

Autonomia da vontade fundamentada sob a perspectiva de crença religiosa

M. Vinicius dos Santos¹

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni²

Resumo: O objeto do presente artigo nos traz á tona um tema de constante discussão, a religião como fundamento legítimo na recusa, a tratamentos médicos, nos delimitará e discorrer ao estudo da doutrina de Jeová (testemunhas de Jeová), na qual se recusam a passar por transplantes sanguíneos, de acordo com suas concepções religiosas, a transfusão do sangue seria algo como transferência de impurezas de um sujeito ao outro. O problema do presente artigo é: deve se encarar a legitimidade de recusa medica como uma proteção, em que nossa carta suprema expressamente legitimou tal ato? O principio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade sob fundamentação teológica devem ficar em posição de supremacia? De modo a responder tais questões o presente artigo tratou de delimitar os seguintes objetivos: os paradigmas do Estado liberal, social e democrático de direito, a autonomia em sua forma pura ao paradigma contemporâneo, a legalidade do livre arbítrio. Em função das conclusões nota-se que há tal necessidade de se preservar o livre consentimento religioso, entretanto analisamos suas exceções, na qual se deve preservar o consentimento religioso, entretanto quando o paciente estiver em estado de morte não podendo ele ressaltar suas concepções é perfeitamente legitimo os atos do grupo médico de acordo com o que for possível e adequado para salva – ló mediante tal tempo.

Palavras Chave: Crença Religiosa, Estado Democrático de Direito, Legitimidade, Autonomia da Vontade.

¹ Marcus Vinicius Dos Santos. Acadêmico em Direito do 6º período da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Membro do grupo de Iniciação Científica. Membro do grupo de estudos Teoria dos Sistemas estudados sob a perspectiva de Niklas Luhmann. Ambos os grupos Coordenados pelo Professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

² Dr. Rafael Lazzarotto Simioni. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela UCS. Professor do Programa de Mestrado em Direito da

Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador Líder do Grupo de Estudos Tertium Datur
(PPGD/FDSM),

Abstract : The object of this article brings to the surface a topic of constant discussion, religion as legitimate basis in refusal, medical treatments, and talk to delimit the study of the doctrine of Yahweh (Jehovah's Witnesses), in which refuse to go through blood transplants, according to their religious beliefs, the transfusion of blood would be something like transfer of impurities from one subject to another. The problem of this article is: should face the refusal of medical legitimacy as a protection, in which our supreme letter explicitly legitimized such an act? The principle of human dignity and autonomy of the will under theological foundation should be in a position of supremacy? In order to answer these questions this paper tried to define the following objectives: the paradigms of the liberal state, social and democratic rights, autonomy in its pure form to the contemporary paradigm, the legality of free will. Depending on the findings note that there is such a need to preserve the free consent religious, however analyze its exceptions in which to preserve the religious consent, however when the patient is in a state of death he cannot emphasize their conceptions is perfectly legitimate acts of medical group according to what is possible and appropriate to save -
lô by such time

Keywords: Religious Belief, Democratic state of Law, Legitimacy, Freedom of Will.

1. Autonomia da vontade fundamentada sob a perspectiva de crença religiosa.

(**Breve Escorço**).

A atual carta constitucional prevê que ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa, convicção filosófica e política, salvo para eximir-se de deveres legais e recusar a cumprir prestação alternativa em lei sendo estes os requisitos para a privação dos direitos em virtude de crença religiosa, convicção filosófica ou política.

Assim, como a carta maior ao consagrar a inviolabilidade da crença religiosa, nos assegura também proteção à liberdade de culto, ao passo de que no passado, não existia este direito, a Constituição de 1824, consagrava a plena liberdade de crença restringindo a liberdade de culto, pois havia fixado em seu artigo 5º que a religião *Cathólica Apostólica Romana*, continuará a ser religião do império, todas as demais religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular em casas para isso destinadas sem forma alguma exterior no templo, só na Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, em seu artigo 72, inc.3º, foram consagradas as liberdades de crença e de culto. Ressaltamos que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar fé alguma, o estado deve respeitar o ateísmo, pois desde a Constituição de 1988, nosso estado não constitui uma religião definida, a qual todos devem seguir, o estado é laico.

A religião faz parte do ser humano, seja socialmente ou individualmente, mesmo o sujeito que se auto intitula *ateu*, está seguindo uma realidade, a de não ser adepto a determinada doutrina, como dizia José de Souza Fernandes “*o ser humano é por essência um ser religioso, isto é, um ser aberto à transcendência ou a uma realidade de sentido absoluto que transcende sua própria razão de ser de sua condição humana*”. (Souza Fernandes, José de - bioética, biodireito e o novo código civil de 2002, Ed. Del Rey).

Há também relevância da religião para o biodireito e para a bioética, parte do fato que tanto a ética como o direito têm a religião como um fundamento ontológico, para suas asserções e uma fonte significativa de enriquecimento. Ainda de acordo com José de Souza Fernandes, “*a religião, enquanto lugar social da experiência religiosa encontra na dimensão social o recurso da experiência religiosa experimentada intersubjetivamente um meio que impossibilita a religião e a experiência religiosa afastarem-se do seu significado original, a religião opera como uma crítica da religião. De mais a mais, a religião tem uma tarefa social e moral. Seria este talvez o significado da experiência religiosa e da própria religião para a vida humana, pessoal e social*”.

A igreja/ templo, não deve ser opressora, Deve ser aberta aos conflitos, deve ser serviçal, solidaria igual á todos sem distinção alguma, juntamente com respeito à vida e

à dignidade humana, Começamos a enxergar a importância da religião para o direito, biodireito, bioética e os conflitos sociais.

A autonomia da vontade em Kant é a faculdade de a razão pura ser, ela mesma, promotora e seguidora de princípios práticos.

já que a autonomia da vontade é condição necessária para a ética. “a crítica da razão pura mostrou que não podemos conhecer a liberdade, mas isso não pode ser confundido com uma afirmação de nós agimos sem liberdade, ou seja sem moralidade possível, a ideia de liberdade apesar de não poder ser conhecida, poder ser pressuposta. Pressupor o homem como livre ,significa pressupô-lo como portador de uma vontade pura ou seja, uma vontade capaz de agir segundo princípios práticos que ela mesma se impõe, ou seja a vontade é determinada simplesmente pela razão, independente dos móveis sensíveis”. (Kant, 2002, pg. 79-81).

Não são poucos os casos que encontramos conflitos entre direitos fundamentais, o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. Geralmente, em tais situações nos deparamos com o caso dos indivíduos seguidores da doutrina, testemunhas de Jeová (as Testemunhas de Jeová enfatizam o uso do nome de Deus usado nos textos originais hebraicos, Jeová, não acreditam na Trindade e não consideram a divindade de Jesus. Parte importante de seu credo é o trabalho de difusão da doutrina, realizado por todos os membros de porta em porta, pois a única coisa que pode trazer a salvação são os ensinamentos da sua Igreja, adotam uma ética regida que promove a honestidade, higiene, temperança e generosidade), internam-se em hospitais públicos com uma documentação realizada em cartório que expressamente se refere a vontade de não serem submetidos a qualquer procedimentos que implique transfusão de sangue, ainda que em decorrência haja o resultado morte. Em tal hipótese temos uma alta gravidade de escolha no papel do médico: respeita-se a autonomia da vontade do paciente ou presta a salvar a vida do paciente? Sendo o resultado da escolha podendo vir a gerar consequências difíceis, no âmbito social, e até mesmo na esfera cível (responsabilidade civil).

Nestes termos é importante destacar a impossibilidade de definirmos alguns direitos fundamentais como sendo absoluta, a ideia de que os direitos fundamentais são direitos absolutos vem do patamar Máximo da hierarquia jurídica e que não poderiam ser restritivos, as justificativas, são fundamentas com base na teoria jusnaturalista, qual seja, a ideia de que existiriam direitos naturais, eternos, universais e imutáveis, inerentes à condição humana. Estes direitos existiram e teriam de ser garantidos independente de haver previsão normativa, tendo prioridade absoluta frente ao estado, ou seja, pensava-se o direito sob a ótica individual, própria dos estados liberais do século XVIII.

Por outro lado os direitos fundamentais não devem ser observados na ótica exclusivamente individualista, na qual deve prevalecer a autonomia da vontade e serem considerados pelo poder Público, independe da vontade do titular do direito, configurando assim o chamado “dever de proteção” executada particularmente pelo estado, na qual ele devera agir na defesa do direito fundamental do particular, mesmo

que este não queira exercer o seu direito. Assim sobe querer proteger o direito de liberdade religiosa e autonomia da vontade, mesmo com documento assinado por paciente que professam a religião/doutrina Testemunha de Jeová, vemos a intenção de transformar estes direitos em absolutos, impedindo a limitação estatal, que nos remonta ao estado liberal de direito, não podemos afirmar então que é fortuita a necessidade de reafirmar que a proteção do direito fundamental não possui conteúdo definido de maneira apriorística. Ao contrário, como direitos baseados em princípios que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para sua concretização, também a maneira como se dará a proteção aos direitos fundamentais, precisa ser concretizada pela atuação do interprete constitucional.

2. Os paradigmas de Estado liberal, social e democrático de direito.

“Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalente) engendram um determinado tipo de estado. Observe-se, assim, que o estado moderno em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra) passagem do período medieval. Ou seja, o estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento, são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas.” (Lenio Streck, José Luiz Bolzan, edição 2008, pg. 28)

Trabalharemos com a tese contratualista, vendo o estado como sociedade natural ao homem, estado de natureza, a transformação do estado de natureza para a vida em sociedade se dava por meio de um contrato social (abstrato ou fictício), através do consenso, acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos ou pela unanimidade, os indivíduos necessitados pela segurança, se inicia o fim do estado natural e começa o estado social e político. A principal característica deste contrato é a ideia de direito no sentido de limitar o poder, individuo contra estado.

O objetivo do pensamento contratualista é explicar, a origem do Estado e também busca origem do poder político, que se dá a partir de um acordo de vontades. Os indivíduos outorgam toda a sua liberdade, e vida em estado de natureza, pois a vida em sociedade natural era livre, um homem poderia legalmente roubar alimentos de outra tribo, pois se vivia em um estado natural, *“uma guerra de todos contra todos”* (Thomas Hobbes - o Leviatã - 1651), onde o homem vivia em um estado de guerra, de total insegurança, onde o domínio do mais forte fisicamente era o que imperava no estado de natureza, não havia normas a se respeitar tampouco uma figura pública, um órgão, um Estado. Pois apenas o Estado detém o poder da coação física e moral.

Com base no contrato outorgado por todos os cidadãos com o nascimento do estado absolutista, a sociedade viu a necessidade de se ter segurança, de se ter organização, tendo – se a quem recorrer quando houvesse a necessidade de defesa pelo Estado.

Os naturalistas entendem que a sociedade é um fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação para a obtenção dos fins da existência. Consciente de que necessita da vida social o homem a deseja e procura favorecer.

John Locke, jus – naturalista, vem se opor as ideias de Hobbes. Locke propõe uma clivagem entre o público e o privado, a existência do Estado e da sociedade civil. De um lado na sociedade civil teríamos a autonomia do indivíduo que seria o império do privado e de outro lado teríamos o impérios do público, da regulação das leis. No âmbito do privado temos a ideia de propriedade privada e das liberdades, e no âmbito público teríamos a ideia de participação política. Segundo Locke a natureza do homem não seria vil, (como já afirmava Thomas Hobbes), o homem não estaria pré-disposto a atacar ao próximo, não existiria uma pré-disposição para a guerra, eventualmente poderiam vir á acontecer guerras imparciais e intermitentes, elas iriam existir porque eventualmente, certo indivíduo não respeitaria o direito natural de outro, gerando assim á autodefesa, justiça pessoal, pois não iriam existir instituições regulamentadoras para a vida em sociedade. No Estado de natureza não teríamos juízes ou sujeitos incumbidos de poder Estatal, para sanar os conflitos. Com a fundação do governo civil, nos teríamos o monopólio do estado e da justiça, aplicação do direito no poder do Estado. (John Locke e o segundo tratado sobre o governo civil , 1698).

Segundo o filosofo iluminista e também contratualista Jean-Jacques Rousseau, o homem estava disposto ao egoísmo, a luxúria, ao espírito do bom selvagem, o homem não tinha engenho ou arte, não sendo este pré – disposto a uma guerra.

As ciências e a arte a que Rousseau se refere, seriam as análises para com as instituições, ao criar novas instituições garantem-se assim liberdades, como principal objetivo, todo o desenvolvimento da arte e da ciência deveria aos malefícios e prejuízos delas mesmas. E assim homem perderia a sua liberdade civil. (Jean Jacques Rousseau – o contrato social – 1762)

O recurso ao estado de natureza não será empregado para fundamentar um código de direitos inatos, os direitos jus – naturalista (Locke), a teoria de estado de natureza, terá um cargo investigatório, para com as transformações da liberdade humana, que exige um comportamento político ativo, também não será utilizado para legitimar a submissão dos membros do estado a uma autoridade superior.

É complexo de se definir em apenas um mero conceito o que é de fato o Estado. Karl Max identificou o estado como sendo uma realidade histórica, ele coloca o surgimento do Estado como algo em espiral, ou seja, o Estado como produto da história é uma realidade mutável, aquilo que no passado é diferente do futuro, entretanto o passado poderá á vir influenciar em nosso futuro.

Em relação ao Estado temos três acepções de suma importância, quais sejam: acepção filosófica, sociológica e jurídica.

Na acepção filosófica, segundo Hegel, o estado seria a realidade da ideia moral, seria também a síntese de uma tese e de uma antítese. A tese seria a família, a antítese seria a sociedade, e a síntese seria o Estado. (Hegel – princípios da filosofia do direito Ed. Martins fontes)

Na acepção sociológica teríamos o Estado enquanto instrumento de poder. Seria a institucionalização do poder, basicamente em razão de questões econômicas, sendo extremamente importante para o surgimento do capitalismo, pois teremos segurança para com o trânsito de mercadorias, atendendo também aos interesses da burguesia capitalista em razão de interesses econômicos. Gramsci representava o Estado como uma infraestrutura e superestrutura. A infraestrutura é econômica para com a sociedade civil, e na superestrutura o Estado com uma base econômica e capitalista presente na sociedade civil. (Gramsci – um estudo sobre seu pensamento político)

Na acepção jurídica temos um homem que viria a mudar todo o contexto do direito, e das formas de interpretação de uma lei, Hans Kelsen, com a sua obra prima, teoria pura do direito, a única razão do ser do Estado é a produção das normas jurídicas. Segundo o grande filósofo e jurista, o estado seria um ordenamento jurídico. Tem compromissos com o dever – ser, de transformar determinadas ideias, em ações concretas e reais. A totalidade das normas deve ser transformado em ações, garantindo assim a probabilidade e mecanismos de defesa da propriedade e do demais direitos. (Hans Kelsen – teoria pura do direito).

O Estado moderno começa a ser constituído a partir do século XVI, com o estado absolutista, (sendo este a primeira fase do estado moderno) centralização do poder, passagem do modelo feudal para o moderno, representa um modelo de dominação para o outro, passamos de um modelo tradicional e carismático, para um modelo de estado racional. Tendo este Estado às características de centralização de poder, um aparato burocrático, uma organização do estado, um exército que garantisse a ordem interna e também para repelir toda e qualquer invasão externa, transição da ordem carismática/tradicional, para a racional legal.

O Estado liberal de direito, surge e se inicia a partir dos fracassos do estado absolutista. O Estado liberal se inicia com algumas promessas, que diz respeito ao ideal de vida boa, essas promessas passaram a integrar o ordenamento jurídico político, algumas promessas foram cumpridas outras não.

No Estado liberal de direito temos a hegemonia do homem burguês, que era livre, igual e proprietário, tripartição de poderes, estado atuando como forma organizada. A origem do poder do estado liberal, é popular, emana do povo.

O Estado liberal, também chamado de vigia noturno funciona como um ente que pretende garantir segurança pública e também segurança jurídica (através das leis). É

um estado pouco interventor, observa a relação dos indivíduos, e só irá se intrometer quando é chamado, este Estado não tem deveres sociais, não cumpre com deveres para com a sociedade, é um Estado de poucas atribuições, garante apenas a autonomia privada dos indivíduos. Tendo como marcos teórico o manifesto comunista de 1848, a luta pelos três 8 (oito horas de trabalho, oito de descanso e oito de lazer), a vedação de trabalho infantil com menos de 5 anos e a revolução bolchevique de 1917, o estado liberal fracassa com a junção de modo de produção capitalista, não conseguindo cumprir todas as suas promessas de vida boa, com a revolução bolchevique o sistema capitalista se depara com seu oposto, o socialismo. O sistema capitalista fracassa e tudo passa a ser de propriedade do estados e direitos coletivos, o surgimento do estado social se inicia com a constituição Mexicana de 1917, e a constituição de Weimar de 1919(um ícone socialdemocrático) e a declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado, na Rússia socialista de 1918, todos estes documentos são contribuições para se construir direitos coletivos, direitos dignos, direitos às minorias.

O Estado Social é o resultado de uma longa transformação por que passou o Estado Liberal e, conseqüentemente, é parte do curso histórico do Estado de Direito, quando incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis, definem – se assim constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas com direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado, como características podemos dizer que o Estado social é interventor, tem bases no garantismo social, o Estado como provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas.

O Estado Social nasce na década de 1920 como uma resposta á retaliação burguesa, oportunista e conservadora ao incremento dos movimentos sociais e tem seu término nas décadas de 70 e 80. O novo status positivus socialis, passa á intervir na economia, na vida privada, determinando políticas assistenciais. Este estado tem uma 2ª fase o estado de bem estar social (estado providencia), surge depois da II guerra mundial, em razão da dignidade da pessoa humana, necessitava haver direitos ligados ao ser humano e sua dignidade, precisava colocar o ser humano sob a ótica jurídica.

O problema deste Estado é que ele se agigante, ele passa a ser interventor, não é mais mínimo, mas máximo, sendo este o motivo de seu fracasso, pois é um Estado de muitas atribuições, fez muitas promessas, mas não consegue realizar todas, é um estado que se endivida, ele gera mais gastos, para poder cumprir com suas atribuições, tornar –se um, Estado burocrático e ineficiente, por estes motivos os neoliberais começam á critica –lô, afirmando que o Estado deveria voltar a ser mínimo, devendo se afastar de algumas ações sociais.

O Estado democrático de direito é uma derivação do próprio constitucionalismo social, tem um conteúdo de transformar a realidade, não se auto restringindo como o fez Estado social, sendo assim seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna á sociedade, agindo simbolicamente no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, onde a questão da democracia contém e implica a solução do problema das condições materiais de existência.

Este estado tem como características, a vinculação de um estado democrático de direito a uma constituição, sendo este o instrumento para a garantia jurídica de direitos, legalidade, segurança jurídica, igualdade não apenas formal, mas também como articulação de uma sociedade justa, com objetivos corretivos das desigualdades, a sociedade organizada de forma democrática e um sistema de direitos fundamentais e coletivos que irão garantir ao homem uma autonomia perante os poderes públicos. Este estado conta com marcos importante como a constituição portuguesa de 1976 e da Espanha de 1978, são documentos constitucionais contemporâneos, onde temos uma atuação de suma importância do poder judiciário, onde o juiz se torna um concretizador da constituição

“O estado liberal apresentava-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei como instrumento de legalidade, caracteriza – se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento, seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo. A novidade do estado democrático de direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve – se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem – se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.” (Lenio Streck, José Luiz Bolzan, edição 2008, pg. 103, 104).

A diferença dos paradigmas de estado anteriores ao estado democrático de direito, é que este apresenta não só uma continuidade, como também uma ruptura do antigo regime, trazendo formal e materialmente uma segurança jurídica mais eficaz e legítima.

“O estado de direito, dada a sua substancialidade para além de seu formalismo, incorporando o feitiço indomesticado da democracia, apresenta –se como uma continua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega –se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas”. (Lenio Streck, José Luiz Bolzan, edição 2008, pg. 105)

3. A autonomia

A autonomia etimologicamente significa o poder de dar a si próprio a lei, *autos* (por si mesmo) e *nomos* (lei).

Não se entende por autonomia como algo absoluto e limitado, tão pouco como sinônimo de autossuficiência. Autonomia é o oposto de heteronímia, está é um conceito

desenvolvido pelo grande filósofo Kant, para justificar as leis que recebemos, é quando um indivíduo se sujeita à vontade de terceiros ou de uma coletividade. É um conceito básico do estado de direito, em que todos devem se submeter à lei. A heteronímia significa que a sujeição às normas jurídicas não depende do livre arbítrio de quem ela esta sujeito, é uma imposição exterior que decorre da sua natureza obrigatória.

A palavra, autonomia denota diversos significados, mas trabalharemos com uma definição mais adequada para o nosso propósito. No *vocabulário técnico e crítico da filosofia*, “*etimologicamente autonomia é a condição de uma pessoa ou de uma coletividade cultural, que determine ela mesma a lei à qual se submete.*” (André Lalande, *vocabulário técnico e crítico da filosofia* - 1999).

Entendamos a autonomia como uma condição, ela se dá de forma consciente em cada sujeito, sua construção se fragmenta em dois aspectos: o poder de determinar a própria lei e a capacidade de realiza – lá.

O primeiro aspecto está ligado à liberdade e ao poder de criar, fantasiar, decidir, conceber. Já o segundo aspecto está ligado ao poder ou capacidade de fazer algo. Ou seja, no primeiro temos a vontade em nossa consciência e no segundo a transformação da nossa vontade consciente para o mundo real.

Para que haja autonomia estas duas características devem existir, e o pensar autônomo precisa fazer autônomo. O fazer não acontece no mundo metafísico, ele tem de ser realizado no mundo real, concreto, portanto está cerceada pela lei natural, pelas leis civis, pelas convenções sociais, a autonomia é limitada por condicionamentos, não sendo ela absoluta.

Segundo Lalande, “*se a autonomia é a condição de quem determina a própria lei, a condição de quem é determinado por algo estranho a si é heteronímia, sendo esta uma condição de uma pessoa ou de uma coletividade que recebe do exterior a lei à qual se submete*” situações como ignorância, escassez de recursos materiais, má índole moral, tudo isso impõe limitações ou anulam a autonomia, tendo um caráter de heteronímia. A autonomia exige uma existência que não é de antemão determinada, a fim de que o sujeito possa exercer o poder de determinar-se.

A ideia de autonomia já era utilizada desde os povos antigos, na Grécia antiga, os povos de uma comunidade se rebelavam e buscavam a sua independência na cidade.

Platão, em seus estudos, desenvolve um teoria mais elaborada, podemos dizer até mesmo mais sofisticada, ao definir uma comunidade perfeita, a define como autarquia, acrescentando o aspecto da suficiência econômica. Em Platão a ideia de autonomia não possui caráter moral, mas de forma indireta contribui para o desenvolvimento do caráter moral do conceito moderno de autonomia.

O filósofo grego faz uma distinção entre as partes superiores e inferiores da alma, qual seja, dominar a si mesmo é fazer com que a parte superior da alma controle a parte inferior, ou seja, a razão deve ser forte o bastante para controlar os desejos.

Para Platão ser governado pela razão, ser racional, era ser o senhor de si mesmo, já começamos a vislumbrar a ideia de autonomia, já na Grécia antiga. (Platão – a república)

Já para Aristóteles a noção de autarquia é adepta de moralidade, mas agora nos referimos ao indivíduo humano e o que ele visa na procura de sua felicidade. O bem se basta por si mesmo, tendo um caráter teleológico (para um determinado fim), é livre de toda a necessidade, desta forma a felicidade e a autonomia se dão ao sujeito que possui tal bem. (Aristóteles – ética á Nicomaco)

Os povos estoicos também contribuíram para o desenvolvimento de autonomia, embora ainda não usassem este termo, contribuíram com ideias para a noção de autonomia, como a independência de toda regulação e de todo constrangimento vindo do exterior, satisfação das próprias necessidades sem que a cidade ou o indivíduo precise estar em dependência de outro. Os estoicos eram adeptos de uma razão divina ou razão natural, que iria reger o mundo sob uma ordem necessária e, a mais perfeita possível. “*A autonomia do sujeito de situa no nível de julgamento, que compreende a capacidade de prever e escolher*” (Bourricaud, 1985, pg. 52).

Já na época moderna, Maquiavel, desenvolveu seu conceito de autonomia política em sua obra *discursos*, combinando dois sentidos de autonomia. O primeiro como sendo liberdade de dependência, e o segundo como poder de se autolegislar. Em Martinho Lutero vislumbramos um conceito de autonomia com base na espiritualidade, como liberdade de dependência passa a ser liberdade espiritual, interior, em relação ao corpo e suas inclinações. O sujeito seria autônomo na medida em que estivesse livre das inclinações do corpo, e só assim e poderia obedecer a deus.

Mas é em Kant que a autonomia passa a ser analisado de uma forma mais eficaz, ganhando maior força, ele faz uma crítica á autonomia religiosa de Lutero para a autonomia moral. Kant combina os sentidos formulados por Maquiavel, mas em uma esfera de determinação de vontade.

Autonomia para Kant era a independência da vontade em relação a todo objeto de desejo (liberdade negativa) e a sua capacidade de determinar – se em conformidade com a sua própria lei, que é a da razão (liberdade positiva).

Kant busca recuperar o sentido de autonomia, considerando a totalidade do ser humano, (colocando este no centro) considerando a sua racionalidade em sentido mais amplo que o instrumental. Para Kant, a natureza racional existe como fim em si mesma, dessa forma, os seres racionais possuem dignidade particular, diferentemente do restante da natureza são livres e autodeterminantes, e a ideia de dignidade está inseparavelmente ligada à ideia de autonomia.

A vontade autônoma concebe para si a própria lei. A vontade é autônoma na medida em que não é simplesmente submetida a lei, já que o sujeito é o seu próprio autor. O princípio da autonomia é o imperativo categórico, com a ideia de “*Age apenas segundo*

uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal” (Kant, pg. 223. Fundamentação da metafísica dos costumes). Este principio será possível a partir da pressuposição da liberdade da vontade , a vontade deve querer a própria autonomia e sua liberdade consiste em ser lei para si mesma.

A formulação do imperativo categórico que se refere à autonomia é a ideia da vontade de todo ser racional, concebida como vontade legisladora universal, a minha vontade para ser mais eficaz deve atender á todos, uma vontade universal em comum.

“A autonomia da vontade em Kant é a característica da vontade pura enquanto ela apenas se determina em virtude da própria essência, quer dizer, unicamente pela forma universal da lei moral, com exclusão de todo motivo sensível” (Lalande, 1999, pg. 115).

Quando a vontade é autônoma, promulga leis universais isentas de todo interesse, que reclamam a obediência por puro dever, que é a própria ideia do imperativo categórico.

Kant considera a autonomia a vontade do principio supremo da moralidade (Kant, 1974, pg. 238).

Segundo Jean Jacques Rousseau, em sua teoria sobre como se origina o estado, “ *o contrato social*”, a vontade geral sobressai sobre a vontade particular, a abrir mão de seus desejos e vontades, inserindo a noção de dever.

Na transgressão do estado de natureza para a vida em sociedade civil, o homem adquire moralidade, pode consultar sua razão antes de ouvi lá. Mas a como submeter indivíduos a leis comuns do estado, e ao mesmo tempo garantir a sua autonomia? Rousseau desenvolve uma identidade entre os indivíduos e faz dessa identidade um ideal a ser realizado pela vontade de cada um, os quais reconhecem a liberdade dos outros como condição para a própria liberdade. Assim a autonomia é um ideal que deve ser regra de todos.

4. A legalidade do livre arbítrio.

O trabalho ora apresentado até o presente momento se preocupou em detalhar paulatinamente a evolução da autonomia, os estados que foram contribuindo para a formação da autonomia.

Um assunto a que se muito discute atualmente é o principio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos, determinadas religiões detém doutrinas tão severas que nega até mesmo salvar a sua vida a partir de uma hemotransfusão sanguínea, como é o caso mias conhecido da doutrina das testemunhas de Jeová.

O argumento das testemunhas de Jeová se baseia em que a transfusão de sangue é proibida pela bíblia. A transfusão de sangue humano constitui violação do concerto de Jeová, ainda que esteja em jogo a vida do paciente.

O pensamento sobre este tipo de conduta se baseia em uma interpretação digamos que errônea e livre da bíblia pertinentes ao sangue sacrificial dos animais. Citarei alguns dos textos nos quais baseiam o seus argumentos, quais sejam:

“ Gênesis 9:4 - Carne, porém, com sua vida, isto é com seu sangue, não comereis” , não houve mera referencia sobre transfusão sanguínea, após o dilúvio, não havendo vegetação suficiente para alimento, deus disse a Noé, que poderia se alimentar de carne, porém com o cuidado de tirar – lhe previamente o sangue.

“ Levítico 7:27 – Toda pessoa que comer algum sangue, será eliminada de seu povo”

“Levítico 19:26 – Não comereis coisa alguma com sangue”

Ao analisarmos ambos os textos podem conferir que não há previa distinção de sangue humano ou transfusão sanguínea, o texto se refere a carne de animais.

Para a doutrina, testemunhas de Jeová, não se dever ingerir ou comer sangue, sendo isso uma norma entre eles de caráter moral, pelo sangue se respeita a vida.

O corpo humano tem uma grande porção de sangue, cerca de 1/13 do peso de um ser humano, e quando aberto um vaso, ocorre a hemorragia, e a morte sobrevém desde que a metade desse líquido se perca, apenas o recurso injetável de outro sangue do mesmo tipo pela hemotransfusão, poderá salvar a vida.

Não há que se comparar alimentar – se por via oral, pelo sangue de animais, (pois é tão perigoso e inadequado, apresentando riscos de vida maiores). Salvo em casos excepcionais como força maior ou até mesmo a vida em um estado de natureza.

Diferentemente é renovar a corrente circulatória, com o mesmo elemento que a compõe, repondo o sangue perdido, evitando assim a morte do paciente. Quando ocorre uma transfusão, não se trata de ingerir sangue humano, nem de alimento, mas de reabastecimento circulatório. Podemos citar um grande exemplo as estatísticas da cruz vermelha atestam que um numero significável de vidas foram salvas pelo método de transfusão sanguínea.

“ I João 3:16 – Devemos dar a vida pelos irmãos”.

Analisando o texto de João independente um olhas científico, religiosa ou moral, ficamos impressionados com a atitude de cristo em face ao sofrimento alheio. Compadecia dos doentes, curava – os, poderíamos até mesmo bem dizer que Cristo foi um rebelde, pois ele amparava aqueles á quem o estado lhes davam às caras, sejam eles: doentes, prostitutas, enfermos etc.

As testemunhas de Jeová, não mantêm hospital algum, menos ainda instituição social de caridade, nem para os seus próprios membros e adeptos desta doutrina. Fundamental que o seu objetivo é restaurar o nome de Jeová, sendo que eles também não realizam caridades.

Mesmo estando em jogo uma vida humana, de acordo com as testemunhas de Jeová, ou ele irá morrer ou então não salvará uma vida, é inadequado este paradigma pois se a própria bíblia diz que devemos salvar a vida de nossos irmãos, de que ninguém tem maior amor do que este de dar a vida em favor de seu amigo, ou outrem, para eles todas esta “lei” que consiste no grande livro da bíblia foi “abolido”, inclusive o texto “não mataras”, pois eles não se compadecem de doentes, se necessitar voluntariamente de uma transfusão sanguínea e a pessoa for adepta das testemunhas de Jeová, esta pessoa irá morrer.

Voltando para a ótica do ordenamento jurídico, como ficaria este caso, pois o estado tem o dever de salvar vidas, ao passo que a sociedade tem a sua autonomia que pode ser baseada e fundamentada pela religião.

O princípio de consentimento informado determina que, antes da intervenção médica, cirurgia, ou fórmula médica, o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia, cirurgia. Deixando que o enfermo expresse o seu consentimento para o que considera ser o mais adequado aos seus interesses.

O direito ao consentimento informado tem prévia expressão em nossa atual carta política, podemos citar princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e legalidade, CF./1988 artigos. 1º, III, 5º caput e II.

A dignidade da pessoa humana corresponde aos fundamentos do princípio do estado de direito democrático e vincula a atividade médica, entretanto não existe dignidade sem autonomia, deve ser concedido ao paciente o direito de fazer escolhas terapêuticas de acordo com seus valores morais, filosóficos, políticos e religiosos, CF de 1988 artigo 5º VIII, além de o paciente poder recusar de pleno direito tratamentos médicos com base neste artigo, ele também terá o artigo 5, II da CF/ 1988, - ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No caso da transfusão de sangue, não a lei que obrigue a optar por este tratamento, sendo legítima a recusa.

A legislação infraconstitucional, atenta ao princípio do consentimento informado e ao princípio constitucional da dignidade, no art. 15 do código civil brasileiro – ninguém pode ser constrangido a submeter – se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Este artigo embora esteja expresso no capítulo de direitos da personalidade, também pode ser analisado sob a ótica da responsabilidade civil, pois até recentemente era cultural e absoluto a responsabilidade do médico em salvar a vida do paciente a qualquer custo.

De acordo com Silvio Rodrigues “ tal regra deve ser vista sob dois ângulos: para o paciente, se situa no campo dos direitos da personalidade, para os médicos no campo da responsabilidade civil, constituindo – se mandamento ao médico para, nos casos graves não atue sem expressa autorização do paciente”.

Só existiram consequências jurídicas no caso de atuação médica sem consentimento e o efeito danoso se dará por agir sem autorização, responderá este por perdas e danos.

De acordo com o artigo 15, do código civil brasileiro, o risco de morte do paciente cria a obrigação do médico, antecipadamente este, deverá colher o consentimento do enfermo sobre tratamento médico ou método terapêutico a ser realizado, o médico poderá responder civilmente pelos danos aos seus direitos de personalidade que o tratamento forçado vier a causar no paciente.

Resalto também o artigo 8º do código de defesa do consumidor, que garante o direito a informações adequadas a respeito da prestação de serviço o que pode ser traduzido no campo da saúde como o exercício do consentimento informado. Também é vedado de acordo com o artigo 39, III e IV o fornecimento de serviços sem a previa solicitação, o que vale também se prevalecer da fraqueza do paciente/consumidor em razão de seu estado de saúde, excluindo assim a possibilidade de tratamento médico de acordo com a vontade do paciente/ consumidor.

Ensina Nelson Nery Junior sobre esta colisão de direitos fundamentais, aos religiosos que negam transfusão sanguínea, “ ocorre entretanto , que essa propalada colisão é um falso problema, na exata medida em que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito(consoante da teoria da colisão dos direitos fundamentais, Robert Alexy), somente ocorre quando a realização de um direito fundamental no caso da liberdade religiosa, causa, dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem”.

De acordo com a citação acima transcrita, quando um paciente recusa ou escolhe tratamento em razão de sua convicção religiosa, em nenhum momento afeta direitos de terceiros, de maneira que não deve se falar em colisão.

É de se desconsiderar também a tese de violação de bem coletivo, pois o paciente não está pleiteando a morte, mas sim a esperança de que a ciência medica lhe apresente uma cura, uma solução terapêutica, que preserve a sua saúde e ao mesmo tempo respeita a sua convicção religiosa, política, filosófica, sendo assim, desta forma seus direitos fundamentais estarão sendo respeitados.

É adequado o comentário do grande mestre José Luiz Quadros de Magalhães: “acreditamos, no entanto que o direito á vida vai além da simples existência física. O direito à vida que se busca através dos direitos humanos é a vida com dignidade, e não apenas sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para ganhar a dimensão maior de direito, sendo, portanto, a própria razão de ser dos direitos humanos”. (José Luiz Quadros de Magalhães - direito constitucional)

Seria impossível afirmar que o direito a vida há sempre de prevalecer sobre os demais direitos fundamentais. Entretanto quando houver a colisão destes direitos, a solução a ser tomada será através da ponderação, ou seja que um direito não se sobressaia ao outro, que ambos coexistam para haver harmonia.

Não há que se falar de que o direito à vida é indisponível e uno, mesmo havendo iminente risco a este direito, o médico ao intervir (em nosso assunto ora discutido, realizando transfusão de sangue em testemunhas de Jeová), não será responsabilizado civilmente.

Não há que se falar em responsabilidade civil do médico que realiza a intervenção médica em paciente cuja sua crença religiosa não aceita tal procedimentos, desde que haja iminente risco a vida do enfermo, caso não haja iminente perigo de vida, o médico não poderá intervir, deve prevalecer a vontade do paciente em optar por uma outra solução farmacêutica, outro método médico para a solução de seu problema. Deverá prevalecer a vontade do médico se o enfermo for incapaz, não devendo o médico responder civilmente, até mesmo por violação de liberdade religiosa.

Podemos citar a lição de Miguel Kfoury Neto “ em nenhuma hipótese poder –se-ia, buscar a reparação de eventual dano – de natureza moral, junto ao médico se este realizasse por exemplo, a transfusão de sangue, contra a vontade do paciente ou de seu responsável, provando o grave e iminente risco de vida.”

Para encerrar a questão de responsabilidade civil, devemos analisar no caso concreto, se houve ou não a existência de perigo de vida ao paciente, pois se efetivamente há a sua presença o médico ao intervir, não poderá ser responsabilizado civilmente. Entretanto não havendo risco algum à vida do paciente, caso ocorra de o médico ter realizado a intervenção, sem a aceitação ou confirmação do paciente para tratamento a ser realizado surge a possibilidade de responsabilização da esfera civil.

Ninguém pode ser constrangido a renunciar sua consciência, sua fé, seus princípios religiosos, ninguém poder ter o seu direito violado de livremente decidir o que é ou não adequado para si. A liberdade de livre escolha, convicção religiosa e de manifestação de vontade são invioláveis.

A fim de preservar seu princípios religiosos os testemunhas de Jeová costumam trazer consigo um cartão de identificação ou declaração, que afirma não admitir tratamentos terapêuticos que ocorram transfusão sanguínea, isenta ao mesmo tempo médico de responsabilidade civil por qualquer resultado proveniente da recusa do paciente, atualmente eles sempre estão portando estes documentos ao serem internados em hospitais. Eles também criaram uma rede mundial de comissões de ligações com hospitais (COLIH), incumbidas de orientar equipes médicas sobre alternativas para evitar e hemotransfusão ou até mesmo ajudar outros paciente a usarem alternativas, que se enquadre em sua doutrina religiosa.

Os direitos fundamentais quando em posição de conflito, devem ser ponderados, de tal forma que a dignidade da pessoa humana deve ser diretamente resguardada, assim um conflito que exija ponderação, terão preferências as normas que atribuem direitos fundamentais ou diretamente resguardem a dignidade humana.

A solução entre a colisão direto à vida contra a liberdade de crença, há de ser solucionada de forma que uma ou outra, não poderá deixar de existir, de ser válida, não é compatível com um estado democrático de direito conflitos entre direitos fundamentais , um não pode fulminar o direito de prevalência de outro, devem viver de modo a serem ambos efetivamente aplicados.

5. Considerações Finais.

Que o direito e a religião sempre andaram juntas é um fato já reconhecido, que ambos não se entendem também já é sabido. Não é de hoje que temos a religião como argumento para o direito volte ao tempo, na época da inquisição, que nada mais era do que julgamentos com base em religião, pois o Estado da época estipularia certa religião, não admitindo quem desejasse seguir outra, quem não seguisse a norma sofreria sanções brutais, tais como enforcamentos, eram queimados vivos, e sempre em praças públicas para que todos os outros observassem e temessem, (tendo um caráter educativo traumatizante, coação psicológica) eram acusados de heresia e bruxaria.

Entretanto a religião integra o direito e o direito integra a religião nos fatos concretos, por exemplo, ambos influenciam o outro, (assim como direito e moral).

Não há que se falar em ausentar a religião como base de um argumento, pois o próprio Estado nos permite fundamentar um caso concreto com base em convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Mais especificamente no caso ora abordado, a autonomia religiosa deve prevalecer sobre as normas e princípios do Estado? É um assunto paradoxal, não há uma resposta certa, pois o Estado tem o dever de promover a dignidade, segurança e saúde para o ser humano, mas também proporcionou autonomia para o ser humano seguir sua concepção no que acreditar e também não intervir.

Em um caso concreto como, por exemplo, a doutrina de Jeová, a sua liberdade religiosa há que prevalecer, em se tratando de assuntos médicos, somente em casos de extrema urgência o medico/Estado, terá o pleno direito de julgar, ou promover um método de

cura para o paciente, sem prevalecer a sua concepção religiosa, mas somente em estado de gravidade.

A religião antecede ao homem, já esta inserida na sociedade, não há como uma haver mudança radical ao passo de excluí – lá de nossa vida cotidiana, social e jurídica.

A autonomia com base na religião deve ser respeitada, devendo o Estado se intervir somente em casos de emergência, sendo, portanto irrelevantes neste caso, a concepção religiosa e filosófica.

Referências.

ARISTÓTELES . Ética a Nicomaco, 3º Ed. Edipro 2009.

BÍBLIA SAGRADA DA GRAÇA DE DEUS. Ed. Sociedade Bíblica Do Brasil, Barueri, SP.

COUTINHO, C, N. Gramsci, um estudo sobre seu pensamento político. Campus, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado, 2º Ed. Saraiva 1998.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Martins fontes.

KANT, Imanuel, Critica da razão pura. Ediouro 1998.

LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia, 3º Ed. São Paulo, Martins fontes, 1999.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil, 4º Ed. Vozes, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e a recusa por tratamento por motivo religioso, Revista de direito privado , nº41, revista dos tribunais p. 241.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Direito Constitucional, Belo horizonte. Mandamentos, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social – Princípios do direito político, 3º Ed. R/T , 2012.

SOUZA, Fernandes Jose. Bioética , biodireito e o novo código civil comentado. Del Rey , 2002.

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz. Ciência política e teoria geral do Estado, 7º Ed. Livraria do advogado, 2012.

THOMAS, Hobbes. O leviatã. Coleção a obra prima de cada autor.

VENOSA, Sílvio de salvo. Responsabilidade civil, 12º Ed. São Paulo, atlas, 2012.

