentes a religião Testemunha de Jeová renunciar ao recebimento de sangue é cumprir os ensinamentos religiosos presentes na bíblia, ainda que tal recusa possa acarretar o óbito do paciente. Além disso, as Testemunhas de Jeová não admitem que ninguém de sua família se submeta à transfusão de sangue, seja em intervenção cirúrgica, seja para salvar a vida.

O fundamento para tal recusa é encontrado nas interpretações que são feitas das seguintes passagens do texto bíblico: 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 (Gênesis, 9:3-4). LEVÍTICO, 17:10-14; Atos 15:28,29 “Quando qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo”.

Caso um Testemunha de Jeová, receba a transfusão de sangue, ainda que sem seu consentimento, a pessoa é submetida a uma Comissão Judicativa, e sua sanção por ter praticado tal ato, pode ser até a excomunhão de sua Igreja.

Na análise desses conflitos convergem os conceitos da ética, Bioética, religião e aspectos jurídicos, bem como a autonomia do paciente em se ver submetido a um dado procedimento ou não, podendo, no entanto, alegar objeção de consciência, isto é, recusar-se em virtude de convicção pessoal, no caso em epígrafe, religiosa.

O artigo 15 do Código Civil de 2002, prescreve que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica. Ademais, o Art. 48 do Código de Ética Médica (Resolução n.º 1.246/1988 do Conselho Federal de Medicina) estatui que é vedado ao médico exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar.

Há fundamentos jurídicos sólidos e importantes, adotados por parte da doutrina brasileira e da jurisprudência, no sentido de que os médicos devem respeitar a crença professada pelos Testemunhas de Jeová, merecendo destaque os seguintes argumentos: (i) direito do cidadão de professar crença religiosa, ainda que as opções por ele externadas, a despeito de seguir o dogma religioso que adota, ponham em risco a sua vida; (ii) direito do cidadão de dispor do próprio corpo, como manifestação do princípio da privacidade e da autonomia da vontade; (iii) direito do cidadão de recusar tratamento médico, com fundamento em crença religiosa e também no princípio da autonomia da vontade, o que, à luz da CRFB/88, permite ao cidadão (paciente) o exercício de objeções de consciência; e (iv) o princípio da dignidade humana, o qual preceitua que o homem seja concebido não como um instrumento do direito, mas um fim em si mesmo, destinatário dos direitos fundamentais encartados na CRFB/88, dentre eles o de professar crença religiosa que impeça a continuidade da vida humana caso alguma medida clínica ou médica contrarie seus fundamentos religiosos.

O direito fundamental à vida e à saúde estão previstos na Constituição da República de 1988, nos artigos 5º e 6º. Conforme se percebe, por expressa disposição constitucional, a vida e a saúde são direitos fundamentais e sociais invioláveis do cidadão e, nos termos do artigo 196 da CRFB/88, constitui dever do Estado protegê-los:

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

Reforça-se, com isso, a tese de que em juízo de ponderação de valores entre o exercício momentâneo de uma crença religiosa que exponha a risco o direito à vida do cidadão e o dever do Estado de, por meio de seus profissionais da saúde (ou mesmo de médicos privados) de garantir a inviolabilidade do direito à vida (e da existência humana, como expressão maior do princípio da dignidade da pessoa humana), deve por força do disposto nos artigos 5º, caput, e 196, ambos da CRFB/88, atuar em defesa da vida e da existência humana (valor fundamental universal), já que a inação do médico, agente do estado ou não, pode representar, para ele, severas punições administrativas, civis e criminais.

Neste sentido, sobretudo com fundamento nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, colha-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto a denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da 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 da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém

capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. 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 de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.” (AC 200371020001556 - TERCEIRA TURMA DO TRF-4 – Relatora Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA - DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686).

Em respeito aos direitos fundamentais daqueles que por motivos religiosos não aceitam determinados tratamentos médicos, o Estado tem a obrigação jurídica de custear o pagamento, via SUS, de tratamentos alternativos às transfusões de sangue – forma de materializar o atendimento dos direitos à saúde e à objeção de consciência, ambos protegidos constitucionalmente.

Ademais, não se pode aplicar nessas situações, visando negar o custeio dos tratamentos alternativos, a teoria da reserva do possível, segundo a qual a satisfação dos direitos sociais fica condicionada à existência de recursos orçamentários do Estado, já que consoante a teoria do mínimo existencial, o Estado é obrigado a garantir o mínimo necessário a sobrevivência do indivíduo.

Além disso, o administrador público deve velar para que não seja negado a pessoas de poucos recursos o direito de objeção de consciência à transfusão de sangue somente porque na cidade de origem não existam terapias alternativas. Nesse caso, o administrador deve arcar com os ônus de providenciar o tratamento em cidade, ou, se for o caso, Estado diverso do de residência do paciente. De idêntica forma, o Poder Judiciário deve ser firme em garantir tal direito em caso de recalcitrância do administrador do sistema de saúde, a prestação de serviço alternativo, caso preciso.

Sendo assim, se o médico informar devidamente ao paciente os riscos advindos da recusa à transfusão de sangue, e mesmo assim o paciente se opor a esse tratamento, estará o profissional agindo conforme o ordenamento jurídico, não podendo ser responsabilizado civil ou criminalmente pelo resultado morte proveniente.

A exceção prevista no Código de Ética Médica (Art. 46), prevendo a intervenção do médico sobre o paciente – contrariamente a sua vontade, em situações de iminente perigo de vida – seja uma possibilidade que se abre para o médico atuar, e não uma determinação. Evidentemente, se um paciente, de forma livre e consciente, recusa transfusão de sangue mesmo ciente dos riscos iminentes a sua vida decorrentes dessa conduta, não será caso de aplicação do disposto no artigo 46 do Código de Ética Médica, mas sim do artigo 48 do mesmo Diploma Legal, que veda ao médico exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem estar.

De outra banda, entende-se que mesmo nos casos em que o médico fizer a transfusão de sangue contra a vontade do paciente (por óbvio, somente nos casos de iminente risco de vida) não poderá derivar a responsabilidade civil ou criminal, pois estará atendendo o que determina o seu Código de Ética, especialmente os artigos 46 e 56:

"Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida."

"Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida."

Há, ainda, o disposto no inciso I do § 3º do Art. 146 do Código Penal, prescrevendo que não configura o delito de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

O Art. 10, caput, da Lei n.º 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos) ao prescrever que o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento, desautoriza a transfusão de sangue – que é um tecido – contra a vontade do paciente, mesmo em casos de iminente risco de vida.

Nota-se, que há princípios bioéticos a que se devem observância, tais como: o princípio da autonomia da vontade e do consentimento informado, podendo o indivíduo decidir quanto ao procedimento médico a que se sujeita, tendo como fundamento suas convicções e valores.

No que tece as crianças e adolescentes aderentes a religião em objeto, a questão é mais complicada, já que constitui dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde. Assim, por certo que os pais possuem dever de guarda e zelo, devendo tomar decisões a fim de dirigir e regular a vida de seus filhos, já que detentores do poder familiar. No entanto, em casos de pacientes em iminente risco de óbito, o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal e os artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica (CEM), dispensam o consentimento do paciente e/ou de seu representante legal a fim de realizar a transfusão de sangue e salvar a vida do paciente. Procedendo de tal modo, o médico estaria amparado do ponto de vista ético-profissional, não podendo ser incurso no crime de constrangimento ilegal ou outras sanções penais e administrativas.

Entretanto, caso não haja risco de óbito a criança ou ao adolescente, podendo ser empregado um outro tratamento alternativo, deve-se respeitar o posicionamento de seus representantes legais e não se proceder a realização da transfusão sanguínea.

3.3. A Lei de Biossegurança e a utilização de células tronco-embrionárias.

De forma atécnica e simplificada, pode-se definir as células-tronco como células que possuem capacidade de autorreplicação (proliferação), ou seja, de se dividir e diferenciar, dando origem a outros tipos celulares com funções especializadas, podendo constituir diferentes tecidos do organismo. Ademais, podem ser do tipo embrionária ou adultas, sendo que estas são encontradas principalmente na medula óssea e no cordão umbilical.

Entre as vantagens da utilização de células-tronco do sangue de cordão umbilical estão a grande capacidade de expansão hematopoiética em comparação com as células sanguíneas do adulto, grande capacidade de autorreplicação e cultura de longo prazo em comparação com as células da medula óssea, alta concentração de células-tronco hematopoiéticas e células progenitoras, possibilidade de criopreservação e estocagem, alto potencial proliferativo, sistema autólogo, alto potencial de migração, poucos problemas éticos, coleta simples e sem risco e sistema autólogo. (LOPES, 2006)

As células-tronco embrionárias são assim chamadas por possuírem a capacidade de se transformar em qualquer tipo de célula adulta. Elas são encontradas no embrião, apenas quando este se encontra no estágio de blastocisto (4 a 5 dias após a fecundação).

Na fase adulta, as células-tronco encontram-se, principalmente, na medula óssea e no sangue do cordão umbilical, são chamadas de multipotentes por serem menos versáteis que as embrionárias.

A utilização das células-tronco embrionárias gerou grandes esperanças terapêuticas aos pacientes portadoras de doenças degenerativas com esclerose. O transplante é feito com os embriões no estágio blastocisto, que são os excedentes de fertilização *in vitro* e encontram-se congelados, então é possível a utilização desde que o casal não tenha mais projeto algum para eles e que aceitem destiná-los à pesquisa, pois podem fornecer as células-tronco necessárias para melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas portadoras de doenças, como por exemplo reparar lesões dos ossos, das cartilagens, medula espinhal, reconstruir tecidos, células pancreáticas. (MALUF, 2010)

No que concerne ao emprego de células-tronco adultas a eticidade no uso das referidas não é questionada pela comunidade religiosa. Entretanto, quanto as células-tronco embrionárias, para a igreja a utilização de embriões humanos para pesquisas científicas, que promovem a destruição dos mencionados, apresenta os mesmos problemas éticos do aborto, apresentando uma afronta ao direito à vida. O embrião humano apresenta a dignidade de pessoa humana e como tal deve ser respeitado. Assim, aprovar uma lei que fere a vida, permitindo o uso de embriões para retirar deles as células-tronco terá como consequência a destruição de uma grande quantidade de vidas humanas em seu estágio inicial. O princípio de que a vida começa no primeiro instante da fecundação permeia os fundamentos de muitas religiões, mas é possível encontrar posições mais flexíveis. É o caso do judaísmo, que aplica status diferente ao embrião, ao feto e ao recém-nascido.

A Igreja sempre ensinou – e ensina – que tem de ser garantido ao fruto da geração humana, desde o primeiro instante da sua existência, o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade e unidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde este momento, devem-lhe ser reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, e primeiro de todos, o direito inviolável de cada ser humano inocente à vida”. Portanto, não é moralmente lícito utilizar as células estaminais e as células diferenciadas delas obtidas, que sejam eventualmente fornecidas por outros pesquisadores ou encontradas à venda. Isso porque, para além de compartilhar, formalmente ou não, a intenção moralmente ilícita do agente principal, no caso em exame, dá-se a cooperação material próxima na produção e manipulação de embriões humanos por parte do produtor ou fornecedor. (Encíclica *Evangelium vitae* (nº.60)

No que concerne a manipulações genéticas, a Lei de Biossegurança autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos *in*

in vitro, para fins de pesquisa e terapias, com legitimação dada pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O Brasil buscou solucionar algumas questões bioéticas, promulgando a Lei nº 11.105/05 (Lei da Biossegurança), destinando-os a pesquisa científica e fixando condições para tanto. O Art. 5º deste diploma legal permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não tenham sido utilizadas no procedimento. Assim, quando o casal que se submeteu a aplicação de alguma das técnicas de reprodução assistida, com a utilização da técnica auxiliar de criopreservação de embriões, faz uso de todos os embriões que foram criopreservados, pode-se dizer que cumpre a finalidade da técnica e não gera saldo de embriões excedentários. No entanto, quando o casal gerou as crianças desejadas e ainda restaram criopreservados gametas fecundados, surge a possibilidade de utilização dos embriões congelados excedentários com fins científicos.

A Lei 11.105/05 (Lei da Biossegurança) veda de maneira inequívoca linhas de atuação como a prática de eugenia, considerada o controle da reprodução humana a fim de manter características desejáveis e eliminar características consideradas indesejáveis ou inferiores, sob pena de responder como crime de engenharia genética em seres humanos. Na qual há a valoração primordial do ente humano.

Tal discussão foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, que teve como relator o Ministro Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, que foi julgada improcedente, reconhecendo o direito ao uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, aduzindo que não há afronto ao direito à vida neste caso.

Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao dispor sobre o direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implato, foi claro que o uso de embriões não afronta o direito à vida, pois o embrião pré-implato não pode ser considerado uma pessoa e assim, ser protegido como tal.

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à

segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar... Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (ADI 3510).

O STF deixou claro na ADI nº 3510, que a Lei de Biossegurança é um instrumento de consonância do direito à saúde com a própria ciência, sendo direitos sociais de natureza fundamental.

As pesquisas científicas com células-tronco realizadas a partir de então, comprovam a possibilidade de enfrentamento e cura de traumatismos e patologias que degradam a vida de grande parcela da população, como por exemplo no tratamento de doenças do neurônio motor, neuropatias, esclerose múltipla e lateral amiotrófica, distrofias musculares, atrofia espinhais progressivas, doenças hematológicas (do sangue), como leucemias, linfomas e anemias, além da possibilidade de tratamento coadjuvante para alguns tipos de tumores sólidos, como neuroblastoma, retinoblastoma e tumor de Wilms. Há ainda diversas pesquisas utilizando células-tronco para o tratamento de doenças cardíacas graves, diabetes, doenças neurológicas degenerativas. Os estudos têm o intuito de criar novas alternativas terapêuticas regenerativas para esses males.

As propriedades terapêuticas das células-tronco contidas nos tecidos dos corpos adultos já são utilizadas há muitos anos em duas indicações: coleta (durante um período de remissão), cultura e reinfusão das próprias células-tronco hematopoiéticas em doentes de leucemia que foram colocados em aplasia celular por uma quimioterapia; e coleta, cultura e transplante das células-tronco da própria pele em grandes queimados. (MALUF, Adriana. Curso de Bioética e Biodireito. 2010, p.20).

As células tronco poderão ser coletadas com o fito de utilização terapêutica de várias formas, entre elas, por meio da medula óssea, através de um procedimento cirúrgico sob anestesia, com múltiplas punções aspirativas no osso da bacia. O volume coletado depende do tamanho do doador e do receptor, mas para indivíduos adultos, costuma ser de pouco mais de 01 litro (MALUF, 2010, p.25).

Importa salientar, que há doutrinadores contrários ao uso de células-tronco embrionárias, já que as pesquisas com células-tronco embrionárias são promissoras, pois podem se transformar em qualquer tecido, para que as esperanças terapêuticas se

concretizem, é preciso que se aprenda a garantir a segurança do processo de diferenciação e de multiplicação celular, já que uma célula que pode se multiplicar e se diferenciar é também uma célula susceptível de se tornar cancerosa.

O Estado deve garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde.

Diante dessas considerações e da comprovação das vantagens do uso de células tronco no tratamento e cura de inúmeras patologias, faz-se necessário a implementação de políticas públicas capazes de garantir a toda população, de forma igualitária, o seu acesso.

4. formas de abreviação da vida e a religião.

4.1 Eutanásia.

Em decorrência da milenar conexão entre a fase de terminalidade de vida e os processos espiritualistas, esse fato assumiu aspectos peculiares no Brasil, país em que o número de segmentos religiosos/espiritualistas é significativo.

Graças aos profundos avanços tecnológicos e científicos ocorridos a partir do início do século XX, tornou-se possível prolongar a vida humana por períodos nunca imaginados. Ao mesmo tempo, os limites do período conhecido como terminalidade de vida têm sido diretamente afetados pelas possibilidades médico-tecnológicas de se manter um paciente vivo por períodos prolongados ou abreviar a sua existência, emergindo questões como a eutanásia, ortotanásia, testamento vital.

Há que se verificar que a limitação do esforço terapêutico não caracteriza necessariamente a eutanásia, bem como a eutanásia não deve ser confundida com a simples recusa de um paciente terminal ou gravemente enfermo, a submeter-se a um determinado tratamento.

A eutanásia visa diretamente e de maneira voluntária à morte do enfermo; enquanto a recusa do tratamento vital poderá indiretamente gerar a morte, por meio da recusa do tratamento médico que lhe é imprescindível naquele dado momento.

Há diversas espécies de eutanásia, sendo necessário classificar as diferentes modalidades. Preliminarmente, quanto à finalidade do instituto, destaca-se em primeiro lugar a eutanásia liberadora ou terapêutica, a qual ocorrerá quando se acelera o momento da morte do indivíduo, desde que haja o consentimento do paciente e a finalidade seja eliminar o sofrimento do qual padece o enfermo, tal ato ocorre por compaixão.

Também há a eutanásia eliminadora ou eugênica que visa à pureza da raça humana, eliminando aqueles que não estão em consonância com o padrão estatuído pela sociedade. A eutanásia econômica visa aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis, que não poderiam laborar e gerar riquezas, tais como doentes mentais, loucos irrecuperáveis, inválidos, anciões.

Torna-se possível traçar um conceito preliminar de eutanásia, por meio do qual se entende que a eutanásia consiste na privação da vida de uma pessoa, que sofre de uma doença terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível, motivada por razões humanitárias ou piedosas, com o consentimento do paciente, por meio de uma ação ou omissão.

A eutanásia ativa ou por comissão corresponde a realização de ato positivo no intuito de provocar a morte sem sofrimento do paciente, para que este seja aliviado ou eliminado de sofrimento. Noutra giro, a eutanásia passiva se encontra associada à interrupção do tratamento com o fim de não mais prolongar o sofrimento gerado pelo processo de manutenção da vida puramente vegetativa e carente de perspectivas dos enfermos terminais.

O atual Código Penal e a Constituição Federal não elencam qualquer possibilidade do enfermo optar pelo fim de sua própria vida, mesmo quando diante de uma patologia incurável, responsável por submeter o paciente a um sofrimento degradante. Pelo contrário, a legislação penal utiliza-se de instrumentos coercitivos (sanções jurídicas) para determinadas condutas que visem tal fim, tais como participação, instigação e auxílio a suicídio. Cita-se, inclusive, a impetração de Mandado de Injunção¹¹ no Supremo

¹¹ Trata-se de mandado de injunção individual, com pedido liminar, impetrado por George Salomão Leite, tendo por objeto viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna por parte do impetrante. Sustenta que o “direito fundamental à morte com dignidade encontra-se positivado de forma implícita na Constituição Federal, de modo a requerer um labor hermenêutico para aferir, inicialmente, sua existência, e por consequência, qual o conteúdo do bem jurídico.” (eDOC 1, p.2) Conceitua o direito fundamental a morte digna como sendo (eDOC 1, p.2) : “o direito subjetivo público, assegurado a todo e qualquer ser humano que padece de uma enfermidade grave ou incurável, consistente em decidir o momento e a forma de sua morte, desde que manifestado previamente por seu respectivo titular ou, por alguém legalmente

habilitado para tanto.” Discorre acerca do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, buscando demonstrar que apesar de não se encontrar expressamente positivado no texto constitucional, o direito à morte digna decorre dos seguintes princípios constitucionais: 1. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, III, CF); 1.1 Vedação de tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF); 2. Liberdade e autonomia individual (art. 5º, III, CF); 3. Integridade física (art. 5º, III, CF); 4. Integridade psíquica (art. 5º, X, CF); 5. Integridade moral (art. 5º, X, CF); 6. Liberdade religiosa (art. 5º, VI, CF); 7. Dever fundamental de solidariedade por parte de terceiros (art. 3º, I, CF) e; 8. Direito fundamental à vida (art. 5º, caput, CF). Nesse sentido, articula com os citados princípios constitucionais, apontando o caráter relativo do direito fundamental à vida. Argumenta que (eDOC 1, p.20): “(...) se a Constituição atribui ao Estado a faculdade de matar (e evidentemente esse ato é contrário à vontade do titular do direito fundamental a vida), mesmo que excepcionalmente, um sujeito que pode estar em pleno gozo de suas faculdades físicas e mentais, porque não permite ao indivíduo a faculdade de morrer para que se tenha paz e sossego, quando acometido por uma enfermidade grave ou incurável? A pergunta que se faz é a seguinte: porque não é dada a possibilidade de morrer, a alguém que padece de uma enfermidade grave ou incurável, cuja continuidade da vida apenas lhe trará mais sofrimentos e dores de toda ordem, mas é dada a possibilidade de matar alguém pela prática de um crime de guerra? Percebam, ínclitos Ministros, que não é factível sustentar a idéia de absolutização do direito fundamental à vida humana quando, ao próprio Estado, é permitido suprimir uma vida com a pena capital, mesmo que excepcionalmente. E o que tem-se na presente demanda é, também, uma exceção, mas que busca a promoção da dignidade humana através do morrer.” Cita trecho do voto do Min. Marco Aurélio, na ADPF nº 54, que tratava de compatibilidade com a atual Constituição da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, buscando comparar as duas situações. Questiona que “se não há mais vida em potencial, porque não permitir ao indivíduo uma morte segura, já certa, tal qual preconizado pelo Min. Marco Aurélio?” (eDOC 1, p.20) Esclarece que o exercício do direito à morte digna, caso declarado pelo STF, ficará condicionado à presença do elemento constitutivo do mesmo, que é o padecimento de enfermidade grave ou incurável. Conclui sua argumentação consignando que (eDOC 1, p.26): “Os cidadãos brasileiros têm o direito, pois, de morrer com dignidade. Os médicos brasileiros têm o direito, também, de atuar de forma segura e previsível quanto aos cuidados dispensados aos pacientes, de sorte a não serem surpreendidos posteriormente com uma ação penal tipificando a respectiva conduta como ilícita. Portanto, a segurança jurídica visa propiciar tal estabilidade nas relações entre médicos e pacientes, relativos ao denominado processo de terminalidade vital. Por fim, faz-se necessário mais uma vez, para atestar a omissão legislativa, trazer à baila as palavras do eminente Min. Luís Roberto Barroso quando da entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo: FOLHA – A Constituição brasileira permite a eutanásia e o suicídio assistido? BARROSO – Eu acho. Mas essa é uma matéria sobre a qual o legislador ordinário deveria pronunciar-se. Não creio que haja impedimento constitucional. (negrito nosso)” Requer, em sede liminar, que se assegure ao impetrante o direito de decidir pela morte com dignidade. Afirma que, apesar de não estar acometido de nenhuma enfermidade grave ou doença incurável, tal situação pode se alterar diante da imprevisibilidade da vida e aponta a possibilidade de ampliação dos efeitos da decisão proferida em mandado de injunção individual a todos os jurisdicionados. No tocante ao perigo da demora do provimento, entende que este resulta “da possibilidade de acontecimentos que eventualmente atinja a saúde do impetrante, colocando-o em uma situação de terminalidade vital, de modo que, uma vez concretizada a hipótese fática sem a respectiva e prévia prestação jurisdicional, certamente o direito a morte digna não poderá ser exercido ante todo o iter que se deve seguir até a obtenção de uma tutela jurisdicional, que não mais poderá ser eficaz em face do eventual falecimento do impetrante.” (eDOC 1, p.28) Ao final, requer a determinação de prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora ou, caso assim decida esta eg. Tribunal, que seja deferida a injunção no sentido de serem estabelecidas as condições em que se darão o exercício do direito fundamental à morte digna, na hipótese de não ser suprida a omissão impugnada dentro do prazo determinado, requerendo seja reconhecido, em definitivo, ao impetrante o direito fundamental a morte com dignidade. Requer, ainda, o benefício da gratuidade da justiça. É o relatório. Decido. O mandado de injunção pressupõe uma omissão legislativa que inviabilize o exercício de direitos e liberdade constitucionalmente assegurados, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXII, CF). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: MI 6.070, de relatoria da Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno DJe 22.05.14; MI-AgR 2.123, redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 01.08.2013 e; MI-AgR 375, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 15.05.1992. In casu, verifica-se que a via eleita pelo Impetrante não se mostra adequada a albergar o pleito referente ao alegado direito à morte digna. De fato, os requisitos para a impetração do mandado de injunção são estritos, e consistem, de acordo com o ensinamento doutrinário: “a) falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional, portanto, descumprimento, pela via da omissão do poder público, de dever constitucional de prestação jurídico-

Tribunal Federal (STF), tendo como relator o Ministro Edson Fachin, a fim de suprir tal omissão legislativa, no entanto, a corte em epígrafe compreendeu que o referido remédio constitucional não seria a via adequada, já que o impetrante não demonstrou a existência

normativa, abrangida mesmo a inconstitucionalidade parcial por omissão; b) que tal omissão impeça o exercício de direito e garantias constitucionais, de tal sorte que, de acordo com entendimento prevalente, o mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do poder público e a inviabilidade do exercício do direito; c) por via de consequência, caberá mandado de injunção apenas em relação a normas constitucionais de eficácia limitada *stricto sensu*, que, portanto, mesmo não sendo destituídas por completo de eficácia e aplicabilidade, exijam, como condição de possibilidade formal, provimentos normativos do poder público que venham a assegurar os principais efeitos; d) deve tratar-se de direito e garantia constitucional que atendam aos requisitos do art. 5º, LXXI, CF (...)” (SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Art. 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et alli. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 482) Nesse sentido, é inarredável, para o exame da demanda, a demonstração da presença dos dois pressupostos constitutivos: i) existência de uma omissão legislativa relativa a um direito ou liberdade garantidos constitucionalmente; ii) a efetiva inviabilidade do gozo de direito, faculdade ou prerrogativa da parte pela ausência desta norma infraconstitucional regulamentadora. Em que pesem os argumentos expostos pelo impetrante, não se extrai das razões ali deduzidas a obrigação jurídico-constitucional de emanar específico provimento legislativo. Com efeito, a presente impetração revela-se inviável em virtude da ausência de demonstração de lacuna técnica. Ou seja, não se visualiza, ao menos por ora, o descumprimento de algum dever constitucional pelo legislador na hipótese em comento. O impetrante afirma que para se aferir a existência do direito fundamental à morte com dignidade faz-se necessário um “labor hermenêutico”. Ocorre, entretanto, que, conforme assentado tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, a via estreita do mandado de injunção não permite que se extraia do texto constitucional lacuna técnica decorrente de interpretação reflexa dos princípios constitucionais. É por esse motivo que a doutrina afirma que o cabimento do mandado de injunção é adstrito à regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada *stricto sensu*. Quanto ao tema, bastante elucidativo o magistério do Min. Celso de Mello, no julgamento do MI 633): “Na verdade, o mandado de injunção busca neutralizar as conseqüências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada, cuja incidência - necessária ao exercício efetivo de determinados direitos neles diretamente fundados - depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador. É preciso ter presente, portanto, que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir, simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional, a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidencia naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar reflete, por efeito de determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável que se impõe ao Poder Público. Revela-se essencial, desse modo, para que possa atuar a norma pertinente à figura do mandado de injunção, que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se torna possível imputar comportamento moroso ao Estado (MI 463-MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Eventuais lacunas normativas constantes de textos meramente legais ou de normas inscritas em tratados internacionais não se revelam colmatáveis por via injuncional, eis que - como já enfatizado - o mandado de injunção somente tem pertinência, quando destinado a suprir omissões estatais na regulamentação de cláusulas fundadas, exclusivamente, na própria Constituição da República.” Em resumo, o presente mandado de injunção não reúne as condições exigidas para o seu cabimento. Não há “obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos” em relação ao direito à morte digna. Diante do exposto, por ser manifestamente incabível, nego seguimento ao mandado de injunção, nos termos do artigo 6º, caput, da Lei nº 13.300/2016, ficando prejudicada a análise do pedido liminar. Deixo de apreciar o pedido de assistência judiciária gratuita, uma vez que, em mandado de injunção, não há custas processuais (Resolução STF 581/2016 e decisão proferida no MI 3.402-ED/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22/3/2012). Publique-se. Brasília, 04 de dezembro de 2017. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (STF - MI: 6825 DF - DISTRITO FEDERAL 0014429-87.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 04/12/2017, Data de Publicação: DJe-282 07/12/2017)

de lacuna técnica, ou seja, não se vislumbrou o descumprimento de qualquer dever constitucional pelo legislador na hipótese em comento.

Assim, a conduta do médico que se omite por não iniciar ou interromper determinado tratamento de importância vital ao paciente que padece de uma doença incurável, em respeito à vontade do referido, poderá facilmente incidir na figura do homicídio, que a depender das circunstâncias do caso concreto será simples, privilegiado ou qualificado.

Em virtude da falta de regulamentação específica atinente a matéria em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a legislação penal desarrazoada e ultrapassada, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 1.805/2006. Esclarece-se que a doutrina e o Supremo Tribunal Federal compreendem que os conselhos profissionais são espécies de autarquias, a exceção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que constitui uma entidade *sui generis*. Assim, tais conselhos podem editar atos a fim de regular aspectos inerentes as profissões que fiscalizam, já que dispõem de poder regulamentar para tanto. No entanto, tais atos possuem como único fito a complementação do sentido da lei, sendo vedada qualquer disposição que aumente, suprima ou altere as disposições legais estatuídas pelo legislador, já que não se permite, em regra, a edição de regulamentos autônomos.

A retrocitada Resolução possibilitou ao médico limitar ou suspender tratamentos que prolonguem desproporcionalmente a vida de pacientes incuráveis, quando o próprio paciente recusa-se a ser submetido a um determinado tratamento médico, bem como a possibilidade de que seus representantes legais optassem pela interrupção da terapia vital, ocasião está restrita aos casos em que o enfermo já não possuísse condições de manifestar a negativa por si próprio.

Logo, possibilitou a recusa a tratamento médico vital quando o paciente não possui mais qualquer expectativa de vida - nos casos específicos de pacientes graves e incuráveis, cuja enfermidade se encontrasse em fase terminal.

No entanto, obviamente tal ato normativo afrontou o Código Penal, razão pela qual, teve sua constitucionalidade amplamente questionada, já que uma Resolução não possui força normativa suficiente a fim de afastar a aplicabilidade do Código Penal, com base nesse fundamento jurídico, a resolução foi suspensa em 23 de outubro de 2007, por

decisão liminar da 14ª Vara Federal de Brasília, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal.

Quanto as diretrizes antecipadas de vontade podem ser realizadas de três formas: o living will (testamento em vida), documento por meio do qual o paciente determina os procedimentos médicos que não gostaria de se submeter, caso algum dia estiver incapacitado de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente ou por estar em um estado terminal, do qual poderá decorrer a incapacidade; o durable power of attorney for healthcare (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde), por meio do qual nomeia um representante por meio de um mandato, o qual decidirá e tomará providências em relação ao paciente; o advanced care medical directive (diretiva do centro médico avançado), o qual consiste em um documento mais completo, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro, ou seja, é a união dos outros dois documentos.

Diferentemente dos Estados Unidos, onde o paciente pode firmar um documento declarando que não quer medidas extraordinárias ou que deseja o desligamento dos aparelhos, em caso de eventual coma, o brasileiro não possui tais opções, a eutanásia não possui regulamentação. O que se permite é por meio de diretivas antecipadas de vontade, o paciente de forma prévia e expressa, manifeste anuência quanto aos cuidados e tratamentos a quer ou não se submeter, caso esteja impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade, nos termos da Resolução nº 1.995/2002 aprovada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Ressalta-se que segundo o Art.2º, §2º da mencionada Resolução, tais diretivas não devem contrariar os dispositivos presentes no Código de Ética Médica¹².

Disto resulta que não se pode frustrar a vontade daquele que livremente decidiu pela recusa aos tratamentos que manteriam sua vida; é preciso que se reconheça sua autonomia, respeitando-se a sua vontade, cabendo ao Estado proteger a liberdade e a autonomia dos indivíduos. A vida é considerada um valor em qualquer sociedade sendo

¹² . Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

respeitada de acordo com as concepções culturais de cada povo. Contudo, o que se discute na atualidade não é apenas o direito à vida, mas a possibilidade de uma vida digna.

Tem-se na religião um meio que influencia o comportamento e as formas das pessoas observarem o mundo, o que inclui valores, costumes, crenças, hábitos. Com seus ideais e suas doutrinas, a crença na religião faz com que o ser humano passe a ter uma formação de valores voltados aos preceitos estatuídos pela referida. Assim, para a religião católica, nenhuma pessoa é obrigada a prolongar a sua vida em condições onde a morte é um fator eminente e prescrito, porém, tal ato não deve ser tomado de forma direta, ou seja, o indivíduo decidindo praticar a eutanásia e ceifar a sua vida, já que estaria envolvendo um terceiro no processo de sua morte e, assim, interferindo na Lei natural de Deus.

O II Concílio do Vaticano (26 de julho de 1980), através do Papa João Paulo II, condenou a eutanásia, reafirmando que:

“nada nem ninguém pode autorizar a morte de um ser humano inocente, porém, diante de uma morte inevitável, apesar dos meios empregados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a alguns tratamentos que procurariam unicamente uma prolongação precária e penosa da existência, sem interromper, entretanto, as curas normais devidas ao enfermo em casos similares. Por isso, o médico não tem motivo de angústia, como se não houvesse prestado assistência a uma pessoa em perigo”.

Em fevereiro de 1993, o Vaticano voltou a condenar a eutanásia em face de decisão do Parlamento holandês tê-la aprovado.

Segundo o Judaísmo a vida é uma dádiva dada por Deus, sendo considerado um bem maior que não se pode ser violado, já que os Judeus veem na vida um valor inestimável, e para os referidos não importa se a vida for dotada de muitos anos ou de algumas horas, estes a tem como algo divino e que pertence a Deus. Assim, no judaísmo não são aceitos quais tipos de atentados a vida, o que inclui a eutanásia. Os médicos são vistos como servos de Deus que detém o Dom da cura e dos cuidados, mas limitam-se a isto, não sendo a eles cabível a decisão de interromper uma vida.

Para os aderentes ao islamismo a eutanásia também é vista como ilícita, ainda que haja a presença de dor e agonia por parte do enfermo, pois acreditam que cada pessoa tem em sua vida lições, tarefas, deveres e punições a se cumprir. Assim, o islã acredita que uma pessoa portadora de uma doença e de suas complicações estaria pagando por seus erros ou pecados e, sendo assim, quando se pratica a eutanásia está dando um livramento

para o indivíduo, sendo que somente Deus poderia fazê-lo, devendo o enfermo responder pelos seus atos perante a Deus, sem nenhuma interferência externa.

Quanto ao Budismo, prega-se que as pessoas são compostas de cinco aspectos que juntos dão forma a personalidade humana e conseqüentemente ao ser humano (vontades, atividades corporais, percepções, sensações e a consciência). Assim, o indivíduo possui o direito de praticar e externar suas vontades, principalmente nos casos em que algum elemento possa interferir em sua condição corporal ou de sua consciência, podendo o indivíduo expressar vontade de cessar a sua vida, sendo aceita a prática da Eutanásia. Ademais, para o budismo, tem-se ainda a validade da eutanásia junto a pessoas em estado vegetativo, pois considera-se que as retrocitadas perderam a capacidade de expressar vontade, bem como de ter consciência e atividades corporais, não possuindo mais os cinco aspectos que dão forma a personalidade humana.

De acordo com o espiritismo, a provação de viver com a doença e o sofrimento dela decorrente, constitui uma forma de castigo. Sendo assim, o espiritismo considera que as doenças são efeitos relacionados aos ajustes de atentados cometidos contra a lei de Deus, constituindo as enfermidades, mesmo as mais graves, como lições, ainda que dolorosas, as quais fornecem melhores condições no plano espiritual e nas reencarnações futuras.

Nota-se que para a maioria das religiões a prática da eutanásia configura uma conduta imoral, tendo-se em vista que interromper a vida de uma pessoa, vai contra os ensinamentos e as crenças provindos de Deus. Logo, praticar a eutanásia, na concepção divina, seria o mesmo que realizar homicídio, pois, apesar da justificativa da dor e do sofrimento, o ato é de uma pessoa violando a vida de uma outra.

Por certo que o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, estatui o direito à vida, no entanto, o próprio Estado em determinadas circunstâncias permite que o cidadão, legitimamente, pratique condutas que venham a retirar a vida de outrem, como no estado de necessidade, legítima defesa e aborto legal.

Entretanto, não devemos ver o direito à vida isoladamente, visto que na Constituição encontramos diversos princípios norteadores, como o da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1º, III; a proibição de tratamento desumano ou degradante, disposto no artigo 5º, III; a privação de direito por motivo de crença religiosa, encontrado no artigo 5º, VIII, dentre outros.

4.2. Suicídio assistido.

O termo suicídio assistido ou suicídio medicamente assistido, ocorre quando uma pessoa morre com a ajuda de uma outra, que a ajuda a concretizar seu desejo de morte. É chamado suicídio medicamente assistido, já que a pessoa dá fim a sua vida com supervisão médica.

O auxílio ao suicídio de alguém pode ser feito por atos (prescrição de doses altas de medicação, indicação de uso ou auxílio na preparação) ou, de forma mais passiva, por meio de persuasão ou encorajamento. Em ambas as formas, a pessoa que contribui para a ocorrência da morte da outra se torna condescendente ou responsável. A legislação brasileira reconhece como ilícita tal prática, nos termos do artigo 122 do Código Penal, configura crime instigar, auxiliar ou induzir alguém a cometer suicídio.

Diante do exposto, é inevitável a reflexão sobre os limites da influência religiosa, em um Estado pretensamente laico, no qual os indivíduos possuem a prerrogativa de seguir os preceitos da religião que entenderem conveniente, ou, até mesmo, não seguirem religião alguma. No entanto, o questionamento que emerge, dá-se quanto ao direito que um indivíduo possui de morrer com dignidade, bem como a sua autonomia da vontade e ao direito ao próprio corpo. Sendo assim, as pessoas que se encontram em estágios terminais de alguma enfermidade ou possuem patologias degenerativas, que comprometem as funções vitais, em que pese às objeções da maioria, também possuem o direito de terem suas convicções levadas em conta e de fazerem suas escolhas.

Assim, indaga-se quanto ao fato de que argumentos exclusivamente religiosos não podem servir como fundamento para projetos de lei que criminalizem a eutanásia e o suicídio assistido, ou, até mesmo, para decisões judiciais que neguem a pacientes em estados terminais ou de moléstia incurável a possibilidade de anteciparem o fim de suas vidas através de tais práticas, já que o Estado é laico. O fato é que são questões que estão longe de terem uma solução, uma vez que não é apenas a moral religiosa que influencia o debate acerca da terminação da vida a partir da eutanásia ou do suicídio assistido, devendo-se destacar também o papel da ética médica nas constantes discussões.

O direito a morrer com dignidade tem sido objeto de estudo da Bioética contemporânea, uma vez que se afirma que ninguém possui o direito de impor a obrigação de viver a uma pessoa que não mais deseja em virtude de um extremo sofrimento.

5. clonagem.

Clonagem consiste no processo de produção de populações de indivíduos geneticamente idênticos, que ocorre na natureza quando organismos, tais como bactérias, insetos e plantas se reproduzem assexuadamente, referindo-se aos processos usados para criar cópias de fragmentos de DNA (Clonagem molecular), células (Clonagem Celular), ou organismos. Há diversas classificações que a clonagem comporta, podendo ser natural, induzida, terapêutica.

Na clonagem natural os seres são originados a partir de reprodução assexuada (isto é, na qual não há participação de células sexuais), como é o caso das bactérias e dos seres unicelulares. A clonagem natural também pode ocorrer em mamíferos, como no tatu e nos gêmeos univitelinos. Nos dois casos, embora haja reprodução sexuada na formação do ovo, os descendentes idênticos têm origem a partir de um processo assexuado de divisão celular. Os indivíduos resultantes da clonagem têm, geralmente, o mesmo genótipo, isto é, o mesmo gene, ou patrimônio genético.

Na modalidade induzida, a clonagem é feita por meio de um processo no qual é retirado de uma célula o núcleo e de um óvulo a membrana, sendo a junção dos dois colocada em uma barriga de aluguel, ou mesmo em laboratório, para a clonagem terapêutica. A clonagem induzida artificialmente é uma técnica da engenharia genética aplicada em vegetais e animais, ligada à pesquisa científica. A partir de uma célula-mãe, ocorre a produção de uma ou mais células (idênticas entre si e a original), os indivíduos resultantes por meio do processo terão as mesmas características genéticas do indivíduo doador (original).

A Clonagem Terapêutica é um procedimento cujos estágios iniciais são idênticos à clonagem para fins reprodutivos, mas que difere no fato do blastocisto não ser introduzido no útero, este é utilizado em laboratório para a produção de Célula embrionária/células-tronco a fim de produzir tecidos ou órgão para transplante.

A temática inerente a clonagem ganhou repercussão desde o anúncio do nascimento da ovelha Dolly, em 1997, emergindo questionamentos quanto as implicações éticas provenientes de eventual clonagem humana, uma vez que a ideia difundida por meio da clonagem, é que a ela é sinônimo de imortalidade, pois se acredita que o novo

ser clonado é o mesmo que o originou e, morrendo o ser original, a cópia poderia assumir o seu lugar, por assim dizer.

Em 2001, a Organização das Nações Unidas (ONU) decidiu elaborar uma Convenção Internacional contra a clonagem reprodutiva de seres humanos, deixando expresso que a clonagem como forma de reprodução de seres humanos é internacionalmente repudiada e constitui uma ameaça à dignidade humana, da mesma forma que a tortura, a discriminação racial e o terrorismo. Durante as reuniões para a elaboração do tratado internacional em objeto, com a participação de mais de 80 países, ficou estabelecido um consenso internacional de que a clonagem não deve ser empregada como forma de reprodução assistida em seres humanos.

Os Teólogos católicos se posicionam contrariamente a clonagem aplicada a seres humanos, dizendo que a clonagem implica riscos evidentes e sérios para o ser humano, tais como a eliminação do sentido humano das relações sexuais, esquecimento dos valores do matrimônio e família, ocasião propícia para a proliferação de outras manipulações (econômicas, políticas).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo que o direito à vida constitui um direito de extrema relevância, já que é pressuposto necessário para usufruir da maior parte dos direitos, pois o *de cuius* e aquele que foi concebido também possuem alguns direitos assegurados por dispositivos legais. Assim, supõe-se que há uma hierarquia entre os direitos fundamentais, encontrando-se o direito à vida em posição de supremacia em face dos demais. Ocorre, que não há que se afirmar que haja uma hierarquia entre os direitos fundamentais, devendo ocorrer sopesamento casuisticamente e de forma objetiva.

Ademais, desde o advento da Constituição Federal de 1891, a República Federativa do Brasil se tornou laica, não havendo religião oficial a ser professada ou protegida, passando a imperar a liberdade religiosa de forma plena, desde que com observância aos valores preconizados pelo arcabouço jurídico brasileiro.

No entanto, apesar da laicidade estatal, o Estado não se encontra livre de conflitos axiológicos envolvendo a religião, tais como a recusa a submissão a transfusão sanguínea por parte dos aderentes e religião Testemunha de Jeová, aborto, clonagem, emprego de células-tronco embrionárias. Porém, indaga-se os limites da intervenção estatal a fim de elucidar tais conflitos, já que o princípio da autonomia da vontade também deve ser observado e efetivado.

Com o advento tecnológico e científico, surgiram novas questões na seara jurídica, como o Biodireito, Bioética, os limites legais da intervenção estatal em questões atinentes a seara privada do indivíduo. O Direito é um mecanismo responsável por estabelecer limites, sejam eles preventivos ou repressivos, não podendo permanecer silente quanto ao surgimento de questões que envolvem direitos fundamentais de indivíduos.

Indubitavelmente o avanço tecnológico é de suma relevância ao desenvolvimento e construção de uma sociedade, todavia, o referido deve estar sujeito a limitações de ordens legais e principiológicas, tendo surgido o Biodireito, como disciplina a fim de dispor de tais temáticas, estabelecendo que o avanço científico não pode superar os princípios éticos e jurídicos, nem viabilizar violações à dignidade humana, devendo observância aos limites jurídicos. Assim, deve-se analisar a nuance da liberdade religiosa e da autonomia da vontade, levando em considerações aspectos jurídicos, morais e científicos, fazendo-se uma análise interdisciplinar e objetiva.

Nota-se que a religião não deve interferir em aspectos inerentes a seara privada do indivíduo. No entanto, apesar da pretensa laicidade preconizada pela Constituição Federal, observa-se que a religião continua a servir de fundamento impeditivo para a modificação de muitos dispositivos legislativos, a exemplo, cita-se a legalização do aborto, que por meio das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sempre adentram em questões religiosas, por meio dos posicionamentos dos que se demonstram contrários a tal prática. Questionamentos quanto a eutanásia, suicídio assistido, clonagem, também não apresentaram ainda regulamentação pelo legislador.

O fato é que os congressistas, usam suas religiões, muitas vezes, como mecanismo impeditivo a fim de embasar a não aprovação de um projeto de lei. Evidencia-se que o poder legislativo e o poder judiciário acabam por adotar uma postura omissiva quanto a temáticas polêmicas com o fito de não se comprometem com setores religiosos e conservadores.

No entanto, o direito não pode se manter silente quanto a problemas que estão em voga e tendem a tomar maiores amplitudes com os adventos tecnológicos e científicos. Cumpre o estabelecimento de balizas legais a fim de sujeitar a ciência a imperativos da Bioética e do Biodireito, visando regulamentar os avanços presentes e futuros, devendo o direito estar alinhado ao avançar científico, já que este, faz-se imprescindível ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4º ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana- o caso da transfusão de sangue em testemunha de Jeová. Revista da EMERJ, v. 13º, nº 50, 2010. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_155.pdf. Acesso em 26 de maio de 2018.

FERREIRA JUNIOR, Cristian Ricardo; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O suicídio assistido na perspectiva direito comparado. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/Parte-2-18-O-suici%CC%81dio-assistido-Cristian-Ferreira-Ju%CC%81nior-e-Margareth-Zaganelli.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2018.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MEZZARROBA, Orides; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Biodireito, volume 3. 1º edição. Curitiba: Clássica editora, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional. 2º edição. Editora Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32ª edição, revista e ampliada. São Paulo: editora Atlas, 2016.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A sociedade de risco, a clonagem de embrião humano e o direito penal: necessidade de revisão do Art. 26 da lei nº 11.105/05. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1cf2a082126bf02>

Acesso em 10 de novembro de 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. Aspectos éticos e legais da clonagem. Revista Bioethicos. Página 401-410. Centro Universitário São Camilo, 2011.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. Ciência e religião: os debates em torno das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <file:///C:/Users/foto%20nascimento/Downloads/15491-67790-1-PB.pdf>

GUTIÁ, Marcel Schmitz. Bioética, células-tronco e religião: uma perspectiva à luz do catolicismo. Mosaico Social - Revista do Curso de Ciências Sociais da UFSC. Ano V, n. 05 – 2010: 145-159.

Disponível em: <http://cienciassociais.ufsc.br/files/2015/03/Bio%3%A9tica-c%3%A9lulas-tronco-e-religi%3%A3o-uma-perspectiva-%3%A0-luz-do-catolicismo.-Guti%3%A1-Marcel-S.-On-line-145-159.pdf>

Ação direta de Inconstitucionalidade nº 3.510- Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_20000824_cellule-staminali_po.html. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp_ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

Revista Magis, caderno de fé e cultura. Número 10, 1996. A Carta Encíclica Evangelium Vitae, refletindo sobre o valor incomparável da vida humana. Disponível em: <http://conic.org.br/portal/files/fc10.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil). Congresso Nacional, Brasília, 2002.

BRASIL, Código de Ética Médica, Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.931/09. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 3 de novembro de 2018.

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 30 de novembro de 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 1º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado: parte I. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_1.pdf?sequence=1. Acesso em: 5 de novembro de 2018.

A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado: parte II. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10. Acesso em 10 de novembro de 2018

A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado: parte III. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_3.pdf?sequence=11. Acesso em 11 de novembro de 2018.

A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado: parte IV. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_4.pdf?sequence=12. Acesso em 12 de novembro de 2018.

A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado: parte V. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_5.pdf?sequence=13. Acesso em 12 de novembro de 2018.