

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO-CIÊNCIAS CRIMINAIS**

CESI CRISTIANI ODY

**LIBERDADE RELIGIOSA E CONSTRANGIMENTO ILEGAL: os casos de transfusão
de sangue nas Testemunhas de Jeová**

PORTO ALEGRE

2009

CESI CRISTIANI ODY

**LIBERDADE RELIGIOSA E CONSTRANGIMENTO ILEGAL: os casos de transfusão
de sangue nas Testemunhas de Jeová**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2009

CESI CRISTIANI ODY

**LIBERDADE RELIGIOSA E CONSTRANGIMENTO ILEGAL: os casos de transfusão
de sangue nas Testemunhas de Jeová**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
-Graduação em Direito da Área das Ciências
Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Presidente)

Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila

Prof. Dr. Wilmar Luiz Barth

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O271	Ody, Cesi Cristiani Liberdade religiosa e constrangimento ilegal : os casos de transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová / Cesi Cristiani Ody. – Porto Alegre, 2009. 168 f. Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. 1. Direito Penal. 2. Crime Contra a Pessoa. 3. Liberdade Religiosa. 4. Constrangimento Ilegal. 5. Dignidade da Pessoa Humana. I. Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. II. Título. CDD 341.5522
------	---

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Vinicius Sporleder de Souza, pela constante ajuda, pelo sábio aconselhamento a mim dispensado, sempre no sentido de aguçar a busca do novo, do diferente, mas igual arranjo de fundamental importância na realização deste estudo.

Agradeço também, à Direção do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, pela presteza e recepção no tratamento dispensado ao corpo discente, pela disponibilização de recursos humanos de alto nível, bem como de recursos técnicos cogentes para a concretização das buscas alcançadas no presente estudo.

Aos meus pais, Lino José Ody (*in memoriam*) e Maria Therezinha Schons agradeço pela presença, em forma de amor, confiança e compreensão, sentimentos com os quais pude contar, apesar de minha ausência, diante do tempo dedicado aos estudos empenhados no Mestrado acadêmico.

Ao meu filho Átila Neto, motivo de alegria e satisfação, realização de maior magnitude em minha vida terrena, a quem dedico grande parte de meu empenho, pela responsabilidade da extensão minha que este ser representa, na esperança de um mundo mais ameno.

Alexandre, obrigada por me acompanhar, me compreender e me amar.

Aos meus colegas de profissão, Aline Fagundes dos Santos, Cleber Prado e Eluciana Carla Ody, amigos para se ter, exemplos de profissionais para seguir, minha gratidão com profundo apreço.

"(...) falar do Homem e dos homens é falar de Deus. A fé não é, pois, extrínseca ao homem."

Paul-Eugéne Charbonneau. *O Homem à procura de Deus*, p. 504.

RESUMO

O propósito da presente investigação se ocupou em desenvolver uma revisão crítica da exceção contida no crime de constrangimento ilegal no Direito Penal brasileiro, nos casos de transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová e o exercício da objeção de consciência por motivos de cunho religioso. Nos tempos em que a sociedade ostenta a necessidade de tutelar a liberdade em todas as suas dimensões, a vida privada, a livre manifestação do pensamento, e todas as extensões que compreendem a dignidade da pessoa, o Direito Penal, enquanto uma ciência capaz de recepcionar os conflitos de sua época deve identificar-se com as necessidades desta sociedade dinâmica. Tal anseio confirma o direito como um produto da cultura, de caráter histórico, que evolui no mesmo compasso da sociedade. Segue, pois, o presente estudo percorrendo as interpretações que comportam o tema em questão, problematizando-o, em revisão de sua legitimidade. Para permitir tal enfrentamento, a instrumentalidade aplicada compreendeu uma interpretação sistemática, assegurando um diálogo de cunho compreensivo entre Direito Penal e a Ordem Constitucional, com exemplos no Direito Comparado. A pesquisa seguiu vinculada à área de concentração Sistema Penal e Violência, especificamente, à linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Constrangimento Ilegal. Direito Penal. Dignidade da Pessoa Humana.

RESUMEN

El propósito de la actual investigación se empeña en desembarazar un repaso crítica de la excepción contenida en el crimen de constreñir ilegal en el derecho penal brasileño, nos casos de la transfusión del sangre en los Testigos de Jehová en lo ejercicio de la objeción de conciencia por motivo del culto religioso. En tiempos que la sociedad ostenta la necesidad de tutelar la libertad en cualquier de sus dimensiones, la privacidad, la libre manifestación del pensamiento y cualquier de las extensiones que abarcar la dignidad de la persona, el derecho penal, mientras tanto una ciencia capaz de recepcionar los conflictos de su época debe identificar-se con las necesidad de la sociedad misma dinámica. Tal anhelo confirma el derecho como un producto de la cultura, de carácter histórico, que evolúe en el mismo compás de la sociedad. En seguida, el actual estudio, recorrido las interpretaciones que computan el tema en cuestión, problematizando, en revisión de su legitimidad. Para permitir lo enfrentamiento, la instrumentalidad en práctica abarcara la representación sistemática, a la garantizar un diálogo de carácter comprensivo entre derecho penal y la orden constitucional. El presente estudio es seguido vinculado a la área de concentración del Sistema Penal y Violencia, específicamente, a la línea de investigación de los pesquisa Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos.

Palabras clave: Libertad Religiosa. Constreñir ilegal. Derecho Penal. Dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO

1.INTRODUCAO	08
2. TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E LIBERDADE RELIGIOSA	11
2.1.Bem jurídico penal na teoria do delito	11
2.2.Dignidade da pessoa humana	40
2.2.1. Direitos da personalidade	48
2.2.2. Liberdade religiosa	52
2.2.3. O culto (exteriorização da crença) na religião das Testemunhas de Jeová	65
3. O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL E A TRANSFUSÃO DE SANGUE NAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	73
3.1 Direito Publico x Direito Privado: a dicotomia entre Estado e Indivíduo	73
3.1.1. A Objeção de consciência no ordenamento jurídico Brasileiro	88
3.1.2. O Direito de resistência	94
3.2 Bem jurídico penal tutelado no crime de constrangimento ilegal	100
3.2.1 A exceção do artigo 146, § 3º, I, do Código Penal	104
3.2.3 A questão do consentimento do ofendido	117
4. O DILEMA NORMATIVO–CONSTITUCIONAL ENTRE A INDISPONIBILIDADE DO BEM DA VIDA E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA	123
4.1 Bem jurídico vida: absoluto ou relativo?	123
4.1.1 Integridade física e moral como consequência do culto religioso	134
4.2 Princípio da proporcionalidade	136
4.3 Direito comparado	145
5. CONCLUSAO.....	153
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho é desenvolver uma análise crítica em relação ao instituto do constrangimento ilegal no âmbito do Direito Penal brasileiro, em particular, à exceção contida no parágrafo 3º, inciso I, do tipo penal investigado, com estudo de caso em procedimentos médicos de transfusão de sangue e o exercício da objeção de consciência por convicções religiosas das Testemunhas de Jeová. A presente pesquisa segue vinculada à área de concentração “Sistema Penal e Violência”, especificamente, à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”.

Nesse cenário, o Direito Penal se identifica como uma ciência capaz de recepcionar os conflitos de sua época. Esse trabalho tem como proposta percorrer as possíveis interpretações que comportam o tema em questão, repensando e problematizando-o, objetivando desenvolver uma nova concepção e tratamento, em contribuição ao questionamento de sua legitimidade e fundamentação perante o sistema jurídico-penal. Para permitir tal enfrentamento, a instrumentalidade aplicada compreenderá uma interpretação sistemática dos princípios da proporcionalidade, assegurando um diálogo de cunho compreensivo entre Direito Penal e Ordem Constitucional.

Nos termos do que dispõe o art. 146, § 3º, inciso I, do Diploma Penal, a intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem o consentimento do resignado, afasta o crime de constrangimento ilegal, desde que tal procedimento se constitua o único meio de salvar-lhe a vida. Por outro lado, a sociedade atual exhibe a proteção da liberdade de consciência religiosa, garantindo a prática do culto, direito fundamental reconhecido na Constituição, cuja violação compromete a dignidade da pessoa. A liberdade pessoal é, sem dúvida, um pressuposto de todas essas prerrogativas. Nessa perspectiva, a exceção do dispositivo penal invocado exige uma interpretação na mesma proporção dos anseios sociais. A ordem constitucional protege tais bens jurídicos, não raras vezes conflitantes, insurgindo o questionamento. A liberdade religiosa é um direito fundamental, que pressupõe a liberdade pessoal e de consciência e que, uma vez violada, implica a dignidade da pessoa. O bem da

vida é absoluto? É possível uma vida plena sem dignidade? Há dignidade sem vida? Quais os limites necessários para conjugar os bens vida e dignidade, e não vida ou dignidade?

Eis a polêmica abordada na presente pesquisa. Em consideração ao debate, a grande preocupação na construção desse trabalho foi direcionar o questionamento a partir de uma abordagem que compreenda a construção da dogmática penal, os princípios que fundamentam um Estado Democrático de Direitos, considerando vencidos os fundamentalismos pela representação de um Estado laico, elementos que integram uma sociedade pós-moderna.

Assim, iniciamos o estudo expondo um possível método que pretende viabilizar os objetivos propostos. A construção do primeiro capítulo situa a doutrina do bem jurídico penal na teoria do delito e a questão da liberdade religiosa. Isso, porque a teoria do bem jurídico penal é afirmada como um dos mais significativos avanços da dogmática afim, pois representa os bens que a sociedade clama sejam protegidos pelo Estado. Uma vez tipificadas as condutas repudiadas por essa sociedade, o Estado possui legitimidade para intervir com o fim de prevenção.

Dentre os bens jurídicos que o Estado tem o dever de proteger, surge na ordem Constitucional a dignidade da pessoa como um princípio-fonte de todos os direitos fundamentais. Sua complexidade abrange o direito geral da personalidade, que se apresenta de forma nata na concepção de pessoa (ser) e de sua dignidade. Nesse conjunto de elementos que compõem a personalidade, a dignidade e o conceito de pessoa, a liberdade religiosa se relaciona como uma característica pessoal e inerente ao homem; ela brota e se manifesta conforme a demanda da consciência de cada indivíduo. A afirmação da liberdade religiosa garante sua prática livre, que se manifesta com a realização do culto; do contrário, seria um direito reconhecido de forma fragmentada. A liberdade religiosa, tal qual afirmada na Constituição, compreende o livre exercício do culto e das liturgias, numa perspectiva que não ofenda os direitos das outras pessoas.

Neste ínterim, a exteriorização da crença das Testemunhas de Jeová, apesar das críticas de cunho fundamentalista, é manifestada segundo a interpretação da Bíblia Sagrada, com a mesma tradução revelada pelas demais confissões religiosas, mas interpretada de forma peculiar: na concepção das Testemunhas de Jeová, a adoração é devida a um só Deus, sendo veementemente vedados o fanatismo por mitos, figuras, santos ou símbolos. Também repudiam a introdução de sangue em seus corpos, pois tal prática lhes polui o físico e a alma. Para eles, é no sangue que está a vida e, uma vez trocado, suas vidas não serão mais dignas de pertencer ao Reino do Deus Jeová.

Assim, considerando que, por meio da exceção contida no parágrafo terceiro, inciso I, do artigo 146 do Código Penal, o Estado, ainda que em caráter excepcional, interfere na liberdade pessoal através de uma norma de Direito Público, a pretensão do capítulo terceiro é demonstrar a dicotomia existente entre esse ramo do Direito para com o Direito Privado. A exceção contida no tipo penal restringe a liberdade pessoal e a consequência de tal restrição reflete diretamente como uma violação à liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová, uma vez que a afirmação da liberdade religiosa na Constituição Federal compreende também a livre prática do culto e das liturgias das várias confissões religiosas.

Na terceira parte tecemos elementos conclusivos de mensurabilidade e uma eventual resposta ao problema investigado. Partimos, pois, do necessário questionamento acerca do caráter absoluto ou relativo do bem da vida. Representa-se o significado da liberdade religiosa e suas consequências na integridade física e moral da pessoa e em que proporção a restrição do direito à liberdade religiosa significa constrangimento ilegal ao adepto. A identificação do princípio da proporcionalidade é necessária, pois o exame dos bens em conflito requer uma submissão aos juízos da adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade).

2. TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL E A LIBERDADE RELIGIOSA

2.1. A Proteção do Bem jurídico penal na teoria do delito.

A característica mais marcante do homem é sua necessidade de viver em sociedade, isto é, ele não consegue viver isolado do convívio de seus iguais. Tal necessidade é uma condição existencial da espécie que, não podendo atingir sua satisfação em separado, estabelece vínculos com os demais sujeitos da sociedade em que convive. Nesse contexto, o Direito torna-se necessário para regular os conflitos ocasionados por esta interação.

Diante disso, o Direito desponta na sociedade desde as origens mais remotas da humanidade, ainda que de maneira elementar ou primária. Essa inicialização do Direito é salientada por Geraldo Prado, ao afirmar que os primeiros grupos humanos, as primeiras tribos, desconheciam métodos mais sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais porque, como sociedades simples, rudes e incipientes, tendiam à concretização do seu próprio direito. Sendo assim, a religião, os costumes tribais, os hábitos, as crenças e magias, todos esses, valores respeitados, formavam o Direito, uma vez não existirem regras escritas.¹

A sanção estava, pois, vinculada àquilo que se objetivava alcançar pela punição.² No entanto, o aperfeiçoamento do modo de viver e interagir dos povos, acompanhando a evolução do homem, remetia à necessidade de projetar novos meios de sistematização do Direito Penal. Na Idade Média, o Direito Penal, como instrumento de solução dos conflitos causados por esta interação, já se ocupava em preservar a sociedade de chacinas desnecessárias, prática que mais adiante acabou repudiada pela civilização.

¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 82.

² Ibid., p. 83. Nas tribos, ou povos primitivos, se a infração não ocasionasse um dano irreparável, a ponto de não representar perigo à existência grupal, mas tão somente violava interesses individuais, cabia ao agente restabelecer o *status quo ante*. Diante disso, caso o agente não cumprisse com o seu ônus, a punição poderia ser aplicada pela vítima e/ou seus familiares. No entanto, se um membro da tribo causasse um dano capaz de afetar a paz do grupo social, cabia ao grupo punir o agente, vingando-se dele, na crença de que a paz coletiva constituía uma dívida dos deuses, e que se rompida fosse, a tribo nunca mais viveria em harmonia. Nesse contexto, a punição tribal estava voltada à satisfação da ira e da vontade divina.

Em sua forma mais primitiva, a punição era exercida em caráter de vingança privada, ou seja, o direito de aplicar a pena era da vítima. Ainda na Idade Média, a punição privada passou por um processo de transição, deslocando-se, da vítima para o príncipe, a aplicação da punição. Essa substituição da vítima pelo príncipe representou uma primeira e singela expressão do que hoje concebemos como Estado de Direito.

A História registra que, no fim do medievo, começaram a despontar os sinais dos novos tempos que revolucionaram a vida da humanidade. Nesse período, a Europa experimentou uma série de mudanças: os reinos cristãos se consolidaram e expandiram suas fronteiras internas, o comércio de produtos de luxo e alimentos ganhou impulso. Durante os últimos dois séculos da Idade Média, a Europa feudal se expandiu. Novas terras foram colonizadas; a população aumentou. Havia uma necessidade real de ampliar a produção de alimentos.

A expansão atlântica e a expansão comercial do final da Idade Média exigiam metais preciosos. Os descobrimentos ampliaram o espaço geográfico dos europeus. Povos que se desconheciam mutuamente entraram em contato. O capitalismo comercial aproveitou a expansão ultramarina e trouxe para a Europa novos produtos e oportunidades de investimento. Os Estados nacionais se fortaleceram ainda mais com a formação de impérios coloniais ultramarinos: o sistema colonial do início dos tempos modernos visava ao aumento da arrecadação de impostos da Coroa e ao enriquecimento das monarquias nacionais. A economia capitalista estava prestes a nascer. Ao mesmo tempo, surgiu uma nova mentalidade e uma nova ética. A reforma religiosa do início do século XVI ajudou a fixar novos padrões de comportamento.

Tal processo evolutivo trouxe uma mudança de paradigmas, com reflexos imediatos nas linhas filosóficas do Direito, que passaram a questionar os vários modelos de Estado. A partir desse momento, o homem se descobre, e passa a ser o centro do universo.

Ao se descobrir, o homem passou a promover uma re (ordenação) e (i) novação do Direito. Em decorrência da revolução histórica e jurídico-penal advindas com a Reforma, ocorre a laicização³ do Direito e do Estado, concretizando o fenômeno da secularização⁴.

A partir daí, percebe-se que o velho modelo, desenhado para um Estado teocêntrico não atendia aos interesses de uma sociedade antropocêntrica. As buscas por um novo referencial científico dão origem a uma série de questionamentos, acerca de um modelo propício a adequar o processo de humanização ocorrido. No Direito, os reflexos de tais questionamentos são registrados pela superação do paradigma teológico e elevação da liberdade e igualdade do indivíduo. Viver livre e sem coação, escolher sem restrições o seu modo de existência: não há outro fato social e cultural mais significativo quanto ao nosso tempo; não há aspiração nem desejo mais legítimos aos olhos dos nossos contemporâneos.⁵

Com relação ao Direito Penal, há longa data se investe no estudo da teoria do bem jurídico, partindo-se, na boa doutrina, do entendimento que o tipo penal deve proteger um

³ O termo laicização é utilizado para definir o processo de libertação do Estado com relação ao poder da igreja ou determinada religião, ou seja, os processos pelos quais uma religião ou uma corrente única de pensamento direcionavam o poder do Estado. “Para definir com exatidão esse processo, segundo o Artigo 4º, da Declaração Universal da laicidade no século XXI: Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já iniciados: respeito à liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos. E, artigo 5º: Um processo laicizador emerge quando o Estado não está mais legitimado por uma religião ou por uma corrente de pensamento especificamente, com igualdade de direitos e dignidade, para exercer sua soberania no exercício do poder político. Respeitando os princípios indicados, este processo se dá através de uma relação íntima com a formação de todo o Estado moderno, que pretende garantir os direitos fundamentais de cada cidadão. Então, os elementos da laicidade aparecem necessariamente em toda a sociedade que deseja harmonizar relações sociais marcadas por interesses e concepções morais ou religiosas plurais”. Essa foi a Declaração proposta por universitários, acadêmicos e cidadãos de diferentes países, apresentada ao Senado francês, a Declaração universal da laicidade no século XXI. LOREA, Roberto Arriada. ORO, Ari Pedro (Org.) et. al. *Em defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

⁴ O termo secularização é utilizado para definir os processos nos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o universo da ciência. Para ser mais exato, segundo Salo de Carvalho, “o longo período que proporcionou às ciências o distanciamento das justificações teológicas não foi apenas instigado pela produção teórica dos filósofos. Às correntes doutrinárias laicizadoras foram agregadas a uma série de intervenções decorrentes da experiência, principalmente daquelas que resultaram no descobrimento do Novo Mundo”. Vide obra de: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3.ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 05-06.

⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Tradução: PEREIRA, Miguel Serras; FARIA, Ana Luísa. Lisboa: Editions Gallimard, 1983, p. 10.

bem jurídico identificado pela sociedade, e não apenas servir para dar funcionalidade à norma. Da mesma forma que o Direito em linhas gerais, o Direito Penal passa a ser uma ciência que impõe questionamentos na modernidade. Figueiredo Dias, ao defender a ideia de Hassemer, afirma que sendo a função do Direito Penal, em última instância, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, tudo vai depender daquilo que se revelar fundamental a tal propósito, dependendo do momento.⁶

Essa inversão de paradigmas dá ensejo ao estudo da ciência Penal, que atinge significativo avanço com a teoria do bem jurídico. Nesse ponto, importa a contribuição de Liszt, na Alemanha de 1909, que considerava o crime e a pena como objetos principais do Direito Penal, enquanto ciência. “El crimen, como hecho perteniente al Derecho penal, constituye una subespecie particular de lo injusto (del delito); es decir, La acción culpable e ilegal”.⁷

Em seu mais alto grau, a ciência do Direito Penal é de natureza prática, cuja dinâmica reside na administração da justiça. Bem assim, entendia Liszt:

Como ciência eminentemente práctica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de La administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propriamente sistemática; pues solamente la ordenación de los conocimientos, em forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación Del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaria de ser um eterno liletantismo.⁸

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.60.

⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal. Tomo Primero*. 3.ed. Madrid: Instituto Editorial Reus. p. 5.

⁸ *Ibid.*, p. 6.

Temos com Liszt o reconhecimento de um sistema, cuja função consiste na administração da justiça; o Direito Penal seria um subsistema, ou, “el derecho penal como poder público para castigar, juridicamente limitado”.⁹

Ao tratar da “pena pública”, percebemos, com Liszt, um liame traçado entre a gravidade da pena e a gravidade da lesão jurídica. Tal relação parece ser um critério considerado para a mensuração da pena. Desse modo, a gravidade da pena infligida ou imposta pelo Estado se mensura proporcionalmente pela gravidade da lesão jurídica.¹⁰

Semelhante vinculação é perceptível com relação aos pressupostos de execução da pena, apontando, entre outros, a proteção dos interesses da vida humana como um dos seus fins. A ideia de fim, que congrega a força do Direito está reconhecida também na pena, e com esse reconhecimento é possível utilizar os efeitos da ameaça penal e sua execução para a proteção dos interesses da vida humana.¹¹

O Direito Penal público tem por finalidade atender a administração da justiça, colocando nas mãos do Estado o poder de aplicar a *pena pública* sobre o indivíduo, em prol dos interesses da vida. No momento da execução da pena pública, essa será mensurada nas proporções de gravidade da lesão jurídica. A partir dos fundamentos de Liszt, é possível perceber uma relação entre os pressupostos do *jus puniendi* com determinada lesão jurídica.

Os estudos de Liszt impulsionaram mais um avanço no Direito Penal alemão, construindo o conceito objetivo de crime, inovação sempre presente na teoria do delito. Na concepção de Cesar Roberto Bitencourt, teria sido com Ihering, em 1867, o

⁹ Ibid., p. 5. Liszt explica em nota de rodapé, que, em sentido subjetivo, o Direito penal significa o direito de castigar, ou seja, o direito de punir, *jus puniendi*. Refere ainda que os limites do direito penal público residem nos pressupostos do crime e da pena, mediante prudente atuação do Estado. Ao citar Mommsen, Liszt fundamenta que o Direito penal encontra limites em si mesmo, através da limitação legal, que restringe o poder coercitivo dos magistrados. A partir da teoria de Ihering, Liszt reconhece que o Direito é a política do poder, por isso refere que o direito público para castigar é o poder penal público, juridicamente limitado em si mesmo. Tal limitação se conforma no Direito penal em seu sentido objetivo: a lei.

¹⁰ Ibid., p. 21.

¹¹ Ibid., p. 21

desenvolvimento do conceito de antijuridicidade objetiva para o Direito Civil, sendo a adequação desse instituto para o Direito Penal fruto da obra de Liszt e Beling, ensejando em seguida, o abandono da antiga teoria da imputação.¹²

Tal abandono veio em contributo ao conceito primário de culpabilidade. Segundo o referido autor, Merkel teria sido o precursor das primeiras linhas de formação do conceito de culpabilidade, uma vez que reuniu os elementos subjetivos da tipicidade: dolo e culpa, na perspectiva de identificação da vontade oposta ao dever.¹³

O processo de mudança no Direito Penal Alemão teve como coadjuvantes Ihering, Liszt, Beling e Merkel, cuja trajetória prosseguia sob os fundamentos jurídicos filosóficos de Feuerbach, o primeiro a suscitar a necessidade da reforma.¹⁴

O empenho para conceituar o bem jurídico se manifestou no início do século XIX, tamanha a importância de sua verificação. Assim se constata que na história da dogmática, o conceito de bem jurídico já se manifestava nos primórdios do século XIX. Apesar da influência da teoria do contrato social, a doutrina penal da ilustração concebia o delito como infração de direitos subjetivos, razão pela qual Feuerbach se viu obrigado a identificar a existência de um direito subjetivo do indivíduo ou do Estado como objeto de proteção em cada infração penal.¹⁵

Verifica-se em Jakobs que os pressupostos da pena e do direito de punir não se correlacionam, com suposta lesão jurídica, em nenhum nível. Assim, sob essa concepção,

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral I*. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 2009. p. 216.

¹³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴ LISZT, Franz Von. Op. Cit. p. 427. Com Feuerbach, o Direito Penal passa a relacionar-se com a filosofia de Kant. “Formado em el espíritu de la filosofía de Kant, com el que somente a prueba crítica lãs opiniones racionalistas de sus predecesores, oponiendo a las impetuosas exigências de reforma su formación especialista y su experiencia practica, llegó a ser, por su Lehrbuch (1801), el fundador de la ciência penal alemana y por su colaboración em el Código penal bávaro de 1813, l iniciador de la Legislación penal Alemana”, pp. 427-428.

¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002, p.274.

não se pode considerar uma missão da pena a prevenção de lesões a bens jurídicos, mas sim a função de reafirmação da vigência da norma equiparando a tal efeito vigência e reconhecimento.¹⁶

Por isso, para o referido autor, a função da pena seria abonar a vigência da norma:

A pena é coação; essa coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.¹⁷

Na concepção de Jakobs, o Estado está legitimado a tratar de forma distinta o delinquente. Desse modo, ele sugere dois possíveis modos de tratamento com os (nominados) delinquentes: tratá-los como pessoas que tenham cometido um erro, sendo por isso, delinquentes, ou indivíduos que devem ser impedidos de dilacerar o ordenamento jurídico pelo uso da coação estatal.¹⁸

Jakobs compreende o Direito como sendo o vínculo entre pessoas-titulares de direitos e deveres, e de modo diverso em relação a um inimigo, sendo que este não é passível de identificação pelo Direito, mas sim pela coação do Estado.¹⁹ Com referência em Kant, salienta-se que em todas as esferas disponíveis ao Estado na prática da coação, o Direito Penal é o mais severo e intenso.²⁰

¹⁶ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A. 2. ed, 1997. pp.13-14.

¹⁷ JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.ed.2007.p.22.

¹⁸ *Ibid.*, p.42.

¹⁹ *Ibid.*, p.25.

²⁰ *Ibid.*, Referindo-se aos filósofos que cita, argumenta o autor: “Em consequência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo. Tal argumentação em absoluto é nova, mas conta com destacados precursores filosóficos”. p. 25.

Jakobs justifica sua posição, baseado especialmente na ideia daqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, pelo qual passam a entender o delito no sentido de que, ao infringir o contrato, o delinquente não mais participa dos benefícios deste. A partir de tal infringência, o indivíduo delinquente já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica.²¹

Por isso, Jakobs estabelece uma relação análoga entre o delinquente, no Direito Penal, e o malfeitor ao qual se referia Rousseau, no seguinte sentido: [...] qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. Ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão.²²

Essa relação análoga estabelecida por Jakobs aproxima-se da ideia de Fichte, nos seguintes termos: aquele que lança mão do contrato cidadão num ponto que exija sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em tese, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, ou seja, numa condição que conforma a ausência de direitos.²³

Jakobs também defende a possibilidade em considerar que “[...] o status de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder”.²⁴ Para o autor em comento, a regulamentação social depende da ordem jurídica, dentro da qual o Direito Penal figura como um instrumento estatal interventivo e legítimo.

²¹ Ibid., p.25.

²² Ibid., pp. 25-26. Ainda, ressalta o autor: “[...] não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato”.

²³ Ibid., p.26. O autor refere que Fichte atenua tal morte civil: “[...] como regra geral mediante a construção de um contrato de penitência, mas não no caso do assassinato intencional e premeditado: neste âmbito, se mantém a privação de direitos, ao condenado se declara que é uma coisa, uma peça de gado”.

²⁴ Ibid., p.26.

[...] la solución de um problema social a través Del Derecho penal tiene lugar em todo caso por médio Del sistema jurídico em cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal.²⁵

A sociedade evolui, e o Direito Penal deve acompanhar, até certo ponto, e com muita prudência, no mesmo compasso. Nesse sentido, Jakobs justifica a existência de uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal, cabendo a este a realização de esforços para assumir os novos problemas emanados na sociedade, de modo a permitir ao sistema jurídico um alcance completo e adequado com relação ao sistema social. Tal reciprocidade deve compreender também a possibilidade de o Direito Penal recorrer à sociedade em busca de normas que considerem determinados direitos indisponíveis. Nesse encontro, o Direito Penal precisa ser compatível com a evolução social, observados os limites da ordem jurídica.²⁶

Sendo assim, o Direito Penal resolve um problema social, uma vez que a conformação da sociedade se dá pela norma jurídica. Tal entendimento leva Jakobs a compreender que é por meio da conformação das regras de uma sociedade que esta se determina, e não pela constatação de uma condição ou identidade, ou seja, a sociedade se configura por meio de normas e não por estados ou bens. Percebe-se, pois, que, diferentemente do entendimento de Liszt, a preocupação de Jakobs, a partir de sua ideia com relação à função da pena, consiste em dar funcionalidade à norma, ou seja, tornar o Direito Penal efetivo, por excelência.²⁷

²⁵ JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona em una teoria de um Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pp. 21-22. Como exemplo disso, o autor faz menção a questão de a pena máxima imposta por bruxaria, fazer piadas sobre o líder (presidente ou governante) ou por assassinato, significa uma violação tanto ao direito penal quanto à sociedade.

²⁶ *Ibid.*, pp. 23-24.

²⁷ *Ibid.*, p. 26.

Salientamos que Liszt considerava o crime e a pena elementos principais da ciência penal, uma ligação entre a mensuração da pena, em proporções próximas a lesão jurídica ocasionada. Logo, o objetivo pretendido consiste em verificar o grau de relevância do bem jurídico tutelado no Direito Penal, no momento da estrutura e formação do tipo, dentro da teoria do delito.

Nesse contexto, as posições doutrinárias distanciam-se da construção doutrinária de Jakobs, pois a função da pena não pode ser somente a garantia para a aplicação da norma, tampouco o Direito Penal, na perspectiva de um sistema funcional, ser apenas capaz de, com a coação, zelar pela proteção da norma, e não dos bens jurídicos.

Contudo, a necessária vinculação do conceito finalista da ciência do Direito, é um legado do qual não podemos nos dispersar totalmente, ao tratar do bem jurídico. Sobre isso, é esclarecedora a ideia de Jiménez de Asúa, no sentido de que a teoria do bem jurídico está vinculada à teoria finalista da ciência jurídica como um todo. Para o referido autor, o bem jurídico e a norma não podem identificar-se com a lei, uma vez que formam dois polos da relação jurídica no Direito Penal. Ressalta ainda o autor em comentário, que a teoria do bem jurídico deve ser considerada em sua técnica atual, embasada na construção precursora de Ihering, que tratou não de bens jurídicos, mas sim de interesses juridicamente protegidos.²⁸

Em consequência desse entendimento, na concepção de Jiménez de Asúa, o alcance do finalismo jurídico na ciência penal foi traçar as linhas de base para o Direito punitivo, estabelecendo que, por consequência do finalismo jurídico penal, a norma e os bens jurídicos são elementos essenciais do Direito punitivo.²⁹

²⁸ JIMÉNEZ DE ASUÁ, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1950. p.32. O autor acresce que Liszt reconheceu a importância da norma, censurando Binding por não ter dado a devida atenção a uma questão formal, ilustrada na ideia de proteção dos interesses vitais com a dos bens jurídicos, pois ambos são interesses protegidos pelo Direito.

²⁹ *Ibid.*, pp.32-33.

No que se refere a isso, ao reportar lesão jurídica e pena pública, é perceptível a semelhança no entendimento de Liszt, ao referir a lesão jurídica como uma causa que legitimava a aplicação da “pena pública”. Jescheck/Weigend entendem que é a partir da teoria do bem jurídico que se verifica o marco inicial para a elaboração do tipo penal.³⁰

Jescheck/Weigend afirmam que os bens jurídicos são de interesse da sociedade, cabendo ao Direito Penal a proteção dos mesmos. Assim, se uma determinada sociedade demonstrar interesse por determinados bens jurídicos, cabe ao Direito Penal garantir essa proteção por meio das normas jurídicas de proibição, cominadas a uma pena, sendo esta a forma mais severa de intervenção Estatal. Tal interferência por parte do Estado deve limitar-se à proteção de ações consideradas indesejáveis pela ordem social. Desse modo, o tipo origina-se da norma e através dela executa a proteção do bem jurídico.³¹

Ao definir a função do Direito Penal, Roxin identifica-a, a partir da concepção ideológica do contrato social, como pacto pelo qual os cidadãos, na condição de possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam estritamente necessárias para concretizar uma vida em comunidade livre e pacífica. Tal concessão é cedida pelos cidadãos, unicamente nas ocasiões em que os objetivos comuns de uma sociedade livre e pacífica não possam ser alcançados por outros meios mais brandos.³²

Essa segurança ostentada pela sociedade, por meio da intervenção penal também é apresentada por Jescheck/Weigend como sendo uma das missões do Direito Penal:

La misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas. Com el tiempo nadie puede ser absolutamente Independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados, por la propia naturaleza de sus condiciones esenciales, al intercambio, a la

³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial. 2002. p. 274.

³¹ *Ibid.*, p. 274.

³² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 17.

colaboración y a la confianza reciproca. El derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales. Esta no es, sin embargo, su naturaleza primaria. La convivencia de las personas se desarrolla primordialmente de acuerdo con reglas suministradas (normas) que configuran el orden social en su conjunto.³³

Na composição do contexto social, percebemos a importância do bem jurídico, ou melhor, de sua valoração na edificação da teoria do delito no Direito Penal. Estudo aprofundado e contínuo da ciência do Direito Penal, há longa data tem identificada tal importância. Esse desfecho é apresentado à ciência do Direito Penal, com os estudos jusfilosóficos de Jhering, que precedeu a contribuição de Liszt na concretização da Reforma Penal Alemã.³⁴

A criação do bem jurídico acolhe o critério sociológico, uma vez que, a partir do entendimento de Liszt, seguidor da teoria de Jhering, ele é projetado segundo um critério sociológico e não jurídico. Essa característica do bem jurídico, numa concepção lisztiana vem definida como antijuridicidade material, baseada na intensa crítica de Jhering. Ambos penalistas contestavam a pena retributiva, em defesa da prevenção dualista, por meio das penas e das medidas de segurança.³⁵

Cunha Luna entende que os valores devem ser considerados na concepção do bem jurídico. Eis a importância dos estudos jusfilosóficos à ciência do Direito Penal:

Possível e necessária era a síntese, que surgiu, afinal, com a filosofia dos valores. O direito penal não é uma ciência de realidades puras, mas de realidades valorizadas. Não é uma ciência natural, como a biologia, nem formal, como a lógica, com cultural, isto é, normativa, teleológica, valorativa.³⁶

A partir da síntese que surge com a filosofia dos valores, é possível verificar os valores puros que são estudados pela filosofia - as realidades puras são apuradas pelas

³³ JESCHECK, Hans-Henrich. WEIGRND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5.ed. Comares Editorial... p. 2.

³⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 10.

³⁵ *Ibid.*, p. 10.

³⁶ *Ibid.*, p. 10.

ciências naturais, enquanto que as realidades valorizadas são objeto de estudo das ciências culturais. Nessa ordem, o Direito Penal se identifica como uma ciência cultural, uma vez que dita normas de conduta e objetiva fins determinados. Por tais motivos, é inviável separá-lo dos fatos éticos, sociais e políticos, representantes que são das características e da expressão marcante de cada sociedade à sua época.³⁷

Essa vinculação social existente entre o Direito Penal e a proteção da norma, e não do bem jurídico vem justificada por Jakobs de forma distinta, na perspectiva de que o Direito Penal contribui para a manutenção da configuração social e estatal pelo fato de garantir a efetividade da norma. Para o referido autor, a contribuição do Direito Penal é garantir a efetividade da norma, de acordo com as expectativas imprescindíveis para garantir o funcionamento da vida em sociedade, de acordo com a forma determinada pela lei e por ela exigida.³⁸

Assim, no entendimento de Jakobs, a proteção da norma como bem jurídico penal prescinde definir a consistência das expectativas normativas essenciais, numa perspectiva da vigência da norma posta em prática, como bem a ser protegido. É, pois, a efetividade da norma, a definição mais adequada de bem jurídico penal. O autor referido admite que sua teoria é, nesse ponto, divergente do consenso doutrinário, mas justifica que o contrário é um contraposto ao seu entendimento.³⁹

Por outro lado, o controle social que envolve a intervenção estatal comporta um amplo conceito. No entendimento de Bustos Ramirez/Malaree, o conceito do controle social envolve todo procedimento jurídico que busca garantir a ordem social, a exemplo do sistema educativo, do sistema de saúde e das garantias assistenciais do Estado em geral.

³⁷ Ibid., p. 11.

³⁸ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A. 2. ed, 1997 p.45.

³⁹ Ibid., p.45.

Todos esses elementos compõem o sistema geral de organização social.⁴⁰ Devido ao seu caráter amplo, em especial, no Direito Penal, o controle social deve ocupar-se, com maior intensidade, na proteção dos bens jurídicos, e não da norma em si.

No contexto social, o Direito Penal é um sistema formal de controle e produz reação. A característica dessa formalidade tem um alto grau de predomínio sob a égide do texto escrito, a norma. Sua formalidade se manifesta em todos os níveis da dinâmica penal, desde o momento da definição do tipo até a esfera da execução penal e, nessa fase inicial da condenação, o próprio sistema é detentor do controle sobre o indivíduo que delinqüiu.⁴¹

Sendo o Direito um sistema de controle social, o Direito Penal assume a forma de controle social de ação e reação. Essa forma coercitiva se configura no texto legal, a norma. Por sua vez, a norma é concebida por uma política criminal. Por isso, não é coerente afirmar que o Direito Penal seja um controle social formalizado, sendo mais corretamente definido como um conjunto de normas estáticas, segundo o entendimento de Bustos Ramirez/Malarée.⁴²

Dentre as formas de controle social exercidas pelo Estado, o Direito Penal é a intervenção pública mais rigorosa, pois sua consequência vai implicar diretamente na

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997, 2. ed. v.I, 1997, p.15. Sobre o objeto do controle social, refere ainda o autor que em sua definição, o objeto de estudo do controle social é dividido em duas vias: por um lado temos a conduta ou o comportamento, valorados negativamente dentro da ordem jurídica, e, por outro, a reação ou resposta da sociedade organizada para sua realização. O conceito dessa conduta ou comportamento em desacordo deve apresentar uma definição suficientemente clara, para evitar que um mesmo comportamento possa ser valorado de forma diferente. Como exemplo disso, o autor refere o caso de pichar um muro recém restaurado com uma pintura artística, que para os amigos do artista é uma demonstração de sua habilidade e valentia, logo, valorizada positivamente. Em contrário, para que não concorde com essa forma de demonstração artística, será simplesmente um ato desviante e que merece ser punido. Esta simples constatação põe em primeiro plano uma série de perguntas e, conseqüentemente, uma série de dificuldades para uma resposta adequada, como por exemplo, o questionamento que se dirige a quem define o que é uma conduta desviada e quais os interesses em seu controle.

⁴¹ *Ibid.*, p.19. Com relação à pena, o autor referido faz menção a um elemento importante, da mesma forma que Liszt a referia, pois dentro do sistema penal, a pena constitui um elo importante entre o direito penal e a sociedade, tendo em vista sua reação social formal, diante de uma conduta indesejada que tenha sido definida como crime, ao passo que a definição do crime, assim como da pena cominada a esse delito se realiza por meio do direito penal.

⁴² *Ibid.*, pp.19-20.

relação com o indivíduo, pessoa, cidadão. Devido a essa interferência na liberdade do indivíduo, a forma de intervenção pública por via do Direito Penal vem dotada de garantias individuais, o que percebemos com Bustos Ramírez/Malarée:

Em este contexto, al Estado, como centro de poder público, solo Le va quedando la forma más brutal y manifiesta de control: el control penal. Esse control social, em tanto que está formalizado y amparado por principios garantistas, especialmente el de publicidad, ES también el que com mayor facilidad puede ser identificado y, por tanto, también el que menos se presta a la manipulación, el abuso y la arbitrariedad. Es um control social que por su carácter manifiesto há podido com mayor facilidad ser objeto de observación y crítica por las ciencias sociales. Como consecuencia, está em constante revisión y em su desarrollo há ido generando SUS propios mecanismos de limitación y control democrático; quizá por ello sea el que menos se adecúa a los requerimientos de control social que plantea el modelo neoliberal de pensamiento único.⁴³

Na ideia de Bustos Ramírez/Malarée, não restam dúvidas de que é no conceito de bem jurídico que identificamos o objeto protegido pelo Direito Penal, uma vez que tal conceito designa o objeto protegido pelo sistema penal, como por exemplo, a liberdade, a vida, a integridade física, o patrimônio e o meio ambiente. Todos esses objetos da tutela penal são bens jurídicos.⁴⁴

⁴³ Ibid., pp.21-22. Com relação ao controle social por meio do Direito penal, o autor faz uma analogia da evolução histórica da ciência penal consoante ao modelo de Estado em distintos momentos: ao distinguirmos os diferentes estágios do desenvolvimento do Estado liberal, verifica-se que o primeiro modelo é caracterizado pelo Estado guardião ou democrático de direito, em que o controle social dedicava-se quase exclusivamente aos controles sociais de reação, dentre eles, o de maior impacto era o penal. A reação social manteve-se, no segundo modelo de Estado, como uma forma de controle predominante na forma de Estado intervencionista de defesa social. Nesse momento, outros meios de controle social de ação ganham espaço, como por exemplo, a medicina, a antropologia, a psicologia, todos empenhados na conduta desviada. Assim, o direito penal passa a competir com essas disciplinas de controle social. Com isso, o apoio ideológico adere ao pensamento positivista para legitimar outras formas de controle social de intervenção sobre o intelecto, contudo, de formas mais sutis. Como um terceiro momento ou estágio, vem o Estado de bem estar, o Estado social de direitos, que articula a ideologia de uma sociologia funcionalista. Nesse pensamento funcionalista surge a noção de conduta funcional ou disfuncional a um sistema de valores ou código moral compartilhado. A função dessa forma de controle é produzir um consenso social a partir desse sistema de valores, com a teoria das ciências sociais funcionalistas. Pela ausência de uma perspectiva histórica, o momento atual poderia ser caracterizado como Estado neoliberal de pensamento único, pela técnica de desenvolvimento de novas formas de comunicação social, mais avançadas e eficazes. Permanece no presente o direito penal como forma de controle social, mas os outros controles de ação ficam em vantagem, pelo critério número e qualidade.

⁴⁴ Ibid., p.57.

É na base social, segundo Bustos Ramírez/Malarée, que são colhidos os interesses que terão lugar na tutela penal; é na sociedade que serão identificados os objetos de proteção do bem jurídico e que, por isso, estarão sujeitos a essa sociedade as possibilidades de revê-los. Essa característica democrática identifica a necessidade do caráter dinâmico do sistema penal.⁴⁵

A composição do bem jurídico penal toma por base as relações sociais concretas, que reúnem elementos concretos para a fusão de um todo, sinopse da norma. Ao conceituá-lo, partindo das relações sociais concretas, se faz necessário situar as circunstâncias das pessoas dentro da sociedade, de forma equilibrada. Sobre isso, Bustos Ramírez/Malarée ressaltam que essa identificação é importante, pois permite confirmar se a penalização de uma conduta implica a diferenciação de determinadas pessoas, em favorecimento à desigualdade, pois não se pode admitir a proteção de uma determinada concepção ideológica de um meio, cuja imposição mediante a cominação penal resulte na afirmação de fundamentalismo de determinada classe ou posição social.⁴⁶

Diferentemente do entendimento de Jakobs, Bustos Ramírez/Malarée, ressaltam a necessidade de uma teoria do bem jurídico, inclusive para que a sociedade possa questionar a norma, no intuito de identificar se o bem jurídico nela tutelado encontra precisas conformações com a real necessidade do seu tempo. Uma vez reconhecido o caráter indissolúvel existente entre o bem jurídico e a norma, é de suma importância que a teoria do bem jurídico permita identificar materialmente qual a realidade protegida em relação a cada norma penal, além de (pré) juízos de cunho ideológico, sob pena de camuflar essa

⁴⁵ Ibid., p.58. Nesse sentido, o autor ressalta que os bens jurídicos considerados materialmente são relações sociais concretas que surgem como complexos normativos dos processos interativos, em conformação na sociedade democrática, por isso, são dinâmicos e constantemente tidos como objeto de revisão.

⁴⁶ Ibid., p. 59. Nesse ponto, é importante citar o exemplo dado pelo autor, eis que tem relação direta com o tema proposto na presente pesquisa: o Direito penal, por exemplo, não pode proteger uma moral ou uma religião determinada. Ao proteger determinada moral ou religião estamos diante de uma imposição de crenças que podem ser respeitadas, mas não de forma imposta. Tal imposição importa cuidados para evitá-la, pois se confirmando, significaria uma intervenção intolerável no âmbito da liberdade, e o direito penal desempenharia um fator de discriminação. A questão abrange o dever do Estado em proteger que uma pessoa possa agir de acordo com sua concepção moral e religiosa, o que é diferente de o cidadão curvar-se diante de um código moral ou religioso imposto pelo Estado, por meio do direito penal.

realidade material. Assim, confirma-se o caráter dinâmico do sistema penal, exigindo uma constante revisão democrática acerca do objeto levado à proteção penal e do próprio sistema.⁴⁷

Ramírez/Malarée conceituam o bem jurídico penal em linhas que vêm ao encontro das garantias que a Ciência Penal preconiza, em conformidade com a Ordem Constitucional, uma vez que afirma a necessidade de identificar o objeto protegido pelo sistema penal, a partir de um critério que observe a origem liberal e garantidora do sistema. Por isso, o conceito de bem jurídico penal deve ser concebido como um planejamento programático, cujo objetivo seja limitar o poder de definir condutas criminais pelo Estado, na exclusiva proteção de bens jurídicos. Nesse objetivo, os penalistas se empenham em dar um conceito material de bem jurídico, que se conforme num instrumento capaz de limitar o poder de definição dado pelo Estado.⁴⁸

O modelo de Estado Democrático de Direitos subentende a seleção dos bens jurídicos, a partir das relações sociais materiais. Nesse sentido, Bustos Ramírez/Malarée estabelecem que tal relação ocorre por uma seleção que segue condicionada ao modelo de Estado social e democrático de direito, que observa a liberdade e a dignidade das pessoas, de acordo com suas necessidades.⁴⁹

O conceito de bem jurídico compreende um valor social; em uma conceituação mais profunda ele deve ser visto como um valor abstrato na ordem social, protegido juridicamente. A defesa desse valor interessa à comunidade, e sua titularidade pode pertencer a um indivíduo ou a uma coletividade. Nesse sentido, Jescheck/Weigend entendem que a doutrina moderna confirma esse caráter social, uma vez que os bens

⁴⁷ Ibid., p.57. Importante referir o exemplo citado pelo autor, pois, retrata a necessidade de questionar a norma, de acordo com o bem jurídico nela tutelado, permitindo assim a revisão democrática do Direito penal, uma vez que, tal discussão do bem protegido permite o questionamento da própria norma, como por exemplo, o crime de adultério, no código penal espanhol, que legitimava o castigo à mulher adúltera, sob a justificativa de que a norma protegia a identidade da família. A luta em prol dos direitos dessa mulher permitiu mostrar que a norma protegia simplesmente uma intolerância em favor do marido traído.

⁴⁸ Ibid., p.58.

⁴⁹ Ibid., p.59.

jurídicos não comportam uma compreensão de bem material, pois se referem às relações das pessoas a partir de seus interesses reais.⁵⁰

Tal entendimento vem compartilhado na ideia de Roxin, que antes de conceituar o bem jurídico, traça o modelo de Estado que vai comportá-lo, e o papel da norma penal:

[...] um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor.⁵¹

Para o referido autor, o bem jurídico penal pode ser definido a partir de seu objeto legítimo, ou seja, designa como bem jurídico penal os objetos legítimos de proteção das normas que se submetem às condições vitais da pessoa.⁵² Sobre sua classificação e conceito, Roxin acrescenta que o bem jurídico penal não pode ser compreendido como elemento dotado de sentido, como frequentemente se supõe. Se tal afirmação fosse correta, o bem jurídico não poderia ser violado de nenhum modo, por isso o elemento conector encarregado de revelar o bem, passível de ofensa, são as circunstâncias reais que envolvem a pessoa como, por exemplo, a vida, a integridade física, entre outros.⁵³

Assim, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de

⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial. 2002, pp. 275-276. O autor fundamenta com exemplos para demonstrar não ser correto exigir que o bem jurídico possua, necessariamente, realidade material. Tal rigidez impediria uma lesão de qualquer natureza, como por exemplo, o direito de propriedade manifesta o interesse da sociedade quanto a sua tutela, no entanto, o proprietário pode dela dispor.

⁵¹ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como função do Direito penal*. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.17-18.

⁵² *Ibid.*, p.18.

⁵³ *Ibid.*, p.18.

atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são partes integrantes da realidade empírica.⁵⁴

Não somente os bens ou valores corporais, materiais, ou materiais reais, aos quais se atribui determinado juízo, serão tidos como bem jurídico, mas também os elementos baseados na experiência, sem cunho científico, mas que cumprem com a finalidade de uma vida segura e livre, igualmente estes possuem caráter de bem jurídico passível de proteção.

Roxin edifica o conceito de bem jurídico de forma completa e ordenada, ao definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, garantidora de todos os direitos humanos e civis de cada indivíduo na sociedade em que vive, ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nestes objetivos.⁵⁵

Consoante a construção de Liszt sobre a vinculação do delito com a pena, Mir Puig define-os como elementos que conformam o binômio periculosidade/medidas de segurança, e que juntos compõem os rudimentos centrais do Direito Penal.⁵⁶ Assim, a pena e o delito constituem objetos centrais do Direito penal.

Com relação a tais elementos na teoria do delito, o autor em referência classifica-os como parte essencial da Dogmática penal, cujo objeto tem por componente teórico a busca dos princípios básicos do Direito Penal positivo, porém, com determinadas reservas em relação a este. No entendimento de Mir Puig, a teoria do delito resulta da construção da doutrina jurídico-penal, e consigna a manifestação essencialmente elaborada da dogmática do Direito Penal. A dogmática segue seu estudo na busca dos princípios básicos do Direito Penal positivo, articulada a um sistema unitário, enquanto a teoria do delito tem por

⁵⁴ Ibid., p.18. Importante citar a referência do autor à liberdade religiosa, e sua relação com liberdade e qualidade de vida: “Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos. Seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida na sociedade”.

⁵⁵ Ibid., p.19.

⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. Barcelona: Editorial Reppertor, 7. ed. 2005, p.143.

objetivo proporcionar um sistema a estas características. Contudo, essa não é uma proposta rígida com relação ao que o delito deverá ser, nem uma construção jusnaturalista, mas uma elaboração sistemática das características gerais que o direito positivo admite atribuir ao delito, tendo em vista a regulação que o direito positivo realiza no delito.⁵⁷

Ao limitar a firmação do Direito Penal nas bases do Direito positivo, Mir Puig ressalta que o Direito positivo é uma teoria da qual o Direito Penal não pode valer-se de forma exagerada, em especial, com relação ao sentido literal da norma. Assim, a doutrina penal, ao elaborar a teoria do delito conta com determinada margem de liberdade, ao passo que o Direito Penal positivo fixa um marco que a elaboração dogmática precisa observar, ao determinar o sentido literal possível dos preceitos legais escritos, desde que sua interpretação analógica não venha a ser conformada em prejuízo do réu.⁵⁸

Por tais motivos, na percepção do autor em referência, para a ciência penal, o Direito positivo é um marco inarredável; no entanto, esse limite balizador frequentemente permite uma margem de liberdade à doutrina. Por isso, quanto maior o caráter geral dos princípios a serem observados, menor será a proporção imposta pelos preceitos do direito positivo. Assim, a decisão com relação a tais princípios vai depender das premissas valorativas, políticas e filosóficas que a doutrina abordará de acordo com o momento histórico e cultural.⁵⁹

Roxin identifica a questão de forma a satisfazer os propósitos almejados na presente pesquisa, ao descrever que o Positivismo, como teoria jurídica, caracteriza-se por suprimir da esfera do Direito as dimensões do social e do político. Esse mesmo enfrentamento, abordado por Liszt como uma máxima, redundava na oposição entre Direito Penal e política criminal: um axioma em que o Direito Penal só será ciência jurídica em sentido próprio

⁵⁷ Ibid., p.143.

⁵⁸ Ibid., p.143.

⁵⁹ Ibid., pp. 143-144.

enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivistas e de sua ordenação no sistema.⁶⁰

A teoria do delito, nos moldes de uma concepção positivista do direito, ficaria à mercê de uma conformidade valorativa. Consoante Roxin, para uma teoria do delito que, à maneira positivista, exclui todos os pontos de vista político-criminais, sendo concebida como pura classificação formal, a única saída é a já explicada correção valorativa.⁶¹

Assim, tornou-se necessária uma revisão da teoria do delito, o que permitiu a reforma penal alemã de 1970, portadora de novos horizontes à ciência do Direito Penal. Nesse momento, conforma-se o sistema funcionalista, ou teleológico-racional da teoria do delito. Com isso, o que se propôs foi um novo sistema, fundado em uma compreensão diferente de Estado, como também da relação entre Direito Penal e política criminal. O produto dessa proposta dá origem à teoria da imputação objetiva.

⁶⁰ ROXIN Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12. Por isso o entendimento do autor, no sentido de que a lei e o código penal não constituem instrumento de reforma social, e sim um meio de restabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes; ou, ao menos, assim era compreendida pelos teóricos do Estado de Direito Liberal, entre os quais estava Liszt.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 16-18. Importante referir os exemplos citados pelo autor: “[...] com relação à legítima defesa contra ataques de crianças, declará-la em si permitida nos limites do necessário, já que também as crianças podem agir antijuridicamente; mas como, mesmo assim, lesões graves a crianças, enquanto não forem inadiavelmente necessárias, parecem inaceitáveis para a consciência atual, dever-se-ia exigir em tais casos que o agredido fugisse. Ou também se pode, como fez no Projeto Governamental de Código Penal de 1.962 (Entwurf-1962), que depois foi plasmado ao Projeto Alternativo (chamado AE, ou Alternativ-Entwurf), dando origem à 2ª Lei de Reforma, que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal Alemão, que admitia um fato doloso no erro sobre os pressupostos de justificação, em virtude de razões dogmático-sistemáticas, aplicando-se, por considerações político criminais, a pena do crime negligente. Um tal procedimento ultrapassa a separação lisztiana entre direito penal e política criminal, pois abre caminho para que valorações político-criminais se introduzam na parte geral; mas também a separação em sua íntegra, pois ambas as esferas permanecem desvinculadas, uma ao lado da outra. Desta maneira surge uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa. Já demonstrei anteriormente que isso significa uma desvalorização da importância do sistema. Mas também os interesses político-criminais ficam mal servidos com um tal proceder. Pois enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico. Isso se nota de maneira especialmente crassa na teoria da participação onde o desenvolvimento da jurisprudência levou a que a distinção entre autor e partícipe fosse feita sem orientação alguma em categorias sistemáticas, à livre discricção do juiz”.

Com relação ao acréscimo do bem jurídico na sistemática da teoria do delito, Roxin entende que a interpretação de tipos, valorada e automática, em equivalência ao ideal positivista-liberal, não alcança soluções abertas ou plausíveis. A solução desse problema deve advir da busca teleológica, através do bem jurídico protegido:

Quando, após o exame da antijuridicidade formal, a busca por uma causa escrita de justificação se mostra infrutífera, mas o juízo de antijuridicidade parece político-criminalmente errôneo, pode-se chegar à negação da antijuridicidade material através de uma ponderação de bens e interesses.⁶²

Desse modo, a aceção do conteúdo que compõe o conceito de tipo prescinde ser encontrada na proteção de bens e interesses, observada sempre a Ordem Constitucional, dando a devida atenção ao princípio *nullum crimen*, e não somente no sentido de que cada elementar do tipo deva ser interpretada, teleologicamente, levando-se em consideração o bem jurídico protegido.⁶³ Diante disso, a ideia do autor leva a crer que a interpretação deva ser de cunho restritivo, com base na Constituição, e não de forma abrangente. Portanto uma interpretação restritiva, que realize a função de Magna Carta e a natureza fragmentária do Direito Penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico.⁶⁴

Essas premissas nos proporcionam estabelecer que os bens e interesses poderão ser identificados mediante a aplicação de princípios como o da adequação social. Por isso, Roxin consigna a importância dos princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por Welzel, que, mesmo não sendo elementar do tipo, constitui-se certamente importante auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis”.⁶⁵

⁶² Ibid., p. 26.

⁶³ Ibid., pp. 46-47.

⁶⁴ Ibid., p. 47.

⁶⁵ Ibid., p. 47.

O tema proposto na presente pesquisa tem por objetivo uma reavaliação acerca da coerência e constitucionalidade da exceção esculpida no parágrafo terceiro do Artigo que tipifica o crime de constrangimento ilegal, exceção esta que sugere a outorga de poder exagerado ao profissional médico. Necessário se faz a busca de subsídios no estudo da teoria do delito, pois é na conformação e interpretação dessa teoria, em sintonia com a ordem constitucional que, sem dúvida, é exigida a transposição dos conceitos abstratos e formais da teoria do delito, de acordo com o melhor entendimento do bem jurídico penal protegido na ordem jurídica.

Por essa razão, o enfrentamento exposto no presente trabalho encontra novamente esclarecedor amparo na ideia de Roxin, uma vez que, segundo entendimento do autor em comento, o Direito Penal assume uma carga exagerada de formalidade, por meio da qual as finalidades político-criminais podem ser deslocadas para o modo da vigência jurídica. Por tais motivos, se a teoria do delito for construída nesse sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas dirigidas à dogmática abstrato-conceitual, legado dos tempos positivistas.⁶⁶

Nessa seara, é possível identificar um consenso entre o entendimento de Roxin à ideia de Mir Puig, em relação ao conceito de bem jurídico, nas linhas teóricas do primeiro. Da mesma forma que aquele, Mir Puig entende e critica os conceitos da teoria do delito (onde situa-se o bem jurídico) que, sob a influência positivista, pretende caracterizá-los com sentidos de indisponibilidade e de valoração. Assim, um dos pontos de maior crítica na tradicional fundamentação da teoria do delito, de cunho essencialmente positivista, ocupa-se da tentativa de apresentar seus conceitos como não disponíveis valorativamente, e sim dotados de exigências sistemáticas. Tal tentativa não se mostra correta pois fomenta a

⁶⁶ Ibid., p. 82. Importante citar ainda, que o autor reafirma a necessidade de se considerar a política criminal e a dogmática, como um processo imperativo, para que seja possível retratar na Lei, o que for socialmente correto. A separação entre construção dogmática e certos político-criminais é desde logo inviável, e também o tão desejado método de lançar uma competição entre a construção dogmática – penal e o trabalho criminológico deixa de assumir um sentido relevante, uma vez que “[...] transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto”.

possibilidade de decisões valorativas mediante a conformação de um conjunto sólido e inflexível, configurando um conceito aparentemente genérico. Em sua grande maioria, os conceitos que se ocupam da teoria do delito gozam de uma intensa carga valorativa, o que prejudica a sua própria compreensão, porque oculta o sentido da própria valoração do bem.⁶⁷

Nesse patamar ideológico, a pretensão da presente pesquisa consiste na necessidade de uma nova interpretação da exceção contida no crime de constrangimento ilegal, tipificado na parte especial do Código Penal de 1940. Tal revisão do tipo, conforme fundamentos já expostos, e aos que seguirão no desenvolvimento do presente escrito, compreendem, de forma inarredável, a observância aos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1998, em especial, pela sua função de servir como instrumento de limites entre o dever/poder do Estado na criminalização de condutas, e, em contrapartida, nos direitos que implicam a liberdade do indivíduo, entendendo-se não apenas a liberdade de ir e vir, mas, em especial, a liberdade de consciência.

Sobre esse vínculo, é oportuna a concepção de Roxin, no sentido de relacionar os valores recepcionados pela Carta Maior como uma forma de conter ou legitimar a ação estatal sobre o indivíduo. Nesse ponto, somente poderá ser admitido um conceito de bem jurídico vinculante político criminalmente, se ele permitir a observância aos direitos reconhecidos na Constituição, e que condizem com o nosso modelo de Estado de Direito,

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 7. ed., 2005, p.144. O autor em referência consigna que o neokantismo já advertia sobre a dimensão valorativa das categorias que compõem a teoria do delito, mas não com o seu significado político. Nos primórdios da década de setenta, afirma-se o reconhecimento no sentido de que a construção teórica do delito prescinde da função política criminal do direito penal. No entanto, a política criminal desenvolve-se de acordo com cada modelo de Estado. Eis a importância de revelar claramente a vinculação axiológica da teoria do delito e seus conceitos, levando-se em conta uma determinada assertiva filosófica - política do direito penal enquanto incumbência do Estado.

baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se estabelece o limite do poder punitivo e intervencionista do Estado.⁶⁸

A partir dessa premissa maior, o referido autor concebe o seguinte conceito de bem jurídico:

“[...] los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema. La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progressos del conocimiento científico”.⁶⁹

Consigna ainda o autor que, em relação aos conceitos meramente formais ou materiais de bem jurídico, que buscam um significado ou uma valoração na norma, o problema que surge não é meramente a discussão da exatidão desse conceito, mas sim a questão de sua funcionalidade ou insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito.

Ao discutir sobre essa questão, Figueiredo Dias afirma com propriedade que tal crítica deve ser dirigida a este anexo não homogêneo de concepções, e não à questão de sua inexatidão, mas à da inevitável carência para os efeitos práticos da sua aplicação no direito. Se partirmos do sistema social, a fonte legitimadora e produtora da ordem legal terá de ser vista como uma terminação. Já se partirmos do Direito enquanto sistema, torna-se absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Uma proposta para alcançar os fins pretendidos é identificada quando se admite que os bens do sistema social se transformem e se concretizem em bens jurídicos

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*. Fundamentos la estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2. ed. por Diego-Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Madrid: Civitas, 2003, pp.55-56.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 58.

dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais), por meio de um arranjo axiológico jurídico constitucional.⁷⁰

Com relação à Ordem Constitucional, enquanto base para a tutela do bem jurídico penal, o referido autor esclarece que um bem jurídico político criminalmente vinculante pressupõe que seu objeto se encontre refletido num valor jurídico constitucionalmente reconhecido, em nome do sistema social total, e que, deste modo, se possa afirmar que preexistem ao ordenamento jurídico penal.⁷¹

Essa premissa maior significa dizer que, entre a ordem axiológico-jurídico-constitucional e a ordem legal-jurídico-penal dos bens jurídicos objetiva-se apurar qualquer relação de recíproca referência: “Essa relação não será identidade, ou mesmo só de recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e do ponto de vista da sua tutela de fins”.⁷²

Essa correspondência, deriva da ordem jurídica constitucional que, por sua vez, forma o quadro obrigatório de referência, ao mesmo tempo em que serve de critério regulador da tarefa punitiva do Estado: “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.”⁷³ Por tais motivos, a observância à Constituição é o caminho definitivo, pelo meio do qual os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos de tutela penal ou com dignidade jurídica penal.⁷⁴

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

⁷¹ *Ibid.*, p. 67.

⁷² *Ibid.*, p. 67.

⁷³ *Ibid.*, p. 67.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

Se, por um lado, é intolerável um conceito fechado ou exato do que venha a ser bem jurídico, visto que o próprio sistema é dinâmico, por outro vislumbramos um consenso com relação ao seu núcleo central, e essa ideia dá um bom norte à dogmática e sua relação com a política criminal, no Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, Figueiredo Dias explica que a noção de bem jurídico, seja ele o objeto mais abrangente da doutrina penal, não alcançou, até o presente momento, uma determinação suficientemente nítida e segura para permitir sua conversão em um conceito fechado e apto a considerar um fato como aplicação de uma lei, capaz de representar, sem qualquer dúvida, o limite entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.⁷⁵

As ideias lançadas conduzem a antever certa tendência com relação ao conceito e ao lugar do bem jurídico na teoria do delito. Há, todavia, um consenso atual sobre o que constitui seu núcleo essencial.⁷⁶ Sobre isso, refere o autor: “[...] poderá definir-se bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”⁷⁷

Em termos peculiares, Correia apresenta um conceito de bem jurídico que atende à dinâmica do sistema. No conceito do autor, o bem jurídico exprime o conjunto de todos os elementos que interferem na construção do tipo legal de crime. Por tais motivos, o referido autor diverge do entendimento de Schaffstein, uma vez que para este, o conceito de bem jurídico corre o risco de transformar-se numa exaustiva, abstrata e inútil conformação, uma vez que o bem jurídico adquire sua existência quando comporta a específica essência dos diferentes tipos legais de crime, a partir do momento que o operador do direito se ocupa com a determinação do conteúdo de cada um deles, afirmando a condição referencial-teleológica dos conceitos descritos na norma.⁷⁸

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 2. ed. Coimbra Editora, 2007, p.114.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁸ CORREIA, Eduardo. Com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Criminal. Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 277-279. Importante referir o apanhado crítico que o autor faz sobre o tema: “Este

O autor referido faz uma analogia de sua ideia com a defesa da democracia, nos seguintes termos: “[...] ao defender a democracia como um bem jurídico de caráter coletivo, sem, contudo, adentrar no mérito da questão, mas apenas para argumentar que a situação do bem jurídico, na teoria do delito, em matéria penal, é um assunto atual”⁷⁹. Nesse sentido, a teoria do bem jurídico é objeto de constante discussão e experimentos. Ainda assim, é visto como um poderoso critério na temática atual do Direito Penal, na conceituação do bem jurídico democracia, conforme abordagem de Silva Pereira:

Em tempo de Direito Penal dos bens jurídicos de Direito Penal, municiado de instrumentos críticos do processo jurísgena e de reação aos modelos normativos em vigor, não se encontra vantagem em prescindir deste poderoso critério, furtando à sua aferição o domínio dos bens políticos.⁸⁰

considerar o conceito de bem jurídico criminal como luz que ilumina o legislador ao delinear os diversos Tatbestande, o que corresponde a considerar materialmente a ilicitude, o crime, como violação de bens jurídicos (Rechtsgutverletzung), foi modernamente objecto de críticas provindas de vários lados. Além de outras múltiplas objeções, avulta a de que a proteção de bens jurídicos de nenhuma maneira é o único critério directivo do legislador na descrição do Tatbestand. Aquele pensamento, diz-se, não explica a importância atribuída ao especial meio empregado, à modalidade que reveste a conduta, como elementos que distinguem certos tipos que, aliás, protegeriam o mesmo interesse, por exemplo, a propriedade no furto e na burla, a vida no homicídio e no envenenamento; como não aclara no valor dado de maneira geral no delinear dos tipos a um certo elemento subjectivo da antijuridicidade, a certos elementos ético-sociais, criminológicos do agente (por exemplo a qualidade de filho, a maldade revelada na actividade criminosa, etc.), que hoje, com a tendência para a eticização do direito criminal, adquirem um valor sempre crescente. A verdade, porém, é que esta crítica esquece toda a elaboração que o conceito tem sofrido, desde Birnbaum, que pela primeira vez formulou, até hoje, sobretudo pela influência de Honig”.

⁷⁹ Ibid., p. 279. O autor em referência esclarece que hoje não mais se compreende o bem jurídico como sendo um dado da realidade empírica, a proteção da ordem jurídica, conforme o concebia Birnbaum. Essa concepção remota tinha lugar numa concepção positivista restrita, que confundia o objeto da tutela jurídico-criminal com o objeto da ação, ou seja, a pessoa ou coisa sobre que, no plano prático a atividade criminal seja exercida. Por outro lado, os conceitos de interesses, de bens jurídicos, conformam um entendimento moderno. Da mesma forma que a profunda análise de Honing “[...] parecia dever considerar-se patrimônio líquido da ciência do direito criminal, como aqueles valores que, num dado sistema jurídico, quando negados por um comportamento humano, coloca este na esfera das atividades criminosas”. Esses são conceitos de cunho normativo, que de nenhum modo podem ser confundidos com interesses ou bens pessoais dos indivíduos singulares, materiais ou morais, que daqueles são apenas uma realidade sensível. Não apenas a pretensão de uma felicidade moral do homem singular relativamente a um bem, que lhe seja plausível o poder de empregá-lo para atender tais necessidades, mas também toda e qualquer disposição ou pretensão individual, ético-social ou criminológica da personalidade do agente, separada ou conjuntamente, permitem representar sentidos tutelados e protegidos pelo direito criminal e, da essência de valores ou interesses jurídico - criminais. Assim, todos os elementos e circunstâncias que se pensava ficar de fora do conceito de bem jurídico tem seu lugar exatamente lá, desde que seja ele entendido normativamente. O equívoco verificado nas críticas ao conceito de bem jurídico reside no fato de que os críticos supõem uma pretensão, fora deste plano normativo, com o fim de determinar unitariamente o conteúdo do objeto da tutela criminal.

⁸⁰ SILVA PEREIRA, Maria Margarida. *Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização de Manuel da Costa Andrade; José de Faria Costa; Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 299.

A autora edifica um conceito de bem jurídico com fundamentos em uma necessária reforma dogmática, já proposta por Figueiredo Dias. Assim, dizer que um Direito Penal de bens está legitimado é o mesmo que dizer que esse Direito Penal seja não incriminador de atitudes, não incriminador de realidades injustificadas no seio social de um modelo de Estado Democrático de Direitos e que, por isso, esses direitos não poderão ser submetidos a regras de estrita necessidade e oportunidade.⁸¹

Consoante entendimento de Prado, a tipificação de delitos vem compreendida de forma consensual na doutrina, em que o crime é considerado uma forma de violação ou ameaça de bens jurídicos. Contudo, o mesmo consenso não se verifica em relação ao conceito de bem jurídico. A ausência de clareza do sentido do bem jurídico encontra correspondência na falta de exatidão de seu conceito.⁸²

No âmbito de valoração, Prado atribui ao bem jurídico um valor cultural, refletindo-o em seu sentido mais amplo, como um sistema normativo, onde os bens jurídicos buscam seu fundamento nos valores culturais, ao pé das necessidades individuais. Tais necessidades se convertem em valores culturais, quando não socialmente dominantes, assumindo caráter de bens jurídicos, surgindo a necessidade de proteção jurídica.⁸³

Desse modo, a convergência jurídica da tutela penal aflora a partir da teoria do delito, enquanto conteúdo material do injusto, não sendo possível negar que a construção do conhecimento em torno do objeto da tutela penal deva alinhar-se a questões de política criminal, eis que a teoria do bem jurídico busca autenticar e dar sustento às normas penais, pela proteção dos bens jurídicos que condizem com o interesse de toda a sociedade.

⁸¹ Ibid., p. 301. Importante consignar a afirmação da referida autora, ao exemplificar as possibilidades de proteção que são possíveis de se alcançar por meio da teoria do bem jurídico, em virtude da recente marca da legitimidade dos bens jurídicos coletivos que a doutrina vem afirmando em seus recentes estudos.

⁸² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

⁸³ Ibid., p. 41.

Por isso, no presente estudo, o que se busca, de forma particular, é questionar a legitimidade da exceção contida no parágrafo terceiro do artigo que tipifica o crime de constrangimento ilegal. Essa exceção confere poderes irrestritos ao médico, que poderá intervir na integridade física e moral do paciente, ainda que sem o consentimento deste.

Na ordem cronológica, os fundamentos do Direito Penal antecedem a carta política vigente, mas, na ordem isonômica, são a ela subjacentes. Nessa linha, consignamos a ideia de Streck: “A teoria do bem jurídico, filtrada constitucionalmente, deve estar em consonância com os ditames do novo modelo de Direito, estabelecido pelo Estado Democrático de Direito e seus objetivos de resgate das promessas da modernidade”.⁸⁴

Ao referir-se ao tratamento igualitário que é dado aos bens jurídicos díspares, o autor ressalta que tal isonomia é incompatível com a Constituição, pois este tratamento uniforme de bens jurídicos com valores diferentes significa banalizar o Direito Penal. Por tais motivos afirma: “[...] o Direito Penal sustenta-se justamente na diversidade dos bens jurídicos que os tipos penais protegem”.⁸⁵

O artigo 146 do Código Penal elege os bens jurídicos que o tipo penal no crime de constrangimento ilegal protege. Neste caso, o bem protegido pelo tipo é a liberdade pessoal.⁸⁶ Mas o tipo comporta exceções, em especial, a do inciso I, do parágrafo 3º.⁸⁷ Na

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade*. A Sociedade, A Violência e o Direito Penal. Ney Fayet Júnior e Simone Prates Miranda Corrêa. (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 127. O autor acrescenta: “Impossível, destarte, por incompatibilidade constitucional, a permanência da serôdia teoria do bem jurídico que sustenta nosso Código, no interior do qual a propriedade recebe proteção infinitamente superior à vida, à integridade corporal, à honra, etc. O Código Penal Vigente, de há muito, agoniza pois”.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁸⁶ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 3. ed. p. 250. Constrangimento ilegal. Objeto jurídico: A liberdade psíquica e física da pessoa, especialmente a sua liberdade de autodeterminação.

⁸⁷ BRASIL, *Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1.940, Código Penal*. Artigo 146, § 3º, inciso I. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida.

referida exceção, o profissional médico pode agir, independente de consentimento do paciente ou seu representante legal, desde que justificada sua intervenção.

No caso das Testemunhas de Jeová, percebemos que o bem jurídico protegido no artigo 146 do Código Penal, em especial, na exceção do § 3º, inciso I, deixa de ser apenas uma exceção à regra, assumindo dimensões que extrapolam os limites permitidos ao Estado de intervir na vida do indivíduo.

Tal exceção viola mais que a liberdade pessoal do indivíduo, viola também o seu direito de concretizar a liberdade religiosa, um direito fundamental. Assim, conforme já dito e amplamente fundamentado, o Direito Penal sustenta-se pela diversidade dos bens jurídicos que protege, mas, com o advento da Carta Política de 1988, a teoria do bem jurídico deve estar em conformidade com os ditames do novo modelo de Direito, instituído pelo Estado Democrático.

Assim, os tipos penais que protegem bens jurídicos na esfera penal, tais como a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, não podem, ainda que em caráter de exceção, violar bens jurídicos eleitos como direitos fundamentais, e protegidos na Constituição.

Por isso, o texto legal deve ser considerado e interpretado dentro de uma realidade concreta, e o Direito Penal deve se por como uma ciência aberta ao seu tempo. Sobre isso, são oportunas as ressalvas de Streck que lembra que o texto legal não pode ser abstraído nem das condições históricas, nem da sua inserção na sociedade e, principalmente, que mais do que é isto é aplicação hermenêutica, ou seja, é atribuição de sentido ao texto que, a partir de sua interpretação passará a ser norma.⁸⁸:

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade*. A Sociedade, A Violência e o Direito Penal. Ney Fayet Júnior e Simone Prates Miranda Corrêa. (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 129.

Tal interpretação-releitura será dirigida com um exame do bem jurídico penal, à luz da Ordem Constitucional, já que o tipo em análise foi concebido no Código Penal datado de 1940, anterior à Carta Política vigente no Brasil, e que por isso, insurgiu conflitos com os direitos pessoais ou individuais nela recepcionados. Por assumir o bem jurídico penal, o personagem principal dos arrazoados que clamam a limitação da intervenção penal, por um lado, e legitimadores da criminalização, por outro.

Diante disso, o bem jurídico penal pode ser compreendido como conteúdo material da política criminal legislativo-dogmática, em conjunto com outros princípios político-criminais, como, por exemplo, o preceito que representa a dignidade e necessidade de tutela penal, que afirma sólidos critérios racionais de garantia e legitimação além do sistema. Esse conjunto conforma uma divisão doutrinária imprescindível, capaz de comprometer o legislador com a construção, elaboração e reformulação dos tipos penais, confirmando a identificação própria dos bens jurídicos que introduzem o tipo penal e por ele são tutelados.

89

Em linhas claras, a Constituição de 1988 recepcionou no catálogo que elenca os direitos fundamentais, a liberdade de consciência⁹⁰, de convicções filosóficas, políticas e religiosas⁹¹. A partir de então, não se pode negar, que a redação do parágrafo terceiro do artigo 146⁹², do Código Penal, redigida em forma de exceção, inclusive, é um contra-senso, se relida a regra à luz da Constituição.

⁸⁹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporlder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 36-37.

⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Título II, Capítulo I, artigo 5., inciso VI, p. 24. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

⁹¹ *Ibid.*, p. 24. “inciso VIII - 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”.

⁹² BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Estabelece o Código Penal Brasileiro*. Capítulo VI, Seção I, Artigo 146, parágrafo 3, inciso I. Vade Mecum, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 495. “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I -

Desse modo, é clarividente a necessária releitura do dispositivo penal referido, e, a análise dessa possibilidade partirá da exposição dos pontos relevantes que se verificam na dogmática jurídica. Diante disso, importa consignar o entendimento de tal teoria, ao pé dos estudos desenvolvidos por Welzel:

La dogmática jurídica es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes. Estos principios jurídicos descansan en últimos, originários proyectos de sentido para la conformación de la vida social de un pueblo em um momento determinado. La dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos em um orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto com uma determinada pretención de verdade.⁹³

Tal releitura encontra bases nos argumentos de cunho axiológico, instrumentalizado nos princípios do Estado Democrático de Direitos, para suprir o desígnio de contestar essa exceção ainda posta na dogmática atual⁹⁴, por tratar da disposição de direitos pessoais, que, na ordem Constitucional, são indisponíveis. Nesse sentido, é oportuna a crítica apurada por Jayme nas linhas defendidas em sua tese: “A barreira imposta no tipo penal passa a existir efetivamente, no momento da concretização desses direitos pessoais (individuais). Por isso, o olhar jurídico, então, amparado num foco, ocupa-se do problema da liberdade religiosa”.⁹⁵ É assim que a teoria do bem jurídico procura legitimar substancialmente as normas penais, partindo da tutela do bem jurídico a ser protegido no tipo.

a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

⁹³ WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material*. Traducción del alemán por Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1979. p. 193. Importante referir os exemplos que o autor cita, com relação a vinculação da dogmática jurídica aos princípios jurídicos da ordem social: a autonomia privada e a propriedade; a culpa e a pena; o princípio que retrata a necessidade de ouvir ambas as partes no processo; o pluralismo partidário e o próprio Estado de direito.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 166. “Eis a importância de ressaltar a relevância prática da dogmática. A pretensão de rejeitar o método dogmático, por considerá-lo inútil, é um infantilismo jurídico, próprio de pretensões teóricas gerais que jamais enfrentaram os problemas concretos de um ramo do saber jurídico. Quando prescindimos da construção desses conceitos, caímos no campo das soluções arbitrárias”.

⁹⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade

2.2. A dignidade da pessoa humana

A liberdade religiosa assumiu magnitude de dignidade, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Posteriormente, foi ratificada nas Constituições dos países modernos. Por ser a liberdade religiosa um direito inerente ao homem, torna-se inviolável. A violação da liberdade religiosa significa, pois, a violação de um direito humano.⁹⁶ Sobre isso, afirma Sarlet: “O grande mérito dos direitos humanos consiste em garantir a dignidade da pessoa humana, com abrangência individual e de grupos. A violação da liberdade religiosa, no que diz com a sua prática livre e sem ofensa aos direitos das pessoas, ofende a dignidade da pessoa”.⁹⁷

No caso das Testemunhas de Jeová, na prática de transfusão de sangue sem autorização de adepto maior e plenamente capaz, incita questionamentos ao crime de constrangimento ilegal, no que tange a sua adequação às garantias e valores afirmados na Constituição vigente, e elevados a direitos fundamentais.

A afirmação da liberdade religiosa na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e sua confirmação na Constituição Federal, permitem questionar a legitimidade da exceção contida no Código Penal, pois tal exceção fere, em maior proporção a liberdade pessoal no plano do livre arbítrio de sua consciência, cujas conseqüências vão refletir, negativamente, no direito a prática livre da liberdade religiosa, reconhecida na ordem Constitucional.

Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 11. Importante que o autor se refere à concretização do direito fundamental a liberdade religiosa, que, de certa forma, não vem sendo enfrentado, em termos práticos: “Curioso, adiante-se, que, literalmente, a expressão liberdade religiosa não tenha sido agasalhada no texto da Constituição Federal de 1988”. Em nota de rodapé, o autor chama a atenção à questão da tolerância, em alguns aspectos, inclusive, à questões religiosas, o que implicam em graves violações à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: seguinte: “Vale lembrar aqui, dentre outros tantos exemplos que poderiam ser colacionados, a prática da tortura, das mutilações genitais, da discriminação sexual e religiosa, ainda toleradas (inclusive pelo direito positivo) em alguns Estados”.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 36.

O Estado Democrático de Direitos garante ao indivíduo a liberdade religiosa, na perspectiva do direito natural de praticá-la com liberdade e respeito, desde que não ofenda o direito das pessoas; essa prática deve, pois, ser efetivamente livre. No caso das Testemunhas de Jeová, que são constrangidas à prática de intervenções médicas, que violam os fundamentos de sua religião, tal impedimento ofende a dignidade humana, pois obriga o indivíduo adepto a agir contra a liberdade de consciência, na prática de sua religião.

Consoante entendimento de Sarlet, a conceituação da dignidade da pessoa não raras vezes, enseja uma tarefa complexa:

[...] a despeito da evolução ocorrida especialmente no âmbito da Filosofia, uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida”.⁹⁸

Tal dificuldade deve-se ao fato de que, no tocante à dignidade da pessoa, diferentemente das demais normas jusfundamentais, não se referem aos aspectos próprios da existência humana, como por exemplo, se verifica na definição da integridade física, da intimidade, da propriedade e da própria vida. Atualmente, é comum a constatação de dignidade da pessoa humana como uma qualidade inerente ao próprio ser humano. Por tais motivos, “[...] a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano com tal”.⁹⁹

Diante de tal complexidade, o autor propõe uma análise da dignidade humana ao pé de suas dimensões, da seguinte forma: “A partir de sua dimensão ontológica; seu caráter de intersubjetividade; pela sua contextualização histórico-cultural; como limite e como tarefa (sua condição negativa e prestacional), e da sua forma minimalista do homem”.¹⁰⁰ Essa

⁹⁸ Ibid., p. 18.

⁹⁹ Ibid., p. 18.

¹⁰⁰ Ibid., p. 18.

análise permitirá maior compreensão da dignidade humana, quanto ao âmbito de proteção da norma jurídica fundamental e, inclusive, com relação a sua condição jurídico-normativa.

Em sua ordem ontológica, Sarlet salienta: “[...] a dignidade, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.¹⁰¹

No que diz com o caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, Sarlet constrói o seguinte entendimento:

[...] a dignidade da pessoa se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, a própria dimensão ontológica da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas.¹⁰²

Sendo assim, a dignidade do ser humano, no espaço de sua perspectiva intersubjetiva, pressupõe uma compulsão comum de respeito devido à pessoa, pelo valor

¹⁰¹ Ibid., pp. 21-22. Com relação às dimensões da dignidade da pessoa humana, é importante consignar o entendimento do autor, acerca de sua abrangência: “[...] o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade”. Para exemplificar, o autor referido comenta a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, no seguinte sentido: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. Com relação à doutrina alemã sobre a dignidade da pessoa humana, comenta o autor: “[...] refere-se aqui o paradigmática a lição de Gunter Durig, para quem a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de auto - determinar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”.

¹⁰² Ibid., p. 24. Nesse ponto, o autor ressalta a lição de Pérez Luno e Werner Maihofer, retomando também a noção Kantiana, para afirmar a dimensão intersubjetiva da dignidade: “[...] partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitando a sua esfera individual, sem que com isso, se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade”.

próprio e nato que cada indivíduo possui, demonstrada num conjunto de deveres e direitos correspondentes, de caráter não puramente instrumental, mas sim, atinentes a uma grande quantidade de bens necessários ao desenvolvimento humano.¹⁰³ Tal conjunto de direitos e deveres satisfazem à concepção favorável, intrincado e aberto às diversas naturezas dos direitos e deveres fundamentais da pessoa, na sociedade e no Estado contemporâneo, flexibilidade esta que deverá acompanhar esse caráter dinâmico.¹⁰⁴

Também no entendimento de Arendt, o caráter intersubjetivo é uma elementar do conceito de dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, a autora define a subjetividade como um espaço próprio dos elementos que compõem a condição humana, e que conformam uma pluralidade: “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem vive na Terra e habitam o mundo”.¹⁰⁵ Desse modo, para a autora em referência, “[...] a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isso é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.¹⁰⁶ É, pois, a ação do homem uma condição humana, que os iguala todos, ao mesmo passo que essa ação também será o diferencial que marca e assinala a qualidade de um homem para com o outro, no âmbito da personalidade humana.

O fator histórico-cultural da sociedade é uma das dimensões da dignidade humana, necessária em si mesma pelo próprio caráter ontológico e por sua condição de intersubjetividade, razão pela qual, também na concepção da dignidade humana, um

¹⁰³ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do ser Humano*. Portugal- Brasil, 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 281-389.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 25.

¹⁰⁵ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: RAPOSO, Roberto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10. ed. 2005, pp. 15-16. “Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política. Assim, o idioma dos romanos – talvez o povo mais político que conhecemos – empregava como sinônimas as expressões “viver” e estar entre os homens (*inter homines esse*), ou “morrer” e deixar de estar entre os homens (*inter homines esse*)”.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 16.

conceito em permanente processo de construção e constante desenvolvimento, reivindica uma contínua concretização da ação constitucional.

Esse fenômeno justifica os estudos e afirmações subjacentes a concepção ontológica e intersubjetiva da dignidade, fatores que contribuem para sua solidez. Sobre isso, acresce Farias:

...que a observação de que a dignidade da pessoa por tratar-se de categoria axiológica aberta, não poderá ser conceituada de maneira fixista, principalmente quando se verifica que este tipo de definição não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.¹⁰⁷

A partir da compreensão de Sarlet, é possível verificar que a dignidade do ser humano possui um caráter dúplice, ou seja, a dignidade da pessoa é ao mesmo tempo o balizador de um limite e também, da obrigação de garantia dos poderes e deveres estatais. Esse caráter dúplice, peculiar da dignidade da pessoa, pode ser analogicamente interpretado e deslocado à sociedade de um modo geral, uma vez que a dignidade é um dever e um direito de todos e de cada um. Eis a correspondência entre a dimensão defensiva e prestacional da dignidade.¹⁰⁸

Assim, enquanto limite do poder estatal, a dignidade pressupõe que a pessoa é naturalmente dotada de um grau de compreensão, logo, jamais poderá ser equiparada à condição de objeto da ação própria, do Estado ou de terceiros. Contudo, essa regra assume, relativamente, um grau de risco, uma vez que a dignidade concebe a formulação de direitos fundamentais (negativos) contra os atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Nesse ponto, Sarlet atribui a tarefa de equilibrar tal circunstância à Constituição:

¹⁰⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996, p. 50.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 31.

Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também, por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.¹⁰⁹

É nesse mesmo sentido que Haberle constrói seu entendimento sobre a tarefa cultural da dignidade humana: “[...] a dignidade humana possui uma referência cultural relativa, ela se situa no contexto cultural; contudo, possui também feições tendencialmente universais. A dignidade é inata à existência humana, constitui sua natureza de ser humano”.

¹¹⁰ Para além desse caráter nato, a dignidade abrange a construção da atividade sequencial das gerações e do próprio homem no contexto da humanidade, ou seja, a sequência da criação, uma vez que é pela união e reciprocidade desses fatores, que se concebe a dignidade do ser. Por isso, o vetor cultural exige que o instituto da dignidade humana observe sempre uma análise conjunta, ao pé do Estado constitucional.

Numa concepção Kantiana da dignidade, o homem não pode ser considerado objeto. Sarlet relaciona a fórmula minimalista do homem-objeto, para uma conceituação possível da dignidade da pessoa humana:

O que se percebe, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹¹¹

¹⁰⁹ Ibid., p. 32.

¹¹⁰ HABERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 101.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 34. Para melhor esclarecer sua idéia do conceito de dignidade humana, o autor cita exemplos de fórmulas utilizadas em outros países, tidos como avançados nos estudos referentes à dignidade: “A fórmula desenvolvida por Gunter Durig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção Kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos. Consignou Michael Sachs que, tal fórmula parte

A religião é um sentimento inerente ao ser humano, cada homem a possui em sua essência nata, de forma individual, com a família ou na comunidade, uma maneira própria de relacionar-se com Deus. É por isso que a liberdade de consciência veio para permitir que o indivíduo opte por sua religião, de acordo com suas convicções pessoais. No entanto, para praticar livremente sua religião, o homem deve gozar, antes de tudo, de sua liberdade pessoal.

Com a laicização do Estado, este não mais está vinculado a uma religião (im) posta, eis que, cabe ao indivíduo optar por sua crença, sendo este livre arbítrio um direito que não admite a intervenção do Estado, no sentido de impor normas para restringir ou impedir que o adepto a pratique. Nesse aspecto, se ao indivíduo é permitido escolher a religião que irá seguir, também deve possuir a liberdade pessoal para praticá-la, de acordo com sua consciência religiosa, sem constrangimentos de qualquer natureza.

O Iluminismo abre as portas para a modernidade, e, com ela, a liberdade do homem vem representada em diversos sentidos, cada um deles com uma extensão. A liberdade dos indivíduos dotados de pensamento próprio entre os pré-estabelecidos é uma dessas extensões. Numa concepção kantiana de dignidade humana, para melhor compreender as facetas da liberdade do homem, é necessário questionar os propósitos do Iluminismo, bem como, as respostas que este movimento trouxe para a humanidade. No entendimento de Jungues, é na busca dessa resposta que surge o movimento: “Esse movimento cultural significa que a humanidade começou a fazer uso do entendimento em questões morais. A

de uma definição da dignidade considerando seu âmbito de proteção, traduzindo uma opção por uma perspectiva que prefere determinar este âmbito de proteção a partir de suas violações no caso concreto”. Esta concepção geral não permite ser considerada com exclusividade, embora seja acolhida e adotada também, ao menos em expressivo número de decisões, pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Com efeito, tal posição não se presta a oferecer uma solução geral ou global ao problema, uma vez que não define e não define previamente o que deve ser protegido, apenas permite uma verificação, a par do caso concreto, pela constatação de uma determinada violação da dignidade da pessoa humana, indicando um possível caminho a ser trilhado. Assim sendo, com o passar do tempo e avançar da doutrina e da jurisprudência, estas servem como um indicador das posições que integram a noção de dignidade da pessoa humana, de acordo com a ostentação de sua proteção pela ordem jurídica.

chegada à maioria moral traduz-se em ser livre o sujeito de suas ações. Essas são as bases para a tomada de consciência da dignidade humana”.¹¹²

Diante do tema proposto, o questionamento segue com relação à exceção contida no crime de constrangimento ilegal (Art. 146, § 3º, inciso I). O tipo penal em referência protege a liberdade psíquica e física da pessoa, especialmente a sua liberdade de autodeterminação: esta é a regra do tipo, ou seja, é o que deve ser. Na exceção do § 3º, inciso I, temos que o constrangimento do indivíduo, independente de consentimento, não configura o tipo, desde que justificada a interferência forçada. Percebe-se que a exceção viola com maior intensidade e em maior proporção os bens jurídicos que deveria proteger. O desvio da regra geral contido atualmente no Código Penal não observa limites na exceção que traz no tipo. Por não observar limites, não vem balizada na Constituição Federal e princípios atinentes ao caso, eis que, com a evolução social, o Estado (pós) moderno, deve encarar a norma Constitucional que recepciona o Estado laico e neutro.

De acordo com essa ordem, a concretização da liberdade religiosa do indivíduo pressupõe a liberdade pessoal, o livre arbítrio para optar a melhor forma de realizar sua comunicação com Deus, de acordo com o que a sua consciência demandar. No entendimento de Jungues, a concepção kantiana revela que o homem atinge sua maturidade moral quando a ele é dada a liberdade. Na ausência de liberdade, o homem permanece na menoridade moral, uma vez que tal condição não lhe exige nenhum empenho, eis que se encontra sob a tutela de outro ser, sobre quem se descarrega toda a responsabilidade: “Para muitos, tornou-se a menoridade uma quase segunda natureza, mantendo-os incapazes de usar o seu próprio entendimento para orientar sua vida. Contudo é possível chegar à maioria, quando é dada a liberdade”.¹¹³

¹¹² JUNGUES, José Roque. *A concepção kantiana de dignidade humana. The Kantian view of human dignity*. Artigo publicado na Revista Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, v. 40, nº 2, pp. 84-87, 2007.

¹¹³ *Ibid.*, p. 84.

Assim, o humanismo kantiano está essencialmente fundado na autonomia, e esta condição autônoma assume o lugar central em todos os estudos morais kantianos. Não por acaso encontramos nos estudos morais de Kant a essência da própria ideia de dignidade humana, formulada a partir da autonomia moral da consciência.¹¹⁴

Precursor na definição de dignidade, Kant constrói sua definição ao pé da moralidade ou sumo bem, expressa na vontade como faculdade à representação das próprias leis:

Mas em virtude da idéia de *dignidade* do ser racional, que não obedece à outra lei senão àquela (a moralidade) que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se trocá-la por algo equivalente; mas, quando está acima de todo preço e, portanto, não admite equivalente, então ela tem dignidade.

O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do ser humano tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas tem um preço de afeição; mas aquilo que constitui a única condição graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor interno, isto é, dignidade.

Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.¹¹⁵

Kant também nos dá o conceito de pessoa:

Ao invés (referindo-se aos seres da natureza e que não dependem da vontade e moralidade), os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa atividade, tem valor para nós; são fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos

¹¹⁴ Ibid., p. 85.

¹¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, 1990, pp. 104-109.

deveriam pôr-se simplesmente como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de valor absoluto.¹¹⁶

Na teoria kantiana, são as limitações do homem, ou da natureza do homem, que determinam a sua dignidade, uma vez que o ser deve estabelecer fins para sua ação, apesar de ter seu fundamento suficiente de determinação na lei moral, eis que o homem não é apenas um ser do mundo da razão (*inteligível*), mas também um ser dotado de sensações: “Por isso essa limitação pertence à essência humana. Mas, antes de investigar o fim ou os fins da vontade, temos de ter presente o que constitui como tal a existência e a dignidade do homem”.¹¹⁷

2.2.1. Direitos da personalidade

O fato de o homem ser um ente não estático, essencialmente social e, por isso em permanente e revigorado diálogo consigo mesmo, com os seus semelhantes, com o universo e com Deus ou com a não aceitação d’Ele, é inevitável a elasticidade entre o fato e o direito, entre o desvelar da vida real e suas respectivas respostas ou propostas do sistema jurídico, que sobrevive atingido em meio às vibrações do homem e de sua vivência em sociedade.¹¹⁸

Essa forma de ser exige, naturalmente, que cada homem tenha a sua específica individualidade e autonomia, a capacidade de autopropor objetivos, atribuindo valores próprios a determinadas situações, em função de critérios de cunho pessoal. Tal autonomia pessoal é necessária para que o homem possa adaptar-se a si próprio e ao mundo, de forma a agir e estruturar a sua personalidade, com base em complexas, diversificadas e, muitas

¹¹⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 91.

¹¹⁷ HERRERO, Javier Francisco. *Religião e História em Kant*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1991, p. 38.

¹¹⁸ CAPELO DE SOUZA, Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 18.

vezes, antinômicas estruturas de ser e de dever ser, tal qual ocorre com seu legado biológico e genético. Também os elementos externos, como a educação recebida, as circunstâncias sócio--econômicas, seus instintos e sua relação afetiva, sua racionalidade e sua ética, são elementares que definem sua personalidade e seu comportamento, segundo seus interesses, individuais, grupais e coletivos.¹¹⁹

No entendimento de Pinto, todos esses fatores influenciam, direta ou indiretamente, na formação da personalidade humana: “Por isso, todas as pessoas são titulares de direitos de personalidade, uma vez que estes direitos são gerais”.¹²⁰ É por meio desse conjunto de direitos subjetivos que interagem sobre a própria pessoa e sobre determinadas formas de agir e pensar, de cunho físico ou morais, que a personalidade se edifica, e investe o homem de direitos pessoais, que objetivam tutelar bens ou interesses da personalidade.¹²¹

A personalidade¹²² possui diversos caracteres, e pode ser definida a partir de conceitos biopsicológicos¹²³ e ético-filosóficos¹²⁴. Os elementos comuns a essas definições

¹¹⁹ Ibid., p. 18.

¹²⁰ PINTO, Paulo Mota. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 80.

¹²¹ Ibid., p. 62.

¹²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, 3. ed. eletrônica. Caráter ou qualidade do que é pessoal; pessoalidade. O que determina a individualidade duma pessoa moral. O elemento estável da conduta de uma pessoa; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outra: São grandes amigos, apesar de terem personalidades inteiramente diversas Traços típicos; originalidade: criatura banal, sem personalidade. Jur. Aptidão, reconhecida pela ordem jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações. Pessoa Psic. Organização constituída por todas as características cognitivas, afetivas, volitivas e físicas de um indivíduo.

¹²³ FREUD, Sigmund. *O ego e o id. Obras Psicológicas Completas de Sigmunda Freud, XIX*. Tradução: SALOMÃO, Jayme. Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 32-42. “A personalidade humana é uma estrutura ôntica extremamente complexa e objecto de múltiplas controvérsias, mesmo entre os biólogos e os psicólogos. Mas, apesar desta diversidade, a bio-psicologia tem avançado na enunciação dos caracteres da estrutura e da dinâmica da personalidade. Para FREUD, a personalidade era estruturada ou composta de três grandes sistemas: o id (matriz ou sistema original, consistindo em tudo o que é psicologicamente herdado, inclusive os instintos); o ego (que, partindo do id, funciona como executivo da personalidade, controlando as direcções de ação, selecionando os aspectos do meio com os quais reagirá e decidindo quais os instintos a ser satisfeitos e de que modo) e o super ego (como representante interno dos valores e ideais da sociedade, reforçado pelo sistema de recompensas e castigos sociais, que habilita a pessoa a agir de harmonia com os padrões morais autorizados pelos agentes da sociedade)”.

¹²⁴ CAPELO DE SOUSA, Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 112. “Também aqui se afirma o caráter unitário e indivisível da personalidade humana, que funde o homo noumenon com o homo phoenomenon. Igualmente a este nível a idéia de humanidade (humanitas),

da personalidade humana são seu caráter unitário, dinâmico, ilimitável em si mesmo e individualizado de sua adaptação ao mundo exterior.

A personalidade humana é objeto de tutela jurídica em todas as esferas do Direito. No entanto, Capelo de Sousa ressalta que, numa perspectiva do normativismo puro, verifica-se a ausência da representação da realidade humana e social para a proteção dos interesses do sujeito de tais direitos:

De todo o modo, assiste-se aqui à falência das perspectivas de normativismo puro, que, sob o pretexto de salvaguardar a autonomia da ciência jurídica, acabam por isolar os dados jurídicos da realidade humana e social e por perspectivar o sujeito de direitos como uma mera unidade personificada de um complexo de normas jurídicas, não fornecendo respostas ou explicações adequadas para situações emergentes das necessidades de tutela geral da personalidade humana, em que esta nos surge não como um simples pressuposto da norma, mas como um valor diretamente relevante para o ordenamento jurídico, pois, de fato o homem como tal que surge juridicamente tutelado e que dá significado a todos os preceitos jurídicos que têm como destinatária a pessoa humana.¹²⁵

De acordo com essa interpretação, o homem e a natureza humana formam o todo apreendido pelo conhecimento das ciências, sendo que a personalidade do homem relaciona-se diretamente com esse todo. Assim, a mesma apresenta-se em dimensões de relação do homem (eu) no mundo. A identidade, a liberdade e a igualdade, a existência e a segurança, e, por fim, a honra, são elementos conectores da personalidade do homem, e que o ligam ao mundo e ao meio. Pelo elemento identidade o homem torna-se único, característica que o distingue dos demais.

enquanto repositório dos caracteres que qualquer homem tem em comum com todos os homens e que desde logo lhe assegura a sua dignidade (dignitas, Menschenwurde), não prejudica, antes se incorpora, na noção de individualidade (individualitas, individualitat), que, em função de caracteres próprios, permite distinguir cada um dos homens e atribuir-lhes originalidade e irrepetibilidade. Finalmente, salienta-se, numa perspectiva ético-filosófica, que o homem, embora individualizado, não é um ser isolado mas em permanente relação com os outros homens, com o mundo e consigo mesmo, assumindo aí especial relevo o mundo de valores a que ele aderiu, a ponto de lhe estruturar, moldar e significatizar a pessoalidade (personalitat)”.¹²⁵

¹²⁵ Ibid., p.109.

O elemento identidade permite ao homem as relações consigo mesmo, com os outros, com a Natureza, e com Deus, ou pelo menos com a ideia d'Ele. Capelo de Sousa interpreta esse processo da seguinte forma: “[...] cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo, é da liberdade humana que decorre o elemento da tutela geral da personalidade, enquanto qualidade elementar da própria natureza do homem e, nos seus elementos fundamentais”.¹²⁶ Tal definição também é defendida por Cupis: “[...] os direitos de personalidade exprimem o *mínimum* necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade”.¹²⁷

É preciso considerar que o elemento igualdade é primordialmente um preceito constitucional, da mesma forma que os demais. Por igualdade, tem-se que, além de livres, os indivíduos, de um modo geral, possuem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Tal ideia é representada para além das capacidades, das virtudes ou dos talentos que cada pessoa possui, pois cada um deles se origina da individualidade.¹²⁸

Eis o motivo pelo qual a igualdade tutela não apenas uma finalidade ou um instrumento de realização do Direito, mas também, nos seus aspectos essenciais, um elemento da própria noção de personalidade humana. Acerca disso, Capelo de Sousa afirma: “Existe no cerne da natureza humana uma base comum igual a todos os homens. Isso, que é uma qualidade da própria essência humana, não pode deixar de pertencer a cada homem em concreto, quaisquer que sejam as suas circunstâncias sociais”.¹²⁹

Além dos elementos já mencionados, Capelo de Sousa elenca os elementos existência e segurança jurídica, pelos quais o homem estabelece a relação de sua personalidade a partir de sua afinidade existencial com a natureza. Essa afinidade verifica-se por questões de sobrevivência e desenvolvimento da espécie, uma vez que o homem

¹²⁶ Ibid., p.256.

¹²⁷ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 18.

¹²⁸ CAPELO DE SOUSA, Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 120.

¹²⁹ Ibid., p. 287.

necessita de uma estável integração com a natureza, que se estende desde o local em que vive até o dispositivo físico e lógico de adaptação a esse meio, compreendendo uma sintonia entre as energias humanas e naturais. Tais elementos também envolvem a personalidade humana, e desta são inarredáveis.¹³⁰

Por meio do elemento honra ocorre a projeção da consciência social, representando um conjugado de apegos pessoais de cada indivíduo, que compreendem os valores que emergem do gênero humano de um modo geral, e também aqueles que o indivíduo vai conquistando a partir de seu esforço individual.¹³¹

De acordo com essa estrutura, todos os elementos que compõem as correlações que representam e se exteriorizam na personalidade humana sugerem que a violação de um deles, inevitavelmente, afeta o direito de personalidade. Diante disso, é possível compreender que a liberdade religiosa e a garantia do culto, segundo a consciência de cada indivíduo, pertencem, de forma nata, à personalidade humana, visto que, a forma pela qual o homem se relaciona com Deus e com seus semelhantes constitui elemento intrínseco de sua personalidade, uma vez que acontece na religião de cada indivíduo.

Com relação ao direito geral de personalidade, Pinto acrescenta que a pessoa deve ser o centro da ocupação dos juristas, e a tarefa que a eles se dirige para a devida tutela jurídica deriva da essência axiológica que constitui o Direito, enquanto instrumento de tutela. Por isso, é primordial à justiça representar essa tutela.¹³² É nesse plano que a liberdade religiosa se encontra tutelada; é por meio dela, da religião, que o homem se relaciona com Deus e manifesta sua fé. Assim, ela se constitui num dos elementos da

¹³⁰ Ibid., p. 295.

¹³¹ Ibid., pp. 301-303. Capelo de Souza ressalta a distinção entre os elementos de valoração social e os de interesse pessoal: “O bem da personalidade ora referido reside na aludida projeção e de certo modo na respectiva titularidade, não se confundindo com os bens ou valores pessoais, em si mesmos, causantes da projeção social, nem com o sentimento individual da honra própria e nem mesmo com a projeção de tais bens ou valores na consciência do titular e respectivo auto-reconhecimento e autoavaliação, embora estes bens constituam também elementos da personalidade e sejam tutelados”.

¹³² PINTO, Paulo Mota. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 62.

personalidade do homem. Sobre isso, consigna Brancato: “A personalidade é um bem jurídico, que embora de cunho subjetivo, e por isso, complexo, vem protegida numa abrangente gama de direitos, na legislação interna (civil e penal)”¹³³ e, principalmente, na ordem constitucional.

2.2.2. Liberdade religiosa

Do nascimento à morte se estabelecem dois limites na vida do homem. Nesse ínterim, tudo o que o homem realiza durante a sua vida fica registrado pela religião.¹³⁴ No entendimento de Charbonneau: “Falar do Homem e dos homens é falar de Deus. A fé não é, pois, extrínseca ao homem”¹³⁵. No mesmo sentido, afirma Edgar Morin: “Deus¹³⁶ é a projeção do genético desconhecido que existe dentro do homem”.¹³⁷

¹³³ BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de Direito Público e de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144. “Diversamente do Código de 1916, o novo Código Civil disciplinou especificamente os chamados direitos da personalidade, que são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, como a preservação do próprio corpo, do nome, da imagem e da vida privada, da honra, da boa fama ou da respeitabilidade”.

¹³⁴ FEBVRE, Lucien. *O problema da incredulidade no século XVI. A Religião de Rabelais*. Tradução: MACHADO, Maria Lúcia; LOHREN, José Eduardo dos Santos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 295.

¹³⁵ CHARBONNEAU, Paul-Eugéne. *O Homem à procura de Deus*. São Paulo: Editora Pedagógica Universitária Ltda, 1984, p. 504.

¹³⁶ RIBEIRO, Nilo Júnior. *Sabedoria da Paz: Ética e Téo-lógica em Emmanuel Levinas*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, pp. 62-63. Sobre a acepção da palavra Deus, encontramos seu lugar em Levinas, para quem: “O único lugar no qual a palavra **Deus** pode ser dita com sentido é na ética. Na responsabilidade pelo outro, o Santo ou Bem se passa na relação. É, pois, somente na obrigação sem normas ou na moralidade como bondade ou como amor ao outro em que o humano se constitui antes do saber que se edificam as bases para dizer que Deus vem à idéia e esse vir à idéia pertence à interpelação do eu pelo rosto que se distingue do aparecer e da experiência”. Importante consignar que Levinas se refere a racionalidade como moralidade, diferentemente da concepção kantiana, pois para Kant, a questão espiritual tinha relação direta com o conhecimento e a sabedoria. Nesse sentido, justifica Levinas, “a idéia de Deus – ou Deus em nós – como se o não-se-deixar-englobar fosse uma relação excepcional comigo, como se a diferença entre o infinito e o que deve englobá-lo e compreendê-lo fosse uma não indiferença do infinito pelo pensamento: colocando o infinito no pensamento, mas totalmente diferente daquela estrutura da compreensão do *cogitatum*, por uma cogitação. Colocando como passividade além de toda passividade na qual é necessário conhecer e despertar”. (o grifo é nosso)

¹³⁷ MORIN, Edgar. *Journal de Californie*. Paris: Seuil, 1970, p. 158. Apud. CHARBONNEAU, Paul-Eugéne. Op. Cit. p. 504.

Na história da humanidade, a liberdade religiosa registra o marco de seu desenvolvimento na ideia de tolerância. Numa gradual evolução, essa imagem de tolerância religiosa evolui para a afirmação da liberdade religiosa. Tal reconhecimento científico da liberdade religiosa e seus princípios ocorrem concomitantemente aos primórdios da noção de separação entre Igreja e Estado, ou seja, quando a concepção de Igreja se descola da ideia de Estado, por meio das confissões religiosas.¹³⁸ Essa metamorfose que alcançou tanto a Igreja quanto o Estado ocorreu no período de transição entre o Estado moderno e monárquico, para o Estado constitucional e republicano, atingindo o ápice com a constitucionalização do direito fundamental de liberdade religiosa e laicidade do Estado.¹³⁹

Na concepção de Scapini, o processo de laicização do Estado pode ser visto como uma arte, ao permitir a renovação da igreja, possibilitando a atualização de novas possibilidades: “[...] são as renovações sociais com que tanto sonhamos por um mundo mais justo, mais humano e, por isso mesmo, mais próximo de Deus”.¹⁴⁰

¹³⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 62-63. Para o autor em referência, podem ser apontados como os mais ilustres teóricos do Estado moderno: Nicolau Maquiavel (1469-1527); Jean Bodin (1529-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679), precursores em atribuir distinta concepção para termos como Estado e soberania: “Maquiavel propunha a atuação do poder político em coordenação com a Igreja, na medida em que esta pudesse ser manipulada para a consecução dos fins estatais. Bodin apresentava o Estado como um poder soberano que se sobrepunha a quaisquer facções religiosas, as quais deveria sujeitar e pacificar. Já Hobbes propunha um modelo contratualista de poder centralizado na figura do monarca. Contudo, certo é que, tanto Bodin quanto Hobbes, mesmo que buscassem distinguir o político do religioso, ainda fundamentavam seus pensamentos em teorias influenciadas pela religião. Sobre a doutrina contratualista moderna, refere que se partiu do fato de que o homem, no estado de natureza, submetido à lei do mais forte, não conseguiria suprir suas necessidades de forma satisfatória, pelo que, restar-lhe-ia celebrar um contrato social com outros indivíduos e formar uma comunidade política, passando ao estado civil. Para Locke, que vai além de Bodin, Hobbes e Maquiavel, a comunidade “é uma sociedade de homens constituída apenas para a preservação e melhoria dos bens civis de seus membros”, pelo que “não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade ao homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião”. John Locke, *A Letter Concerning Toleration*, New York: Prometheus Books, 1990, p. 18-19. É de se observar, porém, que a tolerância pregada por Locke não é ilimitada, visto que não se estendia a ateus e católicos”.

¹³⁹ COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado Laico*. In. LOREA, Roberto Arriada. (org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 98.

¹⁴⁰ SCAPINI, José. *A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1978, p. 245.

Por meio desse processo, as teorias políticas que dominavam o Estado moderno elevavam o poder na mão do monarca. Essa forma de centralização do poder se dissipou com os pensamentos de Rousseau, marcando e recepcionando a proposta de duas linhas distintas, que indicaram um novo rumo ao poder político, dando início a uma fase contenciosa.

Para Rousseau, o Estado deve resultar de um pacto avançado entre os indivíduos, cabendo ao monarca tão somente garantir a segurança dos submetidos; desde então o Estado deixa de glorificar o monarca como sendo um representante de Deus. “Esse processo cede espaço a duas linhas, em que o Estado confessional católico segue as regras eclesiásticas da Igreja de Roma, enquanto o Estado protestante divide em maior proporção o poder, permitindo aos magistrados civis reger normas religiosas”.¹⁴¹

Tal ocorrência permitiu que as igrejas integrassem o Estado como corporações de Direito Público, e, portanto, objeto de fiscalização do próprio Estado. Nesse quadro, a liberdade religiosa individual se manifestava, pois o reconhecimento da Igreja como instituição pública garantia os direitos também aos adeptos, sendo sua consciência individual o limite de atuação do Estado sob a Igreja.

Nesse desenlace histórico, o contratualismo-jusnaturalista preparou terreno fértil para a liberdade religiosa. Os primeiros reflexos advindos dessas mudanças culturais representadas pela liberdade religiosa puderam ser observados ao longo dos séculos XVII e XVIII, registrados pela teorização do poder político, como por exemplo, a Revolução Americana¹⁴² e a Revolução Francesa, uma vez que ambas levaram a uma fragmentação

¹⁴¹ RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa: Uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 35. “Historicamente, isso se verificou com a conversão do imperador Constantino, de Roma: de perseguidos, os cristão tornaram-se os detentores da religião oficial do Império Romano”.

¹⁴² LOREA, Roberto Arriada. (org.) *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101. “A revolução Americana, ocorrida em 1776, ocorrida com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos da Virgínia, e reconheceu a liberdade religiosa como o direito primeiro, the first right.

gradual com o modelo de Estado até então existente, inaugurando as ideias de imparcialidade estatal e de pluralismo religioso.¹⁴³

A Declaração dos Direitos do homem marca o triunfo do indivíduo e, embora tenha sido precedida por proclamações semelhantes nos Estados Unidos (Bills of Rights), foi precursora na Constituição de uma nação, exercendo uma ação poderosa ao longo do século XIX até os dias atuais. Seu texto vai de encontro ao que Rousseau afirmava no Contrato Social, além de transpor preceitos e ficções do direito natural para o plano positivo. Assim, do ponto de vista racionalista, esta era uma mudança necessária para fundar um novo Estado, a partir do consenso dos cidadãos, e de colocá-los fora do alcance da própria autoridade política.

Com isso, o afastamento do indivíduo do alcance da autoridade estatal deu ensejo à inspiração do conceito individualista. Dumont parte do entendimento de que a liberdade de consciência e de religião foram os principais elementos que impulsionaram a inserção de novos direitos e liberdades: “[...] inspirados pelos puritanos que estabeleceram um Estado por contrato nas colônias americanas e transformaram o direito natural em realidade política, sendo, por isso, os primeiros a considerar o indivíduo superior ao Estado”.¹⁴⁴

Nesse contexto, a liberdade religiosa é o coração dos direitos humanos. Para a autoridade religiosa católica, ela assume caráter de inviolabilidade tamanha, capaz de reconhecer às pessoas a liberdade de mudar de religião, se assim sua consciência demandar. A cada homem é permitido seguir sua consciência em todas as circunstâncias e não pode ser constrangido a agir em oposição a ela. Em prol desse direito intransferível e inalienável

¹⁴³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva...* p. 73.

¹⁴⁴ DUMONT, Louis. *O Individualismo*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, pp. 110-111.

nenhum indivíduo pode ser compelido a aceitar, pela coação, determinada religião, quaisquer que sejam as ocasiões ou os motivos.¹⁴⁵

Com relação a inserção da liberdade religiosa no catálogo dos direitos humanos, questiona Arosio:

[...] que tudo isso parece óbvio, mas como está, de fato, a liberdade religiosa no mundo, em particular na entrada do terceiro milênio? Como se comportam os Estados que assinaram as diferentes convenções internacionais sobre os direitos humanos, sobretudo com referência às minorias religiosas que vivem em suas fronteiras?¹⁴⁶

O referido autor pretende adentrar na questão da concretização do direito à liberdade religiosa, uma vez que ela é reconhecida no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também ratificada na Constituição da grande maioria dos países modernos, incluindo-se o Brasil.¹⁴⁷

E não poderia ser de outra forma, pois o Brasil cada vez mais contempla uma sociedade multicultural, distanciada cada vez mais do tempo em que havia apenas uma religião professada por todos (e até mesmo obrigatória por lei), instituída como um jeito correto de ser homem, como um modo único e adequado de ser mulher, como um único partido político, uma única raça reconhecida como sendo a melhor, ou ainda, na condição

¹⁴⁵ AROSIO, Ernesto. *Revista Mundo e Missão*, Vol. 68, n.º 50, março de 2001, Março de 2001, V. 68, n.º. 50, p. 19. Quem assim escreve é o Papa João Paulo II na sua mensagem anual aos chefes de Estado, por ocasião do dia mundial da paz. Na mesma mensagem, ele lembra que também a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 18) reconhece o direito à liberdade religiosa, incluindo o de manifestar as próprias crenças, individualmente ou com outros, abertamente como em privado. O respeito à liberdade religiosa é um dos fundamentos da paz mundial.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 20. Para ter uma visão ampla e relativamente clara da atual situação da liberdade religiosa, na perspectiva do direito natural de praticá-la com liberdade e respeito, quando não ofende o direito das pessoas, o Secretariado Italiano de Ajuda à Igreja que Sofre (AIS no Brasil) efetuou uma pesquisa, em todos os países, e publicou um livro intitulado “Relatório 2000 sobre a liberdade religiosa no mundo.” O relatório analisa todas as confissões religiosas e suas situações em cada um dos 193 países que compõem o universo mundial, à luz das legislações locais e do real respeito de cada cidadão. Desconsiderando episódios individuais de intolerância que acontecem em qualquer lugar do mundo, podemos concluir que, em geral, na maior parte da Europa Ocidental, na América do Norte, Austrália e América Latina, existe respeito ao cristianismo, às minorias religiosas e a outras religiões, exceção feita ao México e a Cuba.

conjunto único de valores morais para um determinado tipo de educação e representação dos meios de comunicação.¹⁴⁸

Na atualidade, não há notícias de verdadeiras perseguições religiosas; no entanto, não raras vezes se encontram restrições contidas nas legislações, ou pressões políticas sobre determinados grupos religiosos.¹⁴⁹ No caso do Brasil, o presente estudo constata que há restrições na legislação interna no que tange à perspectiva do direito natural da prática da liberdade religiosa pelos membros das Testemunhas de Jeová. Tal restrição se verifica na exceção contida no crime de constrangimento ilegal, no § 3º, inciso I, que autoriza o profissional médico a realizar determinados procedimentos no paciente, independente de sua objeção, desde que justificada a intervenção por eminente perigo de vida.

Tal exceção impede a prática da liberdade religiosa por parte das Testemunhas de Jeová, uma vez que a Escritura Sagrada que os orienta proclama a proibição da troca sanguínea; esse procedimento implica no banimento do adepto pois, ao substituir seu sangue original, não mais poderá dar testemunho de seu Deus Jeová. O fundamento da objeção das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue está na Escritura Sagrada, no capítulo Gênesis, 9,4. A exceção do artigo 146, § 3º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, viola o direito a liberdade religiosa dos adeptos, pois impõe circunstâncias opostas a sua consciência.

Em busca das promessas vindas com a modernidade e, em especial, com a laicização do Estado, acadêmicos, juntamente com a representação dos cidadãos, apresentaram ao Senado francês, em 2005, uma proposta para a criação de uma Declaração

¹⁴⁸ LOREA, Roberto Arriada.(org) *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 06 .

¹⁴⁹ AROSIO, Ernesto. *A Liberdade Religiosa no Terceiro Milênio*. Revista Mundo e Missão, Vol. 68, n.º 50, março de 2001, Março de 2001, V. 68, n.º. 50, p. 20.

universal da laicidade no século XXI.¹⁵⁰ Em seu primeiro capítulo, no título que versa sobre os princípios fundamentais, o artigo primeiro espelha a base do Estado laico:

Todos os seres humanos têm direito ao respeito à sua liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva. Este respeito implica a liberdade de se aderir ou não a uma religião ou a convicções filosóficas (incluindo o teísmo e o agnosticismo), o reconhecimento da autonomia da consciência individual, da liberdade pessoal dos seres humanos e da sua livre escolha em matéria de religião e de convicção. Isso também implica o respeito pelo Estado, dentro dos limites de uma ordem pública democrática e do respeito aos direitos fundamentais, à autonomia das religiões e das convicções filosóficas.¹⁵¹

A liberdade religiosa, consolidada na Constituição Federal, vem representada como um direito fundamental que conforma um todo, formado por partes, ou seja, um conjunto que reúne posições jusfundamentais, presente em diversos dispositivos textuais aptos a harmonizar a maximização dessa liberdade, com o objetivo de acolher as confissões religiosas minoritárias, pela tolerância ao fundamentalismo-crença e extinção do fundamentalismo-militante. Sobre isso, é esclarecedor o entendimento de Jayme: “Parte-se dos pressupostos histórico-teológicos da liberdade religiosa, que só faz sentido no Estado Democrático de Direito, sem deixar de notar que a racionalidade moderna surpreende-se, hoje, com o fenômeno da dessecularização”.¹⁵²

¹⁵⁰ LOREA, Roberto Arriada. (org) *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15 “Considerando a crescente diversidade religiosa e moral no seio das sociedades atuais e os desafios encontrados pelos Estados modernos para favorecer a convivência harmoniosa; considerando também a necessidade de respeitar a pluralidade das convicções religiosas, atéias, agnósticas, filosóficas e a obrigação de favorecer, por diversos meios, a decisão democrática pacífica; e, finalmente, considerando a crescente sensibilidade dos indivíduos e dos povos com relação às liberdades e aos direitos fundamentais, incentivando os Estados a buscarem o equilíbrio entre os princípios essenciais que favorecem o respeito pela diversidade e a integração de todos os cidadãos com a esfera pública, nós, universitários, acadêmicos e cidadãos de diferentes países, propomos a reflexão de cada um e o debate público, sobre a seguinte declaração.” Essa foi a Declaração apresentada no Senado francês, em 09 de dezembro de 2005, por ocasião das comemorações do centenário da separação Estado-Igreja; cuja redação esteve a cargo de Jean Bauberót (França), Micheline Milot (Canadá) e Roberto Blancarte (México).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 04.

¹⁵² WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 04.

Assim, diante da evolução social ocorrida, ao Estado pós-moderno urge enfrentar a norma Constitucional que recepciona o Estado laico, pois somente assim será possível impedir a distinção de minorias. É exatamente esta a pretensão que fundamenta o Estado laico: abrigar as minorias contra a diferenciação que lhes é imposta. Diz-se assim, que o Estado laico tem sua base sólida aliada ao pluralismo e ao multiculturalismo.¹⁵³

A religião¹⁵⁴ é o sentimento de convicção íntima que acompanha o homem, mesmo antes do nascimento do Direito e do próprio Estado.

Locke, em análise ao entendimento humano, constatou que embora Deus não nos tenha dado ideias inatas de si próprio, nem tenha deixado gravados em nossos espíritos caracteres reveladores da sua existência, ao nos dotar de determinadas faculdades, deixou em nós, de alguma maneira, o seu testemunho. Para Locke, os elementos que compõem o ser, como sensação, percepção e razão, são provas da existência de Deus, quando refletimos sobre nós mesmos. Ignorar que tais elementos constituem a prova da Sua existência significa negar que o Ser Supremo forneceu os meios para o homem obter a felicidade, descobrindo cada um a si mesmo, através Dele, e conhecer o termo da própria existência humana, sua vida e sua realização.¹⁵⁵

¹⁵³ LOREA, Roberto Arriada. (org.) *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

¹⁵⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2004, 3. ed. p. 1729. Religião, do latim *religione*: Crença na existência de uma força ou forças sobrenaturais, considerada(s) como criadora(s) do Universo, e que como tal deve(m) ser adorada(s) e obedecida(s); A manifestação de tal crença por meio de doutrina e ritual próprios, que envolvem, em geral, preceitos éticos; Crença fervorosa; devoção, piedade; Crença numa religião determinada; fé, culto; Do latim – *credentia*: Ato ou efeito de crer; Fé religiosa; Aquilo em que se crê, que é objeto de crença; Convicção íntima; Opinião adotada com fé e convicção.

¹⁵⁵ LOCKE, John. *Ensaio Sobre o Entendimento Humano*, v. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 859. O autor referido justifica esse entendimento acerca da existência de Deus, nos seguintes termos: Embora esta seja a verdade mais óbvia que a razão descobre, e a sua evidência seja (se não me engano) igual à certeza da matemática, ela requer meditação e atenção, e o espírito deve aplicar-se a uma dedução regular, partindo do nosso conhecimento intuitivo, ou então ficamos tão incertos e ignorantes disto como de outras proposições que são em si capazes de conhecimento, isto é, estando certos de que há um Deus e como podemos chegar a esta certeza, penso que não precisamos ir além de nós próprios e daquele conhecimento indubitável que temos da nossa própria existência”.

A comunicação do homem com Deus denota um entendimento filosófico, que nos é dado por Kant, no sentido de que o homem não é apenas um ser do mundo inteligível¹⁵⁶, mas também um ser sensível: “Na análise precedente a lei moral conduziu ao problema prático, imposto simplesmente pela razão pura sem nenhuma participação de motivos sensíveis, a saber, da necessária completude da primeira e principal parte do sumo bem, a moralidade”.¹⁵⁷ Por isso, o homem busca a existência de Deus.

No entendimento de Kant, verifica-se a construção de uma interconexão com os postulados da moralidade, determinada pela razão, através da vontade. A imortalidade, a liberdade e a felicidade são elementos do sumo bem, dentre os quais a felicidade é o postulado que implica a busca pela existência de Deus.¹⁵⁸

É por meio da construção kantiana que surge na história a razão (prática). A partir de então, a liberdade do homem não o desvincula de sua própria trajetória, uma vez que a constitui. A razão pura, tal qual construída por Kant, exige e possibilita, em seu uso prático, a realização de uma biografia das obras humanas, e estas, por sua vez, necessitam manter sua conformidade com as determinações morais da razão.

No entendimento de Herrero, a razão prática kantiana representa que: “A história humana deve ser a história da configuração do mundo sensível pela razão e nessa configuração a liberdade alcança sua consumação, pela qual chega a ser o que deve ser”. Desse modo, importa verificar os fins que a razão atribui à liberdade para obter seu termo de realização na vida terrena, determinações essas que a liberdade deverá edificar no

¹⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. Cit., p. 1116. Do lat. *Intelligibile*: Filos, que se conhece pela inteligência ou pela razão.

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. Edição bilíngüe. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 441.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 443-444. Sobre a interconexão, o autor assim classifica: “[...] a principal parte do sumo bem é a moralidade, e, como esse problema só pode ser resolvido inteiramente em uma eternidade, conduziu ao postulado da imortalidade. Essa mesma lei tem de remeter também, tão desinteressadamente como antes a partir de uma simples razão imparcial, à possibilidade do segundo elemento do sumo bem, a saber, a felicidade adequada àquela moralidade, ou seja, à pressuposição da existência de uma causa adequada a esse efeito, isto é, postular a existência de Deus como necessariamente pertencente à possibilidade do sumo bem (que como objeto de nossa vontade está necessariamente vinculado à legislação moral da razão pura)”.

mundo, ostentar, e manter-se fiel a si mesma. Consigna Herrero: “O Soberano Bem Político, objeto da liberdade externa, e o Soberano Bem Comunitário, o objeto da religião”.

159

Em resposta a esse longo processo histórico, palco do desenvolvimento do Estado e da política, do Direito e dos pensamentos filosóficos, o tema se desvela, de forma complexa, mas contínua. As palavras dignidade, liberdade, razão e consciência se encontram no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”¹⁶⁰

No caso das Testemunhas de Jeová, as dimensões da liberdade encontram um óbice à concretização da liberdade religiosa, uma vez que deve ser permitido ao homem exercer sua liberdade no mundo, em especial, a liberdade religiosa; cabe a cada homem encontrar a forma pela qual deverá realizar na história o Soberano Bem Comunitário, ou seja, a religião, conforme definição de Kant. Sobre isso, esclarece Herrero: “[...] se a liberdade do homem é essencialmente um dever-ser no mundo, a tarefa filosófica deve agora investigar as condições de possibilidade de sua realização no mundo”.

Na prática, a realização dessa possibilidade pressupõe que, na experiência humana, dois elementos primordiais sejam observados: o mundo que nos cinge e define nossa sensibilidade, até então ignorado metodicamente da cogitação, uma vez que a razão, por si mesma constitui prioridade absoluta; e a liberdade enquanto um dever-ser, que vai se concretizar materialmente nas possibilidades no mundo.¹⁶¹

¹⁵⁹ HERRERO, Javier Francisco. *Religião e História em Kant*. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1991, p. 31.

¹⁶⁰ BRASIL. *Resolução n.º 217ª A (III)* Adotada e Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível no site < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>, acessado no dia 02 de setembro de 2009.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 37.

A realização da liberdade como um dever-ser, segundo a concepção kantiana, é possível por meio da virtude, pois indica a seiva dos axiomas do homem na execução de seu dever. Essa premissa compreende a palavra homem numa perspectiva que abranja sua totalidade. Herrero esclarece: “[...] indica-se precisamente que essa força moral supera a inclinação contrária à lei pela razão legisladora enquanto se constitui como um poder executivo da lei. Portanto, a virtude é o firme propósito do homem de resistir a suas inclinações naturais”.¹⁶²

Diante dessa construção, é inegável que a inclinação do homem para a religião é uma condição que lhe é imanente, não apenas no âmbito coletivo, mas também no individual. Eis a justificação da necessidade de concretização da liberdade religiosa, edificada sob o prisma da igualdade e liberdade, que invocam a dignidade da pessoa humana. Essa trilogia se mostra de forma clara na ideia de Jayme, tomando por base a consideração dos seguintes valores e consequências: “A tolerância e o interculturalismo de inclusividade constitucional e limites desafiados pelo fundamentalismo religioso, somados ao apelo que densifica a dignidade da pessoa humana, que se viabiliza nos princípios gerais de liberdade e igualdade e concreta-se no manejo da proporcionalidade.”¹⁶³

A análise dos textos formulados nas legislações e constituições, também no Brasil, indica que a construção da liberdade religiosa e a separação entre Igreja e Estado avançaram a passos lentos.¹⁶⁴ Especificamente no seu âmbito de proteção constitucional, a

¹⁶² Ibid., p. 38. O autor referido contempla que a liberdade interior só é realizável em forma de virtude. Esse processo representa a condição suprema de tudo o que nos possa parecer bom e desejável. Por tais motivos, Kant define a virtude como Bem Supremo.

¹⁶³ WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 243.

¹⁶⁴ COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado Laico*. In. LOREA, Roberto Arriada. (org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 108-110. Durante o período colonial, prevalecia no Brasil a hegemonia da religião católica, que seguia a Inquisição Portuguesa, criada em 1536, momento em que vem ao Brasil a Companhia de Jesus, criada em 1540 por Inácio de Loyola. Os Padres Manoel da Nóbrega e Antônio Vieira, iniciaram a catequização dos índios, que preteriram a escravidão em prol da submissão religiosa. Com a independência do Estado brasileiro e também no período imperial, a liberdade religiosa ficava restrita a Religião Católica Apostólica Romana: “(...) no artigo 5º, da Constituição de 1824. As demais religiões eram permitidas, com

liberdade religiosa vem representada em distintos momentos. No preâmbulo da Carta, os constituintes proclamam como seus representantes o povo brasileiro, e que a promulgação da Constituição se dá sob a proteção de Deus. De forma literal, se verifica a afirmação da liberdade religiosa dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, elencados no artigo 5º, especificamente em seus incisos VI (liberdade de consciência e de crença; livre exercício dos cultos religiosos; proteção aos locais de culto e suas liturgias); VII (assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva) e VIII (não-privação de direitos por motivo de crença religiosa – objeção de consciência).¹⁶⁵

Assim sendo, cabe ao Estado abster-se de impedir o exercício da liberdade religiosa ou adequar esta limitação, de acordo com os cidadãos adeptos. Percebemos tal critério com a reverência do legislador constituinte, ao estabelecer limites que permitam a inclusão da liberdade religiosa, desde a organização do Estado, às forças armadas, à fixação de tributos, na educação pública e na família.

A previsão constitucional da liberdade religiosa como direito fundamental reconhece também, e de forma expressa, a inviolabilidade da crença religiosa, a liberdade de culto e a liberdade de organização das confissões religiosas. No entanto, o

liberdade de crença, mas limitava o culto no âmbito doméstico”. Sobrevindo a República, e com ela, a Constituição de 1891 encarregou-se, no artigo 72, § 3º, de reconhecer as confissões religiosas, assegurando o culto além dos limites reservados. Sobre o conteúdo do acima mencionado artigo 72, consigna o Padre José Scapini que, tal dispositivo constitucional foi o marco inicial que revelou no Brasil a laicidade do Estado, uma vez que este rompe seus vínculos enraizados na Igreja. Para um melhor entendimento acerca disso, vide a obra de SCAPINI, José. *A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1978, p. 124. Ainda no âmbito constitucional, antes mesmo da promulgação da Carta de 1981, é editado o Decreto nº. 119-A, determinando a separação entre igreja e Estado, com redação de Rui Barbosa. Na Constituição de 1934 manteve-se intacta a separação da Igreja e do Estado e a liberdade religiosa, no entanto, esta ficou vinculada a observância da ordem pública e os bons costumes. Na Carta de 1937, em seu artigo 122, § 4º, período do golpe de Estado, permanece a liberdade religiosa, novamente limitada por questões de ordem pública e bons costumes, contudo, abolidas a liberdade de consciência e de crença. O texto da Constituição de 1946, no artigo 141, § 7º, deslocou a liberdade religiosa para o título que versava sobre os direitos individuais, incluindo a liberdade de consciência e de crença, inovando o texto com a atribuição de personalidade jurídica às associações religiosas, nos termos da lei civil. Nas constituições de 1967/69, vigentes no período negro da ditadura militar, continuou impedindo o encontro de pessoas com o fim de expressar ideais de cunho ideológico opostos ao poder que estava em vigor, tal qual a Carta de 1937.

¹⁶⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 253.

reconhecimento desses direitos não é suficiente para garantir-lhes a concretização. Essa dificuldade, numa perspectiva da realização dos direitos, requer o empenho de um arrazoado suscetível de interpretação à luz da ordem jurídica vigente, para que possa atribuir maior solidez aos conceitos que integra o Estado Democrático de Direito, no âmbito do emprego condizente do próprio direito.¹⁶⁶

Consoante entendimento de Jayme, a religião acompanha o homem em todos os níveis de sua evolução: “A história é o palco que acomoda a passagem da humanidade, e com ela, a coesão da religião”. É na averiguação da história que se constata a apreensão da experiência e da inclinação de determinados grupos sociais diligentes, conduzindo o homem através da religião, sendo esta a marca do grupo.¹⁶⁷ A forma mais intensa pela qual o indivíduo exerce sua liberdade religiosa se dá pela aderência a um grupo moral de natureza religiosa. Eis a especificidade social do acontecimento religioso.¹⁶⁸ Essa magnitude social e fenomenológica que a religião adquiriu no palco da história humana e o respeito pela autonomia individual são consectários do direito à liberdade religiosa, uma vez que daí vai derivar sua construção também nos grupos sociais. Assim, é certo que a interferência estatal nos assuntos internos das confissões religiosas significa um duplo efeito sobre o direito à liberdade religiosa, uma vez que alcança suas dimensões tanto no plano individual, quanto no coletivo.¹⁶⁹

¹⁶⁶ COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado Laico*. In. LOREA, Roberto Arriada. (org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 114.

¹⁶⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 325. “O cristianismo primitivo, por exemplo, foi tão profundamente marcado pela idéia de assembleia (ecclesia) que até hoje é difícil conceber a religião (desligada de sua dimensão associativa)”.

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 1993, p. 32.

¹⁶⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. Op. Cit., pp. 325-26. Com relação ao fenômeno social dos grupos, ressalta o autor referido: “[...]tal fenômeno social dos grupos, isto é, da dimensão subjetiva, o direito subjetivo das pessoas jurídicas, no fundo, tem por finalidade assegurar o direito subjetivo das pessoas físicas”.

Na seara individual, a liberdade de consciência do indivíduo permite que ele opte por uma religião em foro íntimo. O que se pretende questionar é exatamente esta liberdade pessoal que, num primeiro momento, é objeto de proteção no artigo 146 do Código Penal (que tipifica o crime de constrangimento ilegal). Essa mesma liberdade pessoal vem protegida num todo coletivo, e também individual, no Direito Constitucional da religião (sob a trilogia igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana). No entanto, a violação dessa proteção ocorre quando a prática do culto (exteriorização de sua crença) é proibida, ou seja, a concretização da liberdade religiosa, em âmbito singular, pela exceção posta no § 3º do artigo 146 do Código Penal. Uma exceção que, de certa forma, viola o direito em seu conjunto (direito constitucional da religião), e, diretamente, a liberdade individual.

No âmbito individual, a liberdade religiosa importa um elemento de cunho subjetivo. Com relação à intervenção estatal no direito subjetivo da pessoa, para Sarlet, é necessário estabelecer uma compreensão precedente:

[...] à luz da CF 88, as garantias institucionais são espécie do gênero garantias fundamentais; não possuem regime jurídico distinto dos direitos fundamentais propriamente ditos. Sua importância cresce, já que a CF de 88 perdeu a oportunidade ímpar de reconhecer expressamente uma garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (embora sua salutar e inovadora inclusão no rol das cláusulas pétreas), ao constatar-se que, para além de outorgarem, ou não, ao indivíduo um direito subjetivo (o que remete a análise do dispositivo concreto), sua identidade e permanência se encontram, de qualquer modo, resguardadas contra o legislador infraconstitucional¹⁷⁰.

Não raras vezes é possível verificar esse conflito nas Testemunhas de Jeová, quando a práxis médica mostra necessária a realização de transfusão de sangue, sendo que tal procedimento vem ao desencontro da prática da exteriorização da crença do paciente. A partir disso, é preciso considerar que a liberdade religiosa constitucional tem o intuito de incluí-la como direito de cada um ser escolher sua religião, segundo a liberdade de consciência, e garantindo a prática do seu culto.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199.

Em âmbito mundial, é necessário levar em conta o diálogo entre as civilizações, devido à força que o poder de cada uma delas pode representar reciprocamente. Thomas Michel consigna que as previsões futurísticas do polêmico Huntington não são de todo insensatas, uma vez que o desvelar da humanidade, no momento atual, indica que a fonte fundamental de conflito no mundo, num futuro não muito distante não se ocupará mais de questões ideológicas nem econômicas, que cederão lugar às questões culturais. Essas mudanças de paradigmas, de alcance mundial, ensejarão um inevitável choque entre as civilizações, e o tema será objeto da política mundial dominante.¹⁷¹

Assim, é possível antever que cada uma dessas civilizações manifestará concepções próprias, portanto distintas umas das outras, com relação à afirmação de Deus e da humanidade, do indivíduo e do grupo, do cidadão e do Estado, de pais e filhos, de marido e mulher, e da respectiva importância dos direitos e responsabilidades: liberdade e autoridade, igualdade e hierarquia.¹⁷²

Nesse contexto, a partir da constatação de Thomas Michel registra-se que, por longa data, o Ocidente se empenhou e conquistou uma posição de referência como sede de mundo. No entanto, o momento atual revela que as pessoas de outras civilizações prosseguem num processo de rejeição aos valores e ideais ocidentais até então tidos como referenciais, partindo em busca do retorno das raízes culturais originárias. Devido às pressões da modernização econômica e da mudança social, as pessoas se sentem separadas das suas identidades locais e a religião tratou de preencher essa lacuna.

¹⁷¹ ARRICHI, Giovanni. *Adam Smith em Pequim: Origens e Fundamentos do Século XXI*. Tradução: MEDINA, Beatriz. São Paulo: Boitempo, 2008, pp. 394-393. Nessa obra, o autor manifesta fortes críticas à inspiração ocidental do consumo, e, em suas previsões futurísticas, deposita forte credibilidade à China, como uma nação capaz de contribuir para o surgimento de uma comunidade de civilizações que respeite a diversidade cultural, nos seguintes termos: “Se essa reorientação conseguir reviver e consolidar as tradições chinesas de desenvolvimento baseado no mercado e centrado em si mesmo, de acumulação sem desapropriação, de mobilização de recursos humanos, no lugar dos não-humanos; de governo participativo, então existe a possibilidade de que a China esteja em posição de contribuir decisivamente para o surgimento de uma comunidade de civilizações que de fato respeite as diferenças culturais”.

¹⁷² WEEKS, Albert. *Apud*, MICHEL, Thomas. *Liberdade Religiosa em Questão*. Cadernos Adenauer, v. 4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 119. Sobre isso, o autor constrói a seguinte premissa: “A Cortina de Veludo da cultura substituirá a Cortina de Ferro da ideologia, com isso, imagina-se sete ou possivelmente oito principais civilizações no mundo de hoje: ocidental; confuciana japonesa; islâmica; hindu; eslavo-ortodoxa; latino-americana e possivelmente a africana”.

2.2.3. O culto (exteriorização da crença) na religião das Testemunhas de Jeová

Na intenção de situar o subtítulo, para melhor compreensão do assunto a ser nele tratado, cumpre esclarecer as diferenças existentes entre as expressões “culto” e “crença”, permitindo assim a hermenêutica mais adequada, com base no estudo de Ribeiro, pelo qual se auferem a seguinte distinção dos termos:

No feixe de direitos, englobados a denominação genérica de direito à liberdade religiosa, residem, na verdade, dois direitos que são fundamentais e essenciais, sem os quais não se pode dizer que um Estado albergue uma mínima garantia à liberdade de religião. Esses dois direitos básicos constituintes do feixe genérico da liberdade de religião são a liberdade de crença e a liberdade de culto.¹⁷³

Estabelecida a diferenciação, é perceptível como a liberdade de crença revela de forma límpida o seu caráter interior, que se estende da liberdade primária do homem em poder dirigir sua fé, e com ela, a sua perspectiva em relação ao mundo e à vida, consumando sua possibilidade de eleger valores essenciais, sendo primordialmente inalienável, ainda que legalmente proibida, uma vez que a repressão ao direito e o despotismo não se podem elevar de modo a cercear a fé que habita o interior do indivíduo, prejudicando sua exteriorização.¹⁷⁴ Por conseguinte, a liberdade de culto se diferencia da liberdade de crença, na medida em que esta é a exteriorização e a demonstração plena da liberdade de religião concebida no interior do homem.¹⁷⁵

¹⁷³ RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa: Uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 34.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 34-35. Consigna o autor em referência: “Esta é, pois, a primeira estrutura do feixe de direitos humanos, denominado liberdade religiosa. Seu caráter é essencialmente íntimo, ainda que, num segundo momento, para garantia dessa liberdade, ele se desdobre em outros direitos, como os da livre possibilidade do conhecimento religioso, sem direções oficiais prévias, para que seja possível a fé individual prosseguir no seu desenvolvimento e, no seu conhecimento, chegar à sua satisfação plena”.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 38. Importante referir a observação histórica levantada pelo autor em comentário, no que tange a negação da liberdade religiosa: “Historicamente, a liberdade de culto enfrentou, também na realidade brasileira, grandes restrições e perseguições atroz, vindas do Estado e da Igreja do Estado, que perduraram até a República, impedindo a livre manifestação de outra crença sob argumentos os mais disparatados e temendo a contestação à idéia de um só Estado e uma só religião”.

Há que se distinguir ainda, dentro do tema liberdade de crença, a diferenciação que operam alguns constitucionalistas entre liberdade de crença e liberdade de consciência, nos seguintes termos: “Seria a primeira um momento prévio da segunda. A liberdade de consciência é a possibilidade de acreditar ou não. A liberdade de crença é a liberdade que gera a possibilidade de escolha daquilo em que se acredita”.¹⁷⁶

O propósito do presente escrito consiste em abordar a liberdade religiosa enquanto garantia fundamental do indivíduo, em seu âmbito subjetivo, a partir da liberdade religiosa constitucional. Trata-se da concretização de tal liberdade pela ação do culto pelas Testemunhas de Jeová¹⁷⁷ e a objeção de seus membros aos procedimentos cirúrgicos que impliquem a introdução de sangue em seus corpos. O enfrentamento parte da exceção contida no § 3º do artigo 146 do Código Penal, que torna legítima a pretensão médica, independente do consentimento do ofendido.¹⁷⁸

As Testemunhas de Jeová, na averiguação de Lopez/Hoyos, integram a comunidade religiosa do México desde o início do século. Em 1930, essa comunidade religiosa obteve o registro da Secretaria de Relações Exteriores, tendo sido fundada pelos estudantes internacionais da Bíblia, como eram então conhecidas as Testemunhas de Jeová. Esse grupo religioso crê na Bíblia, e, principalmente em Deus, que em conformidade com a Escritura Sagrada, recebe o nome Jeová. De acordo com os estudos empenhados pelos estudantes

¹⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 177.

¹⁷⁷ Revista *A Sentinela*. São Paulo, vol. 130, nº 7, abril de 2009, p. 2. As Testemunhas de Jeová surgem ao público com sua crença por volta de 1879, e, desde então, publicam uma revista com edição anual, intitulada *A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová*. “O objetivo desta revista, *A Sentinela*, é honrar a Jeová Deus, o Supremo Governante do Universo. Assim como as torres de vigia nos tempos antigos possibilitavam que uma pessoa observasse de longe os acontecimentos, esta revista mostra para nós o significado dos acontecimentos mundiais à luz das profecias bíblicas. Consola as pessoas com as boas novas de que o Reino de Deus, um governo real no céu, em breve acabará com toda a maldade e transformará a Terra num paraíso. Incentiva a fé em Jesus Cristo, que morreu para que nós pudéssemos ter vida eterna e que agora reina como Rei do Reino de Deus”. O termo **culto** empregado no subtítulo compreende a prática da crença religiosa, no caso das Testemunhas de Jeová, é a prática de sua crença, no sentido de repudiar a adoração de quaisquer tipos de símbolos que representam a fé em Deus, ou qualquer outro tipo de adoração, bem como, a objeção na prática de transfusão de sangue, visto que, na sua pregação, é no sangue que está a vida, logo, não podem, segundo sua religião, introduzir sangue pertencente a outra vida em suas veias. Esta revista, publicada sem interrupção pelas Testemunhas de Jeová desde 1879, não é política, e adere à Bíblia como autoridade. (o grifo é nosso).

internacionais da Bíblia (os precursores dessa religião), o nome Jeová é escrito mais de sete mil vezes na Bíblia. A passagem mais conhecida está no Salmo 83, 18: “para que la gente sepa que tu, cuyo nombre es Jehová, tu soslo eres el Altísimo sobre toda la tierra.”¹⁷⁹

Segundo Lopez/Hoyos, os adeptos creem no mesmo Deus que a maioria das pessoas.¹⁸⁰ O diferencial é que as Testemunhas de Jeová atribuem ao seu Deus o nome de Jeová, da mesma forma que tal nome aparece escrito em Bíblias católicas. As Testemunhas de Jeová acreditam no Jesus Cristo como o filho de Deus, que morreu e ressuscitou enviado desde cedo, nascido de uma virgem judia e que entregou sua vida em favor da humanidade. As Testemunhas de Jeová reconhecem que o sacrificio de Jesus Cristo é a esperança da humanidade para o futuro. Da mesma forma que em outras religiões, as Testemunhas de Jeová também acreditam no reino de Deus, e que o exemplo de Jesus Cristo é a única esperança de paz e felicidade para toda a humanidade. O reino de Deus, na convicção das Testemunhas de Jeová, é invocado nas orações, do mesmo modo que na oração do Pai Nosso, que a grande maioria dos fiéis ora, baseada na oração de Matheus, capítulo 6, versículos 9-10.¹⁸¹

Ainda em concordância com o autor, o estilo de vida das Testemunhas de Jeová é semelhante ao das pessoas em geral, desde sua relação com o Estado, as instituições e a sua família. Da mesma forma que na maioria dos grupos, as crenças que regulam as relações sociais com o mundo e com o Estado também estão regidas na Bíblia, segundo a interpretação dessa confissão religiosa. Ao pagarem em dias seus impostos, as Testemunhas de Jeová entendem essa obrigação como verdadeira, segundo o mandamento de Cristo

¹⁷⁹ LÓPEZ, Carlos Cázares. HOYOS, José Luis Peña. *Los Testigos de Jehová Y La Objeción de Conciencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto,c) Derechos Humanos, Num. 3. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1998, pp. 243-44.

¹⁸⁰ Revista A Sentinela, vol. 130, nº 7, abril de 2009, p. 13. A palavra *ab-bá* em aramaico pode significar *o pai* ou *ó Pai*. Em cada uma das três vezes em que esse termo aparece nas Escrituras, ele é parte de uma oração e é usado com referência ao Pai celestial, Jeová. A *The International Standart Bible Encyclopedia* (Enciclopédia Bíblica Padrão Internacional) diz: Na linguagem coloquial dos dias de Jesus, Abba era primariamente um termo íntimo e respeitoso dado pelos filhos ao seu pai. Essa era uma forma carinhosa de se dirigir ao pai e estava entre as primeiras palavras que uma criança aprendia a falar. Jesus usou essa expressão num apelo fervoroso ao seu Pai. No jardim de Getsêmani, apenas horas antes de sua morte, Jesus se dirigiu a Jeová com as palavras *Aba, Pai* – Marcos 14:36. Revista A Sentinela, vol. 130, nº 7, abril de 2009, p. 13.

¹⁸¹ LÓPEZ, Carlos Cázares. HOYOS, José Luis Peña. Op. Cit., p. 256.

Jesus: “paguem a César o que é de César, Lucas, 20-25”. Assim, as Testemunhas de Jeová pagam pontualmente seus impostos, não se opondo a esse dever, que é prescrito na lei de Deus e do homem.

Do mesmo modo, as Testemunhas de Jeová obedecem às leis do país em que vivem, organizam suas residências, respeitam as autoridades e as instituições, levam seus filhos à escola pública, ou seja, de um modo geral, convivem normalmente, como os demais grupos.¹⁸² Apesar dessa vida harmoniosa com os demais grupos, muitas vezes eles não lhes é dispensada a mesma postura.

Segundo Lopez/Hoyos, é comum ver os filhos das Testemunhas de Jeová sofrerem expulsões ou advertências nas escolas, ou terem sua educação condicionada a adoração dos símbolos da Pátria, a cantar o Hino Nacional e saudar a bandeira, conduta não permitida na sua convicção, uma vez que esta adoração não é reconhecida. Segundo a pregação da Bíblia, um só Deus merece ser objeto de adoração. As Testemunhas de Jeová não adoram imagens, símbolos, hinos, ou quaisquer emblemas de nações ou santos em atenção ao mandamento de Lucas 4, 8: “adorarás somente ao Senhor teu Deus, e somente a ele darás culto”.¹⁸³ No entanto, respeitam essas práticas, embora não compartilhando a mesma convicção.

A Escritura Sagrada que as Testemunhas de Jeová seguem é a mesma Bíblia Sagrada por todos conhecida. A interpretação dada à pregação é, porém, distinta da representação entendida pelas outras religiões. As Testemunhas de Jeová interpretam a Bíblia, ou, algumas passagens dela, de forma diferente que as demais religiões ao longo da história. Sobre a verdade, falsidade ou interpretação, Nietzsche combateu a metafísica, retirando do mundo suprassensível todo e qualquer valor eficiente, e entendendo as ideias

¹⁸² Ibid., p. 256.

¹⁸³ BIBLIA SAGRADA. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000. p. 53. *Os dez mandamentos*. 3. Não adore outros deuses, adore somente a mim. 4. Não faça imagens de nenhuma coisa que há lá em cima do céu, ou aqui embaixo na terra, ou nas águas debaixo da terra. 5. Não se ajoelhe diante de ídolos, nem os adore, pois eu, o Senhor, sou o seu Deus e não tolero outros deuses. 23. Não façam deuses de prata ou de ouro para adorá-los ao mesmo tempo que vocês adoram a mim.

não mais como “verdades” ou “falsidades”, mas como “sinais”. Na teoria de Nietzsche, as interpretações do ser ocorrem na seguinte ordem: “[...] o homem está destinado à multiplicidade, e a única coisa permitida é a sua interpretação. Com relação à verdade, sobre ela não há fatos absolutos, o que existe são interpretações.”¹⁸⁴

Com relação aos recursos da medicina, as Testemunhas de Jeová acreditam na ciência, ao contrário da crítica que os envolve, e admitem que somente a fé não cura. Assim, aceitam tratamento médico, levam seus filhos aos hospitais quando doentes. A única prática que não aceitam é a transfusão de sangue, e tal recusa não se fundamenta no fato de acreditarem na cura pela fé, mas, principalmente, porque na interpretação Bíblica em que acreditam, a introdução de sangue em seus corpos deve ser evitada.¹⁸⁵

A objeção à transfusão de sangue, segundo os adeptos das Testemunhas de Jeová, surge dos preceitos Bíblicos, que estabelecem recusa na introdução de sangue em seus corpos, pela palavra de Deus, psicografada em Gênesis 9, 4. “sólo carne com su alma (su sangue) no deben comer; porque al espíritu santo y a nosotros mismos, nos ha parecido bien

¹⁸⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras incompletas*. Seleção de textos: LEBRUN, Gérard. Tradução: TORRES, Rubens Rodrigues Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 12. Para Nietzsche, a grande tragédia grega apresenta como característica o saber místico da vida e da morte e, nesse sentido, constitui uma “chave” que abre o caminho essencial do mundo: “Mas Sócrates interpretou a arte trágica como algo irracional, algo que apresenta efeitos sem causas e causas sem efeitos, tudo de maneira tão confusa que deveria ser ignorada. Por isso Sócrates colocou a tragédia na categoria das artes aduladoras que representam o agradável e não o útil e pedia a seus discípulos que se abstivessem dessas emoções “indignas de filósofos”. Segundo Sócrates, a arte da tragédia desvia o homem do caminho da verdade: “uma obra só é bela se obedecer à razão”, fórmula que, segundo Nietzsche, corresponde ao aforismo “só o homem que conhece o bem é virtuoso”. Esse bem ideal concebido por Sócrates existiria em um mundo supra-sensível, no “verdadeiro mundo”, inacessível ao conhecimento dos sentidos, os quais só revelariam o aparente e irreal. Com tal concepção, criou-se, segundo Nietzsche, uma verdadeira oposição dialética entre Sócrates e Dioniso: “enquanto que em todos os homens produtivos o instinto é uma força afirmativa e criadora, e a consciência uma força crítica e negativa, em Sócrates, o instinto torna-se crítico e a consciência criadora. Assim, Sócrates, o homem teórico, foi o único verdadeiro contrário do homem trágico e com ele teve início uma verdadeira mutação no entendimento do Ser”.

¹⁸⁵ LÓPEZ, Carlos Cázares. HOYOS, José Luis Peña. *Los Testigos de Jehová Y La Objeción de Conciencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto,c) Derechos Humanos, Num. 3. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1998, p.261.

no añadirles ninguna outra carga, salvo estas cosas necesarias; que sigan abteniéndose de cosas sacrificadas a ídolos, y de sangre, y de las cosas estranguladas, y de fornicación”¹⁸⁶.

As Testemunhas de Jeová justificam que a objeção manifestada com relação à troca do sangue não é uma opção entre a vida ou a morte e a religião, mas sim a necessidade de seguir e respeitar a palavra de Deus, segundo os preceitos expressos nos textos bíblicos. Por isso, os adeptos se empenham, junto à medicina, em busca de tratamentos alternativos, pois encaram o tratamento forçado como uma violação a sua liberdade de consciência.

Nesse sentido, justificam Lopez/Hoyos que a posição das Testemunhas de Jeová, com relação à resistência à transfusão de sangue, não deve ser compreendida como um diálogo suicida, uma vez que as Testemunhas de Jeová não querem morrer; elas compartilham do mesmo instinto dos seres humanos em geral, por isso mesmo, buscam tratamento médico. No entanto, acreditam que a introdução de sangue em seus corpos é uma prática que contraria os mandamentos bíblicos de sua confissão religiosa.¹⁸⁷

Não raras vezes, os casos de objeção de consciência (talvez a maioria) originam-se por motivações de cunho religioso, ainda que se revelem também em grande escala nos campos filosóficos ou políticos. No entanto, é preciso que se esclareça a magnitude que exerce a soberania de consciência para com o desenvolvimento individual, uma vez que é pela consciência livre que o homem manifesta seus sentimentos mais íntimos, que completam a autodeterminação de cada pessoa humana. Há um direito geral de liberdade de

¹⁸⁶ BIBLIA SAGRADA. Nova Tradução...p.7. *Antigo Testamento, Gênesis – capítulo 9. 1.* Deus faz uma aliança com Noé. Deus abençoou Noé e seus filhos, dizendo o seguinte: Tenham muitos filhos, e que seus descendentes se espalhem por toda a terra. 2. Todos os animais selvagens, todas as aves, todos os animais que se arrastam pelo chão e todos os peixes terão medo e pavor de vocês. Todos eles serão dominados por vocês. 3. Vocês podem comer os animais e também as verduras; eu os dou para vocês como alimento. **4. Mas uma coisa que vocês não devem comer é carne com sangue, pois no sangue está a vida.**[grifo nosso]

¹⁸⁷ LÓPEZ, Carlos Cázares y HOYOS, José Luis Peña. *Los Testigos de Jehová Y La Objeción de Conciencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto,c) Derechos Humanos, Num. 3. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1998, pp. 262-63.

consciência, desdobrado em múltiplas posições jurídicas, entre elas, a liberdade religiosa.

188

Lopez/Hoyos registram que, por parte das Testemunhas de Jeová, o maior número de objeções se refere a tratamentos médicos, sendo que tal objeção de cunho religioso é também verificada em outros grupos religiosos, uma vez que as condutas habituais dos objetores religiosos se manifestam de duas formas: condutas omissivas ou permissivas, as quais prescrevem tratamentos médicos sem estabelecer possibilidades alternativas de cura, enquanto a religião oferece a cura espiritual, por meio de atividades de caráter pentecostal, pela oração e pela fé.¹⁸⁹

Na relação entre o profissional médico e o paciente, a práxis recepciona o consentimento informado, condição legal ética, inarredável na relação profissional-paciente. Em relação a esse procedimento ético, define Clotet: “O consentimento informado é uma condição indispensável da relação profissional-paciente”. O consentimento deve ser uma decisão voluntária, tomada por pessoa autônoma e capaz, mediante um processo de informação e deliberação, visando à aceitação de determinado tratamento ou método científico de experimentação, tendo pleno conhecimento das consequências e riscos que possam implicar.¹⁹⁰ No caso da transfusão de sangue em seguidores das Testemunhas de Jeová, mesmo inexistindo consentimento informado do paciente, a prática atual é a solicitação de autorização judicial para legitimar a conduta médica e realizar o procedimento.

No entendimento de Pérez, o consentimento informado representa uma forma de defesa por parte do paciente. Sendo assim, o consentimento informado assume singular

¹⁸⁸ WEINGARTNER NETO, Jayme. *A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2006, 576 p. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 272.

¹⁸⁹ LÓPEZ, Carlos Cázares. HOYOS, José Luis Peña. Op. Cit., p. 201

¹⁹⁰ CLOTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto, FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 13.

importância, uma vez que não só constitui um dos pilares fundamentais da legitimação do ato médico, mas, principalmente por representar um escudo com o qual os objetores de consciência encontram a possibilidade de contestar, de não aceitar a administração de um tratamento médico contra sua própria vontade.¹⁹¹

O consentimento informado, livre e esclarecido, é um requisito ético, imposto à prática médica, mas que, no caso da objeção manifestada pelas Testemunhas de Jeová, carece de eficácia, eis que, mesmo diante da negativa do paciente/adepto, impera a autorização judicial; não há propostas alternativas, há apenas a imposição do ato.

Não raras vezes a transfusão de sangue é a solução mais rápida e de menor custo, ou ainda o único recurso ao alcance do médico, devido à falta de assistência junto ao Sistema Único de Saúde. Por isso, as Testemunhas de Jeová gozam de maiores chances para obter um tratamento alternativo em se tratando de atendimento médico particular. Quando a Testemunha de Jeová se propõe pagar por um tratamento alternativo, a questão toma outros rumos, e recebe maior atenção e compreensão por parte dos médicos e da medicina em si.

¹⁹¹ PÉREZ, Leobardo C. Luiz. *Los Testigos de Jehová Y La Objeción de Conciencia*. In. LÓPEZ, Carlos Cázares. HOYOS, José Luis Peña. Organizadores. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto,c) Derechos Humanos, Num. 3. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1998, p. 201.

3. O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL E A TRANSFUSÃO DE SANGUE NAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

3.1. Direito Público x Direito Privado: a dicotomia entre Estado e Indivíduo

O intento projetado no presente escrito estriba-se na invocada inconformidade (inadequação) da exceção posta no inciso primeiro, parágrafo terceiro, do artigo que tipifica constrangimento ilegal, para com a Lei Fundamental ¹⁹² num Estado Democrático de Direitos ¹⁹³. Por isso, num primeiro momento, é necessário situar o indivíduo, na esfera do seu direito, e, da mesma forma, determinar o Estado.¹⁹⁴

A questão abordada compreende uma revisão de dispositivo do Código Penal vigente, (art. 146, § 3º, inciso I), artigo que tipifica o crime contra a liberdade pessoal, norma emanada do Direito Público ¹⁹⁵. Tal exceção permite que o Estado viole a liberdade individual, ao conferir legitimidade à conduta médica hostil nos casos de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, independente do consentimento do paciente, violando

¹⁹² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 369. Uma vez que o Estado é compreendido como uma ordem jurídica, o fenômeno constitucional conserva um tratamento a partir do ponto de vista da teoria política, conformando peculiar posição na teoria do Direito. Desse modo, é comum que a formação do Estado, costumeiramente, é marcada por sua lei fundamental, que vem a ser a base da ordem jurídica de sua nação.

¹⁹³ KELSEN, Hans. *A Teoria das Formas de Governo*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 9. ed. p. 315. Em matéria de teoria do direito, Bobbio realça o normativismo, concebendo o direito da seguinte forma: “O direito é como um conjunto de normas a serem estudadas sistematicamente por meio do conceito de ordenamento jurídico”.

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Op. Cit., p. 316. Sobre a identidade do Estado, a construção de Kelsen indica que um Estado permanece igual pelo mesmo período em que permanecer intacta a continuidade da ordem jurídica nacional, ou seja, pelo mesmo lapso temporal que forem ocorrendo as mudanças dessa ordem: “[...] mesmo as mudanças fundamentais no conteúdo das normas jurídicas da esfera territorial de validade, sejam o resultado de atos executados em conformidade com a constituição e desde que a mudança não implique o término da validade da ordem jurídica nacional como um todo”.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 296-297. Segundo entendimento de Kelsen, o fundamento pelo qual o Direito criminal é classificado como Direito público não pode, do mesmo modo, ser o motivo pelo qual o Direito administrativo é assim classificado: “Notada diferença entre o Direito criminal como Direito público e o Direito privado não surge nas normas de Direito substantivo, mas nas do Direito adjetivo”. Assim, o Direito criminal se diferencia do Direito privado no ponto que refere as normas de procedimento, uma vez que, no campo do Direito privado, incumbe a parte que teve seu interesse violado o dever de acionar o procedimento que conduz à sanção, diferentemente do que ocorre no Direito criminal, uma vez que nessa esfera do direito, tal tarefa é atribuição de um órgão especial do Estado. Essa diferença existente na técnica do Direito privado (civil) e do Direito criminal pode ser justificada pelo fato de que a ordem que estabelece a punição como sanção não admite como resolutivo o interesse do indivíduo privado diretamente violado pelo delito, uma vez que necessita observar o interesse da comunidade jurídica em geral, representada por órgão estatal próprio, o promotor público.

com isso a concretização do direito a liberdade religiosa. Há, pois, a invasão do público ao privado.

Tal exceção configura a invasão do Estado no poder de decisão do indivíduo, impedindo que ele aja de acordo com a demanda de sua consciência, pois a religião é uma condição que envolve a liberdade pessoal, no plano da consciência. Não por acaso o poder constituinte marcou a liberdade religiosa como um direito fundamental, pois a espiritualidade é uma condição imanente ¹⁹⁶ ao homem. No entanto, a realização dessa garantia, recepcionada na Constituição Federal, encontra óbice em dispositivo do Código Penal, o que torna necessária uma adequação do dispositivo Penal.

Tal óbice reflete um desencontro entre a Lei Fundamental e o Código Penal, e, por isso, carece de conformidade. Os paradigmas de Constituições e códigos rígidos já se perdem na história. O aparelho jurídico precisa se adequar às diferentes realidades, tornar-

¹⁹⁶ Ibid., pp. 605-606. A religião significa uma condição de imanência para o homem. Nesse sentido, é pertinente tal definição também na idéia de Kelsen, que além de identificá-la, estabelece uma interpretação analógica entre essa condição de imanência, compartilhada entre o direito natural e o direito positivo. Tal compartilhamento, segundo o entendimento do referido autor, dá-se da seguinte forma: Na proporção em que aumenta o seu conhecimento da natureza, o homem, cada vez mais, busca e identifica uma ordem que lhe é inseparável, tornando-se mais seguro do que pensa e do que quer, de forma autônoma, como um todo junto a natureza, e a ela coerente. Com isso, o homem deixa de replicar as coisas, passando a replicar a natureza, conscientizando-se de que esta planta provém de um pequeno broto, e este, de uma pequena semente, e assim, sucessivamente e de forma sistemática, e que por fim, a fruta é colhida por meio desse processo. Com relação a esse processo, é oportuna a afirmação do autor referido: “Onde estava a driade quando a árvore ainda era uma semente? Na medida em que o homem reconhece a mudança na natureza e, através disso, a conexão mútua das coisas, ele remove a metade divina das coisas, remove-a da esfera das coisas inter-relacionadas do seu mundo visível e tangível, e deixa que ela se aglutine a um segundo mundo supranatural afastado tanto dos seus sentidos quanto da sua razão”. Uma vez reproduzido esse processo, tem-se a consumação do dualismo metafísico, pela coexistência de dois princípios que vão originar um terceiro, e este, vai abranger a verdade absoluta, que no campo da experiência acientífica, terreno que poderá alcançar o homem que comete erros. Esse dualismo se dá pela transcendência e experiência entre a idéia e a realidade. Interessante consignar que Kelsen estabelece uma interpretação analógica entre a transcendência e experiência para o campo do Direito positivo, uma vez que este se revela de forma progressiva, com a peculiaridade de um sistema de normas passível de modificação e que se encontra sempre nesse processo, dirigido por uma multiplicidade de legisladores, que se altera no tempo e no espaço. O homem reconhece esse Direito positivo como uma construção humana: “A ligação pessoal entre a sua própria ordem governamental – que ele agora reconhece como apenas uma entre muitas – e a sua divindade nacional individual dissolve-se na sua consciência. No seu lugar, ele forma a concepção de uma ordem divina, permanente e imutável, de uma justiça natural, absoluta, que reina sobre qualquer Direito que é positivo e variável no tempo e no espaço. A concepção primitiva da natureza divina do Direito transformou-se no dualismo de Direito natural e Direito positivo”.

se mais aberto e maleável; somente assim será possível a sobrevivência dos estatutos, vencendo o antagonismo histórico existente ainda entre Direito Público e Direito Privado, concorrendo assim um para o outro, e não um em face do outro, tendo por base os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁷

É fundamental repensar o conceito de dignidade da pessoa, princípio concebido a partir do legado de Kant e recepcionado nas comunidades jurídicas mundiais, inclusive com fundamento da República Brasileira, como é apresentado na Carta Magna de 1988. Sobre isso, consigna Arnaud: “Com relação a sua abrangência, os princípios universais têm como função servir para avaliar e, se for o caso, modificar ou transformar as instituições existentes, eles não visam substituí-las por outras”¹⁹⁸.

Por tais motivos, é inaceitável que o cumprimento de uma regra posta no Código Penal, em absoluto desencontro à norma constitucional, dê ensejo a um paradigma jurídico. No entendimento de Arnaud, a verdade de uma doutrina consiste no fato de que ela seja útil e propicie alguma espécie de êxito ou satisfação diante do ordenamento jurídico. Esse pragmatismo sugere, inevitavelmente, uma consequência de cunho formal, uma vez que não sendo mais possível a axiomatização, é cogente lançar mão da ideia de códigos, ao menos em uma concepção que venha ao encontro do entendimento moderno de tudo isso. Se existirem códigos de Direito, e de fato existem, e incorporam a ordem jurídica, estes devem ser vistos num sentido amplo, que permita a reunião das disposições em vigor.¹⁹⁹

Nos coesos modelos de Estado registrados na História, verifica-se que gregos e romanos, na Antiguidade²⁰⁰, não faziam distinção entre o Direito Público e o Privado,

¹⁹⁷ ESPIRITO SANTO, Gilda Lopes do. *Entre dois universos, Direito público e direito privado: convergências e antinomia*. Artigo publicado na Revista Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo. vol. 36, nº 97, maio/ago, 2003, p. 77.

¹⁹⁸ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 89.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 211.

²⁰⁰ O apanhado histórico dos modelos de Estado, desde a e à Idade Média à Idade Moderna, até a contemporaneidade, auxilia o presente trabalho, ao relatar as relações entre Estado e indivíduo e do Direito

sendo o Direito para eles, uno. Tal diferenciação surgiu num segundo momento, a partir da criação do Corpus Juris, que estabeleceu os limites entre essas duas concepções. A divisão precursora somente foi assimilada do Direito romano e no Direito germânico. Essa diferenciação entre os dois ramos solidificou suas bases com o fortalecimento do novo modelo de Estado concebido no medievo, e as consequências que isso trouxe para o Direito.²⁰¹

Na explanação de Bobbio, foi na época de Platão²⁰² a Aristóteles²⁰³ que ocorreram as mais significativas mudanças históricas nos conceitos dos Estados e dos governos, sendo que, posteriormente, foi Maquiavel²⁰⁴ quem completou o ciclo, permitindo uma nova classificação das formas de governo, daí nascendo a primeira concepção de Estado.

(na esfera público e privado), e também, às origens do princípio da proporcionalidade, que será tratado na parte final.

²⁰¹ ESPIRITO SANTO, Gilda Lopes do. *Entre dois universos, Direito público e direito privado: convergências e antinomia*. Artigo publicado na Revista Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo. vol. 36, nº 97, maio/ago, 2003, p. 75.

²⁰² BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo* Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília - UNB, 2001, p.46. Com relação ao diálogo de Platão (428-347 a. C.), registrado em sua obra intitulada *A República*, o autor referido estabelece que esse escrito trouxe o legado do que hoje entendemos por república, e que Platão a escreveu para representar em que consistiria uma República ideal. Na teoria de Platão, o objetivo do modelo de república que apresenta é a realização da uma justiça que atribua a cada um a obrigação que lhe cabe, segundo as de acordo com as próprias habilidades. A república ideal de Platão seria composta por três modalidades de homem: os governantes-filósofos, os guerreiros e os que se dedicam aos trabalhos produtivos. No entanto, essa sensação de Platão nunca existiu de fato como forma de estado e de governo, uma vez que nunca ultrapassou os limites de sua proposta teórica: Livro décimo: “Compreendo; tu falas do Estado que fundamos e discutimos inexistente a não ser nas nossas palavras; não creio que ele exista em nenhum lugar na terra”.

²⁰³ Ibid., p. 55. Com relação a teoria clássica das formas de governo em Aristóteles (384 – 322 a.C.), conforme representada na sua obra *A Política*, Bobbio refere nos livros sétimo e oitavo dessa obra, surge pela primeira vez na história o termo designado como forma de governo pela política, e que hoje pode ser traduzido na compreensão que temos da Constituição: “A constituição é a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e sobretudo da autoridade soberana. (1278 b). Aristóteles de fato se limita a dizer que a constituição, a politeia, é taxis ton archon, isto é, a ordenação das magistraturas”.

²⁰⁴ Ibid., Sobre as formas de governo em Maquiavel, refere o autor que foi a partir da obra *O Príncipe*, que se originaram as principais modificações na história do pensamento político, dentre elas, e a principal seria uma nova classificação das formas de governo. A novidade da classificação de Maquiavel, em comparação com a tipologia clássica, aparece já nas primeiras linhas de sua obra de maior impacto: “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou monarquias”. Assim, podemos dizer que no trabalho de Maquiavel, a frase acima citada, representou na história da política o elemento de maior importância, uma vez que introduziu o termo Estado, que não se descola das sociedades atuais.

Ao falar em Estado e indivíduo, é necessário, primeiramente, identificar as instituições existentes na sociedade, e que interferem na relação do Estado com o indivíduo, uma vez que integram a história da sociedade, do Estado, do indivíduo e da religião, analisando o papel de cada uma dessas instituições²⁰⁵, a partir de sua formação, definição, significado e correlação.

Quanto à sociedade, percebemos que nos distintos modelos de Estado, ela não possui legitimidade para se autorregulamentar. A ordem social não pode autoassegurar a convivência das pessoas em comunidade. A sociedade necessita ser complementada e reforçada por um ordenamento jurídico, se desejar manter a ordem. Ao ordenamento jurídico, por sua vez, incumbe garantir as obrigações gerais de todos para com as normas vigentes, na medida em que o Direito deverá incidir em caso de infrações a tais normas.

Enquanto titular da ordem social que a antecede, a sociedade ordenada acontece a partir do nascimento do Estado, pelo ordenamento jurídico, cabendo ao Estado a tarefa de proteção das condições e necessidades de uma sociedade pluralista, observando, em especial, os riscos que esse conjunto pode significar à pessoa na conjuntura do mundo moderno.²⁰⁶ Por isso a necessidade de constituir um Estado, e nele, o Direito, para assegurar as relações entre os indivíduos e seus interesses, individuais e coletivos.

²⁰⁵ BAREMBLITT, Gregório F. *Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992, p. 27. Para o referido autor, a sociedade é composta de instituições: “Em um plano formal, uma sociedade não é mais que isso: um tecido de instituições que se interpenetram e se articulam entre si para regular a produção e a reprodução da vida humana sobre a terra e a relação entre os homens”.

²⁰⁶ JESCHECK, Hans-Henrich. WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5.ed.Granada: Comares Editorial. 2002. p. 2.

Hobbes²⁰⁷ precedeu a necessidade de um Estado para cuidar da conservação da vida entre os homens. Embora defendido pelo autor um modelo de Estado absolutista (no seu tempo), é possível encontrar na sua ideia semelhanças quanto à finalidade do Estado, como o dever de cuidado e conservação, para preservar o homem no sentido de que ele tenha maior satisfação em sua vida. Na concepção do autor, o homem, sem o Estado, permaneceria em seu estado natural, e nessa disposição uns fariam aos outros o que não gostariam que fizessem consigo mesmos. Eis a necessidade funcional do Estado já em Hobbes.²⁰⁸

Em sua visão, a liberdade do homem nasce verdadeiramente dentro do Estado, e não em sua condição natural de homem (em seu estado de natureza):

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos as criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam e se não fossem esses impedimentos externos. Mas quando o que impede o movimento faz parte da constituição da própria coisa não costumamos dizer que ela não tem liberdade, mas que lhe falta o poder de se mover; como quando uma pedra está parada, ou um homem se encontra amarrado ao leito pela doença.²⁰⁹

²⁰⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. XVI-XVII. Par Hobbes, “[...] o estado de natureza é o modo de ser que caracterizaria o homem antes de seu ingresso no estado social. No estado de natureza, a utilidade é a medida do direito. Isso significa que, levado por suas paixões, o homem precisa conquistar o bem, ou seja, as comodidades da vida, aquilo que resulta em prazer. O altruísmo não seria, portanto, natural. Natural seria o egoísmo, inclinação geral do gênero humano, constituído por um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder que só termina com a morte”. Essa idéia é afirmada por Hobbes em relação a todos os homens, apesar de defensor do despotismo político e adversário da democracia política, Hobbes afirma que todos os homens são naturalmente iguais. Essa igualdade baseia-se no desejo universal de auto - preservação, isto é, da procura do que é necessário e cômodo à vida. Com isso, fica estabelecido um direito fundamental de auto - conservação. Por isso a famosa frase, “O homem é o lobo do homem”, assim seria o estado natural em que vivem os homens.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 35. Para o autor, o fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos, sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 130.

Rousseau empenhou-se na demonstração da necessidade do pacto social, pois considerava que ao povo não caberia apenas questionar a forma pela qual o povo elege um rei, mas também deveria estar consciente e examinar a forma pela qual um povo é um povo. Desse modo, o compromisso da sociedade para com a sua identificação e valorização é que constitui o seu fundamento sendo, pela ordem, as formas de governo ou de escolha dos governantes sobrepostas à identidade desse povo que será governado. Esse o verdadeiro fundamento de uma sociedade.²¹⁰

A construção da teoria de Rousseau logrou demonstrar que é através da liga de forças para formar o contrato, a partir da sociedade e para ela, que se verifica a necessidade de encontrar uma forma de associação que acolha e resguarde a pessoa de toda a força comum que possa ser investida contra o indivíduo e contra os bens pertencentes a cada integrante do contrato. Essa união proporcionada pelo pacto determina que todos os cidadãos devam obediência somente a si mesmos, permanecendo livres como outrora. A solução fundamental proposta no pacto social de Rousseau, resume-se na negação de que a totalidade dos indivíduos deva obedecer a um só homem, mas que todos obedçam a si mesmos e a todos, de acordo com o estipulado no contrato.²¹¹ Pelo estudo de Rousseau, é através da força do contrato social que a sociedade civil ganha vida,²¹² e a partir dela que a lei deve ser colocada.

Pelo pacto social, se o corpo político assume sua existência, cabe ao Estado dar animação e vontade a sua funcionalidade através da lei. Pelo estado natural, o ato primeiro consiste em estabelecer a união do corpo, que por si só não é capaz de estabelecer a forma

²¹⁰ Ibid., p. 29.

²¹¹ Ibid., p. 30.

²¹² BOBBIO, Norberto. *O Conceito de Sociedade Civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982, p. 52. Sobre conceito de sociedade civil e função do Estado, estabelece o autor: “Sociedade civil é um dos dois termos não de uma única antítese, mas de duas diferentes antíteses, articuladas entre si e só parcialmente superpostas. Se se olha a sociedade civil como termo da antítese estrutura/superestrutura, o fim do Estado é a superação do momento superestrutural no qual sociedade civil e sociedade política estão em equilíbrio recíproco; se se olha a sociedade civil como momento da superestrutura, o fim do Estado é uma reabsorção da sociedade política na sociedade civil”.

pela qual irá se conservar.²¹³ Esse estado de conservação se conforma a partir da sociedade civil. Daí a necessidade das convenções e das leis, emanadas dessa sociedade, para ordenar os direitos e os deveres que vão guiar a justiça e o seu fim. Diferentemente do estado natural do homem, onde tudo é comum, nenhuma obrigação é devida sem que haja um compromisso anteposto e esse compromisso somente será reconhecido no Estado civil, em que todos os direitos e deveres serão pré-estabelecidos por meio da lei.²¹⁴

Um dos legados da filosofia kantiana consiste em restringir sistematicamente o que a filosofia moderna e contemporânea conferem ao termo liberdade, tendo em vista fenômeno humano²¹⁵. Por isso, Kant resiste em afirmar que o homem é livre, mas estabelece que a liberdade é inerente ao homem, uma vez que ao ser somente é dada a qualidade de homem, se ele for livre.²¹⁶ Isso justifica o fato de não encontrarmos na concepção kantiana um exemplo do que seja a liberdade do homem, já que não há uma negação possível a ela, do mesmo modo que não edifica uma representação plausível e concreta acerca de um juízo de liberdade. Na interpretação de Heck, não é perceptível uma oposição à liberdade, de modo que sua constatação segue entrelaçada pelo eu transcendental, e, ainda assim, de caráter meramente observatório.²¹⁷ Diante disso, afirma Heck: “Kant nos deu uma concepção única, definindo a partir da razão²¹⁸, a liberdade²¹⁹, firmando um diálogo entre razão, liberdade e moral”.²²⁰

²¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Introdução e Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1988, p. 47. O referido autor definia o absolutismo como “estado natural”.

²¹⁴ Ibid., p. 47.

²¹⁵ HECK, José. *A Liberdade em Kant*. Porto Alegre: Movimento, 1983, p. 13.

²¹⁶ Ibid., p. 14. Uma das conseqüências desta postura é que o filósofo não consegue nunca dar um exemplo para seus enunciados sobre a liberdade: “Kant não invoca o homem “natural”, nem o homem “histórico” para confirmar, ilustrar ou provar seu postulado”. Sendo que nesse ponto, se verifica uma dissonância tanto ao pensamento de Rousseau quanto de Hobbes. Já em termos popperianos, iria dizer-se que qualquer exemplo colocaria a prova a teoria de Kant, uma vez que nela, a liberdade em se mostra sempre dinâmica.

²¹⁷ Ibid., p. 23.

²¹⁸ Ibid., pp. 79-80. Heck atualiza que o empenho intelectual de Kant diferencia-se demasiadamente da década de oitenta, para atender a manutenção da moral estabelecida. A tarefa metódica de converter a premissa racional em princípios morais acabou exigindo que a razão ficasse estagnada. Na interpretação de Heck: “No que se refere à razão prática, Kant deve, em nosso entender, guardar a fisionomia que tem; não será pelo apelo ao inconsciente da ação que esta poderá resistir ao rolo compressor duma racionalidade que faz da prática, por assim dizer, o último mito da teoria”. Neste sentido importa apresentar a afirmação de Kant, “segundo a qual

No mesmo compasso se estabelecem as diferentes formas de Estado e de Governo, a construção e distinção do Direito Público e Privado e, imersos nesse universo, as relações entre o Estado e o indivíduo, conciliando as várias formas de liberdade do homem.

Após um longo percurso histórico, foram estabelecidas distintas formas de Estado e de governo, sendo possível registrar que até o século XIX, dentre essas diversas modalidades, se constatou a insistente oposição entre Estado e indivíduo. É com a ascensão da burguesia no poder que são reavivados os altos encargos da direção estatal, pela graduação em alto grau da intervenção estatal na sociedade civil, alterando-se, significativamente, as analogias entre Estado e seus sujeitos, uma vez que o aquele se ocupou demasiadamente com investimentos privados e a normatização dos elementos públicos.²²¹

Essa normatização da esfera pública apresenta um decréscimo no século XX, em função das transformações significativas na seara da economia, quando o Estado vê-se diante de uma fragilidade no âmbito político, que reduz sua capacidade de dispor acerca de seus institutos. Nesse cotejo, a sociedade civil moderna e pós-moderna é acometida por grandes aglomerados de ordem econômica, o que fragiliza em grande proporção o poder estatal: ao ente, que até então era o ordenador das normas, agora é atribuída tão somente a tarefa de árbitro de tal fenômeno. Com essa evolução econômica e modificação do papel do Estado se inaugura o surgimento de direitos púberes, e com eles, uma nova gama de privações.²²²

não há em nós instância superior à razão”. Tais considerações são importantes para qualquer interpretação ao pensamento kantiano.

²¹⁹ Ibid., p. 80. Sobre a razão, a liberdade e a moral, Heck, ao interpretar a concepção kantiana, entende que à moral incumbe a tarefa de responder as diretrizes da razão, e pode ser vista tanto nos escritos modificados na década de noventa, quanto na obra primeira. Nas modificações, Kant não abre mão da noção de mediação, ao estabelecer que por meio dela é possível efetivar um consenso entre as contradições da lei e dos princípios. No entanto, essa manobra de conciliar é exaurida pelo antagonismo fundamental: “[...] o da razão consigo mesma. A constatação de tal fenômeno sui-generis equivale em Kant ao primado da razão prática e esta perfaz, para o filósofo, o reino da liberdade”.

²²⁰ Ibid., p. 99. Para Heck, na construção kantiana, a liberdade segue o lastro da moralidade: “O homem deve ser livre, como se estivesse fadado a nunca o ser”. Há uma inesgotável tentativa de salvar a liberdade por meio de uma concessão da razão.

²²¹ ESPÍRITO SANTO, Gilda Lopes Figueiredo do. *Entre dois Universos, Direito público e direito privado: convergências e antinomias*. Revista Estudos Jurídicos. Vol. 36, nº 97, maio/ago, 2003, p. 76.

²²² Ibid., p. 76.

Diante disso, a grande dicotomia entre Direito Público e Direito Privado mostra-se clarividente. Há uma grande introdução da seara privada na pública. O período pós-guerra é palco de amplas alterações sócio-políticas e econômicas, reduzindo para um segundo plano a tutela de questões patrimoniais, uma vez que com o olhar constitucionalizado do Direito Privado, a preferência cede espaço às conjunturas não patrimoniais, dedicando-se à busca da realização do princípio da dignidade da pessoa humana.²²³

Na conformidade de Arnaud, esse é o momento em que pode ser estabelecido o marco inicial era pós-moderna.²²⁴ Esse momento histórico de transição brusca exige o encorajamento do Estado civil, que se dará pelo desmembramento do poder centralizado, como único recurso de acolher a sociedade nos seus fragmentos inatingíveis pelo Estado: “Esse retorno é o conjunto das questões ligadas às identidades, às culturas, ao retorno de um conceito de nação não necessariamente ligado ao do Estado que precisaria ser aqui evocado”. Essa tarefa inclui primordialmente o tema dos grupos locais, que surgem em forma de comunidades regionais, e que vão estabelecer, de acordo com sua formação, novos limites fronteiriços. mas que nem por essa peculiaridade original justificam motivos de exclusão diante do contexto da totalidade do mundo.²²⁵

Com relação à abordagem pós-moderna em Direito, Arnaud justifica como necessária para permitir uma revisão dos postulados que serviram de base à concepção ocidental do Direito, do Estado e da justiça. Essa abordagem será possível se a realidade for enfrentada de modo a considerar as inovações das teorias existentes nas ciências sociais.²²⁶

As verificadas mudanças no status do saber jurídico, do mesmo modo que as mudanças ostentadas pela sociedade integram uma transformação também necessária e

²²³ FACHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54.

²²⁴ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.197.

²²⁵ *Ibid.*, p. 186.

²²⁶ *Ibid.*, p. 10.

possível no Direito Penal, pois que as consequências sistemáticas importam aderência em todos os setores da realidade jurídica, já que as transformações sofridas pelo Estado dão origem a consequências que influenciam também na esfera da política criminal nos países desenvolvidos, fenômeno que já não se pode negar.

Apesar da histórica natureza rígida do Direito Penal, há muito tido como fração penosa do escaravelho jurídico, ecoa de forma destacada no momento pós-moderno o binômio necessidade-possibilidade de fragmentar e viabilizar a legislação penal, nas nações de modernidade tardia. Tal rigidez inaugura a construção de um axioma que deu origem a uma nova ciência para o Direito: “[...] uma ciência de Direito fundada sobre a primazia do Direito. Subentende-se que este último é sujeito de direitos, isto é, titular de direitos subjetivos, detentor de todos os direitos que são inerentes, por natureza, a sua pessoa”.²²⁷

Diante de tal premissa, é preciso observar que na relação entre o Estado e o indivíduo, os direitos do indivíduo preexistem à existência do Estado, uma vez que os mesmos se encontram afirmados na essência nata do homem/indivíduo. Pela ordenação lógica em que o Estado foi concebido para garantir e organizar a vida em sociedade, pressupõe-se que todo homem deve conhecer a lei, do mesmo modo que o fim primordial do Direito é reconhecer o homem, antes mesmo do Estado.²²⁸

Foi ao pé dessa dicotomia que surgiu a necessidade de diferenciação entre as esferas do Direito Público e do Direito Privado. Hannah Arendt reconhece que a vida pública precisa comunicar-se com a vida privada, sem com ela se confundir, tarefa que somente se torna possível numa perspectiva prática de separá-las. Essa diferenciação se justifica na medida em que o indivíduo estabelece um espaço que delimita a sua vida singular. No

²²⁷ Com base nessa construção, que uniu a teoria jusnaturalista a racionalista, se diz que o verdadeiro direito do homem se mostrou na construção kantiana, ao reconhecer, preliminarmente, a questão da dignidade da pessoa.

²²⁸ Ibid., p. 206. Importante consignar que o autor referido aborda o pragmatismo jurídico como um óbice à concretização dos direitos individuais: “O universalismo pôde também se desenvolver, graças a uma transformação radical do direito que se operou por volta do final do primeiro milênio da nossa era. Até então, o direito era algo de muito concreto. O direito antigo era antes de mais nada um negócio de magistrados, que resolviam as causas uma a uma de maneira muito pragmática”.

entanto, tal necessidade da vida individual, não raras vezes se confronta com o bem comum, objeto de interesses coletivos que, por isso, se localizam na esfera pública.²²⁹

Na concepção de Lafer, é a partir da tal diferenciação que se origina um dos ápices do Direito contemporâneo: “É a partir do conhecido fenômeno da publicização do Direito Privado e da privatização do Direito Público, pois este fenômeno leva à identificação e não à diferenciação entre a esfera do público e do privado”.²³⁰

Público/Privado constitui uma das grandes dicotomias do Direito. Num exame pormenorizado na epistemologia jurídica, existem duas acepções básicas a partir das quais se estruturam as relações de oposição entre termos: na primeira, público é o que afeta todos ou a maioria, sendo, portanto o *comum*, que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos; na segunda, público é o que é *acessível a todos*, em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal.²³¹

É nesse diálogo, a partir da investigação do público e do privado, que identificamos o paradoxo apresentado na presente pesquisa, uma vez que os valores de natureza reservada e pessoal programam a esfera do Direito Privado; nesse conjunto se inclui a liberdade da pessoa, um direito que integra o Direito Privado. A liberdade pessoal é, pois, um bem jurídico, tutelado pelo Direito Penal que, diante do Estado, transfere para este um interesse público acerca de sua proteção, mas que exerce sua realização no âmbito dos direitos privados. Assim confirma-se que o público e o privado não se excluem, na medida em que se complementam.

Nesse contexto, também a liberdade religiosa é um bem jurídico tutelado, mais do que isso, é um direito inerente à dignidade da pessoa. Sua primeira afirmação veio nas

²²⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, 1. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 237.

²³⁰ Ibid., p. 238. É interessante, neste contexto, a atualização feita pelo autor referido, ao constar que para o cidadão grego, na polis clássica, duas eram as ordens de existência do direito, a pública e a privada: “Daí a diferença entre *koinón* - aquilo que é comum (o público), e *idion* - aquilo que é próprio, pessoal, privativo (o privado)”.

²³¹ Ibid., p. 243.

Declarações de liberdades dos povos na América, que inspirou seu reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, posteriormente adotada pela maioria das Constituições dos Estados.

Em síntese, numa ordem lógica, o exercício da liberdade religiosa, na perspectiva de sua realização livre e com respeito, pressupõe a liberdade pessoal. Para o homem exercer sua liberdade religiosa, livre de qualquer exclusão, restrição e constrangimentos, ou seja, livre de qualquer disposição fundamentalista, deve antes o homem ser livre.

Na exceção contida no artigo 146 do Código Penal há uma invasão desmedida de norma de ordem pública na liberdade pessoal, embora em caráter excepcional, mas que limita a ordem privada, eis que não observa a liberdade individual.

No conjunto fenomênico que compõe o sistema político social, o significado e o valor da pessoa humana exigem como consequência instantânea e adjacente o reconhecimento de uma trajetória individual, largamente protegida da intervenção estatal. A liberdade do homem constitui um valor que pressupõe a realização da personalidade, na medida em que a percepção universal da liberdade é também uma representação do conceito universal de pessoa, que é dirigida pela consciência de que cada ser humano tem seu valor atrelado a si mesmo.²³²

Nesse compasso, a separação do Direito em Público e Privado, com a publicização do Direito Privado e a privatização do Direito Público, exige uma reformulação dos valores que fundamentam o primeiro, empenhando-se numa reinterpretação do conceito de pessoa humana.²³³

Diante disso, é justificável que a visão do Direito não mais poderá ser admitida mediante a simples ordenação de códigos, pois exige uma conformação urgente a partir

²³² REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 41.

²³³ REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 113.

das premissas fundamentais, distribuídas de acordo com as demais normas compatíveis, cuja tarefa não poderá lançar mão de significativas considerações no terreno da hermenêutica jurídica.²³⁴ Nessa atual conformação, a liberdade do cidadão assume uma condição de garantia da autonomia do homem como indivíduo e enquanto pessoa, tornando-se o centro ético intocável, instrumento que vai aconselhar o desenvolvimento familiar, profissional e religioso do homem na e para a sociedade.²³⁵

Na dicotomia entre o Direito Público e o Privado, verifica-se a figuração de duas esferas, nas quais os personagens são representados pelo Estado e pelo indivíduo, sendo que a pessoa humana é o foco central na identificação dos direitos por parte do Estado.²³⁶

Na classificação do Direito Público e Privado em subdivisões que incorporam a dualidade indivíduo-Estado, essas esferas tendem a concorrer.²³⁷ Diante de tal concorrência, a inclinação dos dias atuais requer não apenas a interpretação da realidade social, mas também a sua transformação.

Essa necessidade de (re) interpretação e transformação, não raras vezes dá origem a novos direitos e, conseqüentemente, a novas regras jurídicas, sendo necessário estabelecer a Constituição como uma máxima desse conjunto. Zagrebelsky chama a atenção para o que não deve ocorrer: “Não se pode antever um código único, nem pensar numa Constituição como centro da qual tudo deriva por irradiação, através da soberania do Estado em que se apoia, senão como centro para o qual tudo deve convergir; vale dizer, bem mais como um objetivo a alcançar do que como centro do qual partir”.²³⁸

²³⁴ Ibid., p. 115.

²³⁵ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 38-39.

²³⁶ ESPÍRITO SANTO, Gilda Lopes de Figueiredo do. *Entre dois universos. Direito público e direito privado: convergências e antinomias*. Revista Estudos Jurídicos, vol. 36, nº. 97, maio/ago 2003, p. 84.

²³⁷ Ibid., 77.

²³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução: GASCÓN, Marina. 3. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 14

É a partir desses novos direitos que se registra na pós-modernidade a sobreposição do primado do homem sobre as coisas: entre as coisas e o homem este tem a preferência, por isso, também o estado de espírito se coloca em primazia para com a matéria. Inauguramos, pois, com a pós-modernidade, um momento na História que representa a falência dos sistemas políticos materialistas, cedendo lugar a novas soluções que se coadunam com a natureza do ser, ocupando-se de estudo sobre as origens tanto do homem quanto da criação. Esta a importância da religiosidade no momento em que se encontra a humanidade.²³⁹

No século XIX, a movimentação girou em torno do diálogo iluminista, reconhecendo, e ao mesmo tempo exaltando a liberdade e a igualdade como norte do Direito. Foi no século XX que as individualidades se afirmaram, o que ensejou a necessidade de reconhecer, no ordenamento jurídico, elementos materiais na racionalidade formal do Direito. Por conseguinte, o individualismo acentuado e o enfraquecimento do Estado, apreendido pelas empresas e conglomerados econômicos, cederam lugar à privatização do público. É assim que o reconhecimento das diferenças se intensifica, ampliando novas desigualdades, enquanto a afirmação plena das subjetividades presentes e das possíveis subjetividades futuras aumenta o patamar que obstrui o acesso ao Direito.

Ao longo da história, mostra-se construtivo observar a ocorrência das mais diversas formas de discriminação dos indivíduos, registradas em diversas sociedades, que o excluem, com base na natureza ou nas qualidades humanas. Como exemplos das qualidades de exclusão têm-se o registro, no século XX, portanto imediatamente anterior ao atual, das discriminações baseadas na raça ou no sexo. Na atualidade, porém, a introdução massiva de novos direitos na ordem jurídica permite a modalidade de exclusão legitimamente praticada e com base no Direito, determinando a importância de rever o

²³⁹ ESPÍRITO SANTO, Gilda Lopes de Figueiredo do. *Entre dois universos. Direito público e direito privado: convergências e antinomias*. Revista Estudos Jurídicos, vol. 36, nº. 97, maio/ago 2003, p. 80.

Direito e suas formas de aplicação, bem como as normas que compõem esse novo sistema jurídico, com o propósito de se alcançar a verdadeira dignidade humana.²⁴⁰

Com relação a essa nova forma de discriminação pelo direito, ressalta a autora:

[...] a necessidade de se acentuar o contexto histórico-social às mudanças em todas as áreas da vida humana, com o precioso auxílio de interpretação de outras ciências como a sociologia, a história e a ciência política para se colocar essa afirmação. A sociedade atual é muito mais complexa, diversificada, pluralista e aleatória do que aquela liberal, onde se desenvolveu a idéia de dicotomia entre direito público e direito privado”.²⁴¹

O surgimento de novos direitos apresenta-nos também o aumento do ilícito; a inclusão impõe, concomitantemente, a exclusão. O Direito por si só produz diferenças e é exatamente nessa forma de exclusão, pela (in) diferença, que a objeção no caso das Testemunhas de Jeová esbarra na rigidez do Código Penal, uma vez que, à luz da Constituição, que recepciona a liberdade religiosa, a exceção do crime de constrangimento ilegal gera a analogia abordada: a Ordem Constitucional insere novos direitos, enquanto a exceção é posta no diploma penal, uma vez que é procedida de forma legal, autorizada por Artigo do Código Penal.

Por isso, no entender da autora, é necessária essa anteposição do privado sobre o público, por que a ordem jurídica tem por fim primordial regular as relações dos homens entre si, a fim de permitir-lhes uma vivência comum em sociedade, assumindo o Estado a função de intermediar as relações dos particulares entre si. Esse instrumento não pode extrapolar sua função a ponto de suprimir-lhe a finalidade, devendo ser utilizado no sentido de que o público não substitua o privado.²⁴²

²⁴⁰ Ibid., pp. 81-87. A autora conclui que os institutos jurídicos permanecem empregados com funções e valores jurídicos diversos, de acordo com a situação e o conteúdo de publicidade.

²⁴¹ Ibid., p. 86.

²⁴² Ibid., p. 84.

Com a unificação dos dois ramos verifica-se a possibilidade de se regular diretamente as relações jurídicas, atributo da Constituição: regular tais relações, tendo como fundamento dessa unidade do ordenamento jurídico o respeito à dignidade da pessoa humana e a observância dos direitos fundamentais arrolados na Carta. Esse processo seletivo, porém, não esgota as diferenças entre o Direito Público e o Privado. Distintas sim, mas não estagnadas e fechadas entre si, as normas do Direito Público não podem obstar os direitos garantidos nas de cunho privado.

Diante disso, é inconcebível que uma norma de Direito Penal, tipificada para proteger bens jurídicos considerados necessários à sociedade possa, ao mesmo tempo, violar um direito do indivíduo que a integra, e que está insculpido na Constituição Federal, no rol das garantias fundamentais, tal qual faz a exceção do artigo 146, § 3º, inciso I do Código Penal vigente. A liberdade religiosa, direito fundamental reconhecido na Ordem Constitucional, pressupõe que a liberdade pessoal possa ser praticada. Por isso, a exceção invocada extrapola os limites de uma exceção à regra, pois não considera os direitos fundamentais reconhecidos na Carta Maior.

Há duas décadas da Constituição Democrática, é tempo de repensar os limites das exceções contidas no Código Penal, de modo que elas venham pautadas pelos princípios Constitucionais, impedindo que uma regra de ordem pública crie obstáculos às normas do Direito Privado. Desse modo, a violação da liberdade pessoal, por uma exceção positivada no Código Penal, em sua ordem cronológica anterior à Constituição, não observa os direitos fundamentais nesta afirmados, uma vez que o Diploma Penal ainda eleva o bem da vida como valor absoluto sobre os demais.

3.1.1. A Objeção de Consciência no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Ao iniciarmos o tema, oportuno identificar a objeção de consciência entre as figuras afins. Heringer Júnior, em primeiro plano, estabelece: “A objeção de consciência distancia-se da desobediência civil e também, do direito de resistência. Os traços distintivos podem ser analisados sob duas perspectivas: a do comportamento do objetor e a da reação jurídica”.²⁴³

Em seu primeiro aspecto, a objeção de consciência é comumente uma ação individual, raramente coletiva, de oposição ao cumprimento de mandado ou proibição jurídica, sob o fundamento de motivos de consciência. Nessa oposição, o fim primeiro do objetor é atingir uma isenção pessoal relativa ao atendimento do dever legal, sem que haja necessariamente a intenção da mudança da norma especificamente contestada.²⁴⁴

Nesse sentido, o autor diz que do código moral subjacente à ação do objetor podem advir situações de grave conflito interno, ao envolver convicções autênticas e profundas, capazes de afetar a própria personalidade do agente”.²⁴⁵

Os motivos de cunho religioso relacionam-se diretamente com a demanda da consciência de cada indivíduo. Por isso, o campo de maior incidência da objeção de consciência ocorre no plano da religiosidade, tendo em vista a diversidade de crenças que se verifica no Brasil e, que por isso, cada vez mais vem gerando situações de incompatibilidade com normas jurídicas, como por exemplo, entre as Testemunhas de Jeová, diante da resistência à prática de transfusão de sangue e à exceção contida no Código Penal.

²⁴³ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 41.

²⁴⁴ Ibid., pp. 41-42.

²⁴⁵ Ibid., p. 42.

Especificamente no caso da confissão religiosa das Testemunhas de Jeová, essa recusa se dá por que, segundo a Escritura Sagrada, é no sangue que está a vida. Isso não significa que

as Testemunhas de Jeová não temam a morte, pois somente ela leva a vida eterna; mas não é o mesmo que dizer que elas não lutarão por suas vidas. Ao contrário, já foi dito, acreditam na ciência e na medicina e vivem com os mesmo valores em que acreditam as outras confissões. No entanto, ao se recusarem à prática da transfusão de sangue, ainda que diante do risco de morte, em contrapartida a sua fé, não temem aquela, e optam pelo respeito às regras da Escritura.

Dentre tais incompatibilidades, no Brasil, somente a objeção de consciência militar recebeu a necessária atenção do legislador. Portugal, nação que historicamente preteria as demais religiões concedendo benesses legislativas à Igreja Católica, conta com recente legislação ordinária que organiza a Liberdade Religiosa, com a promulgação da Lei da Liberdade Religiosa (Lei nº. 16/2001), a qual inovou em muitos aspectos, inclusive assegurando o princípio da igualdade (art. 2º), o que proíbe ao Estado discriminar alguma igreja relativamente a outras.²⁴⁶

Na legislação italiana permanecem resquícios do fundamentalismo religioso. Da mesma forma que as constituições da maioria dos países, a liberdade pessoal, a igualdade, a dignidade do homem, os direitos sociais, e também a liberdade religiosa são direitos reconhecidos. No entanto, embora proclame que é livre o exercício da religião, a ressalva segue no sentido de vedar qualquer prática que atente aos bons costumes.²⁴⁷ Nesse contexto, é provável que a objeção de consciência por motivos de convicção religiosa alcance tão somente os níveis de tolerância.

²⁴⁶ Ibid., pp. 64-65.

²⁴⁷ ITÁLIA, *Constituição da República Italiana*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1986, p. 10. Art. 19 – Todos têm direito de professar livremente a própria fé religiosa, em qualquer forma, individual ou associada, de propagá-la e de praticar privada ou publicamente o seu culto, desde que não se trate de ritos contrários ao bom costume.

O Brasil não conta com lei ordinária específica que regule os casos de objeção de consciência por motivos religiosos, tendo seus princípios basilares afirmados na Constituição Federal. Porém, esses princípios que formam a base não se apresentam de forma a expressar as regras claras de cada caso, sendo tal instrumentalidade uma tarefa delicada, observando-se o pluralismo religioso vivido no Brasil.

Ainda assim, verifica-se o reconhecimento da objeção de consciência por motivos de cunho religioso na legislação extravagante, como é o caso da lei que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.²⁴⁸ No conteúdo da lei, qualquer ato emanado da autoridade pública que impeça o livre exercício da religião e prática do culto constitui crime.

A objeção de consciência militar, indubitavelmente, é a modalidade de maior incidência dentre os casos de objeção, por isso a mais conhecida, regada por quase todas as modernas legislações ocidentais, presente, inclusive, no âmbito das convenções internacionais. A escusa moral ao serviço militar foi especificamente regulamentada, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 8º, § 3º, “c”) e na Convenção Americana (art. 6º, § 3º, “b”). Já a Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às minorias da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas recomendou o reconhecimento do direito à objeção de consciência nesses casos.²⁴⁹

O reconhecimento da liberdade de consciência já se encontra recepcionado na ordem jurídica interna, no artigo 5º, VI da Constituição Federal, e deu origem à regulação específica do conflito moral no âmbito militar, em seu artigo 143, § 1º. O reconhecimento,

²⁴⁸ BRASIL, *Lei n.º 4898, de 9 de dezembro de 1995*, Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; consulta eletrônica: site www.planalto.gov.br, consultado em 22 de outubro de 2009.

²⁴⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 44. No que se refere à objeção de consciência a prestação do serviço militar, o autor compara o reconhecimento do instituto na Convenção Americana e na Subcomissão de Discriminação às minorias, reconhecida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Segundo o autor, o instituto já é admitido por Alberto Ricardo Dalla Via, em sua obra *La Conciencia y el Derecho*, a partir do reconhecimento na Declaração e pela Subcomissão.

mesmo sem regulamentação formal em todos os casos de incidência, sugere os pressupostos para a construção do perfil jurídico da objeção de consciência, já manifestados e reconhecidos na ordem jurídica, pela origem de base na diretriz constitucional que indica claramente a possibilidade de oposição por motivos de consciência. Tal recepção aos fundamentos das premissas que reconhecem o instituto é representada a partir do momento em que a legislação específica reconheceu determinada isenção ao cumprimento de um dever legal.²⁵⁰

As questões relativas à liberdade de consciência, no caso das convicções religiosas que geram a objeção, não raras vezes, têm seu enfrentamento contornado. A ausência dos critérios seguros para sua análise não podem sustentar a escusa dos operadores do Direito, ao contrário, devem justamente informar os motivos e as técnicas adotadas para a solução do conflito, partindo do caso concreto, pois há um conflito, e isso não se pode negar.

A objeção de consciência por convicção religiosa, à prática livre e com respeito, é uma pretensão que ainda não alcançou um exame atento no ordenamento jurídico interno, ao pé da concretização dos direitos fundamentais. A objeção de consciência por motivos religiosos, com a regulação específica do conflito moral no âmbito militar, é um exemplo bem sucedido do tratamento dispensado ao conflito. Na objeção de consciência das Testemunhas de Jeová que repudiam a prática da transfusão de sangue, o caso recebe um tratamento diferenciado: as Testemunhas de Jeová são submetidas à prática médica, mesmo sem o consentimento do paciente. Esse tratamento dispensado ao adepto não se adequa aos valores que edificam o Estado Constitucional.

Num Estado Constitucional e Democrático, a concretização dos direitos fundamentais é uma prioridade do cidadão. Nas Constituições da maioria das nações que adotaram esse modelo de Estado garantidor, o fundamentalismo religioso é legalmente repellido. A exceção contida no crime de constrangimento ilegal não observa os limites da Lei Maior, uma vez que restringe a liberdade pessoal/religiosa do cidadão, ao impor prática

²⁵⁰ Ibid., p. 44.

que a viole. O Código Penal é subjacente à Constituição, logo, aquele Diploma Legal não reconhece, em sua integralidade, os valores da Carta Democrática, afirmados a partir dos novos direitos que surgiram com a modernidade. Para Muller, a interpretação dos direitos fundamentais enquanto “ordem de valor” ou “sistema de valores”, capaz de permitir a compreensão de tais direitos, não pode ser concebida de forma apartada do modelo e objetivo do Estado Constitucional:

[...] quem assume com vistas à interpretação posições da teoria do Estado ou da teoria constitucional, não assume somente o risco da sua defensibilidade argumentativa teórica, mas também o da possibilidade de assegurá-las nas normas implementadas. Esse risco é tanto maior quanto a relação da teoria do direito público e da teoria constitucional com uma Teoria Geral do Estado ainda carece de uma elucidação. Já a partir do enfoque é inadmissível querer superar normatizações do direito constitucional vigente mediante inovações do caráter unitário ou sistemático de uma teoria constitucional nessa medida independente das normas ou de uma Teoria “Geral” do Estado.²⁵¹

Com relação ao quadro normativo da teoria geral do Estado e da Constituição, o autor esclarece ser restrito, e que os elementos dessa teoria ainda produzem efeitos maiores do que se a absorção se desse mediante contensão intelectual, em função do exercício marcante de alguns arranjos metódicos basilares da própria teoria do Direito, do Estado e da Constituição. Sobre esse método, o posicionamento do autor segue ressaltando a necessidade do entendimento das teorias e dos métodos que a transcendem:

Quanto ao método, esboços de tipos de pré-compreensões de teoria do Estado e teoria da constituição, tais como “positivismo” e “decisionismo”, “normologismo” e “teoria da integração”, devem ser ajuizados sobretudo pelas seguintes perguntas: quão pouco ou muito espaço eles deixam para argumentos indiferenciadamente ideológicos? Até onde eles exigem, admitem ou impedem uma fundamentação do processo de concretização que seja independente deles mesmos e em vez deles se oriente segundo normas?²⁵²

A partir desse engessamento, que compromete inclusive a interpretação de uma norma, entende o autor que as posições fundamentais dominantes da teoria estarão comprometidas, uma vez que produzem efeitos reducionistas, em função dele, e não apenas

²⁵¹ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução: NEUMANN, Peter. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 94..

²⁵² *Ibid.*, pp. 95-96.

em minúcias de substâncias da materialização como totalidade. Diante disso, prossegue o autor:

“A norma jurídica deve ser compreendida, diferenciada e tipificada como esboços com caráter de obrigatoriedade, que abrange por igual o que ordena e o que deve ser ordenado; deve-se passar da metódica da interpretação linguística para uma metódica do processo efetivo do tratamento da norma.”²⁵³

Por isso, na concretização dos direitos fundamentais é necessário que se observe uma unidade do ordenamento jurídico, considerando as teorias de Estado e do Direito. Contudo, nesse processo, o método a ser utilizado deve observar que a interpretação da lei nas questões envolvendo conflito de normas não deve representar o seu caráter linguístico, mas sim o modo de proceder para com o tratamento e a recepção da norma. Nesse impasse, o fundamento de unidade do ordenamento jurídico reside na consideração ao respeito da dignidade da pessoa humana, pela observância dos direitos fundamentais, atribuição nata da Constituição: regular diretamente as relações jurídicas, de forma a conformar uma unidade do ordenamento jurídico.

Outro critério a ser considerado é o da moralidade, uma vez que, ao desobedecer à lei, o comportamento negativo do cidadão vai relacionar-se à desobediência na esfera jurídica e/ou moral. A religião carrega valores, primordialmente de cunho moral. Sobre isso é esclarecedor o acréscimo de Ferrajoli: “À lei, Sobre la obligación jurídica y sobre la obligación política de obedecer las leyes. La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que hemos identificado el punto de vista externo, es su autonomía em caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales”.²⁵⁴

²⁵³ Ibid., p.96.

²⁵⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 920-921. Como exemplo de sua explanação, o autor faz referência aos fatos históricos de descumprimento da lei, referindo o mais primórdio, no entanto, até hoje lembrado, tamanha sua intensidade, é o conhecido pelos Gregos, com a desobediência de Antígona. Ela que, desobedeceu a lei e realizou o sepultamento de seu irmão, e também o de Sócrates, que preferiu morrer defendendo sua idéia, a fugir, pois acreditava que se aceitasse a imposição dos juízes, sua saga seria a de perpetuar a idéia dos juízes como verdade, para tanto, preferiu morrer a negar seu pensamento.

A questão suscitada por Ferrajoli afronta o problema a partir dos modelos de Estado, uma vez que o tema da obrigação política se estabelece em distintas definições, de acordo com os modelos de Estado de Direito, terreno em que os direitos fundamentais são semeados positivamente nas Constituições e suas violações são, num primeiro momento, cominadas pelo próprio Direito. Cabe então o questionamento: há nesses tipos de ordenamentos e modelos de estados uma determinada obrigação em obedecer a uma lei injusta? Uma vez verificada tal obrigação, há que se estabelecer a natureza de sua medida?

Herlinger Júnior constrói o seguinte entendimento: “Em nosso modelo de Estado o dever jurídico e moral (político) de obediência às leis compromete os agentes públicos, no que diz com os cidadãos; a estes incide apenas o dever jurídico, e não moral de obedecê-las.”²⁵⁶ O autor atribui elementar a importância do reconhecimento do direito fundamental à liberdade de consciência, pois autoriza a admissão eventual de isenções ao cumprimento de deveres legais, com base em convicções morais divergentes.

Diante disso, é preciso considerar que as liberdades religiosa e de consciência são absorvidas pela liberdade pessoal; logo, esta é pressuposto próprio daquelas, incumbindo ao Estado o dever de abster-se à redução da liberdade individual, pois esses predicados não são apenas elementares de um Estado de Direitos, mas sim, a sua essência.

Por isso, embora audaciosa, é coerente a ideia de Gilda Lopes Figueiredo do Espírito Santo: “É necessário que se visualize o futuro sob formas de probabilidades. Do que se pensa no presente dependem os rumos da sociedade sem fronteiras que se delinea. Não é uma utopia, mas uma grande esperança”.²⁵⁷

²⁵⁵ Ibid., p. 921.

²⁵⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 32.

²⁵⁷ ESPÍRITO SANTO, Gilda Lopes de Figueiredo. *Entre dois universos. Direito público e direito privado: convergências e antinomias*. Revista Estudos Jurídicos São Leopoldo, vol. 36, nº. 97, ano 2003, p. 90.

3.1.2 O Direito de resistência

Na relação do indivíduo com o Estado, a mudança de maior impacto surge entre os séculos XIV e XVI. Desde então, as concepções de Estado e indivíduo apresentam um novo sentido na história da humanidade. Esse processo de mudança foi impulsionado com a supremacia da Igreja à política do Estado, no período do medievo, palco das principais mudanças de paradigmas nesse sentido, indicando um novo norte às civilizações nos séculos seguintes. Para Dumont: “Na Idade Média, a Igreja não era um Estado, era o Estado; o Estado ou, melhor, a autoridade civil (pois não era reconhecida uma sociedade civil separada) era simplesmente o departamento de Política da Igreja”.²⁵⁸

Surge assim, a necessidade de resistência à perseguição de um tirano, tendo Rousseau como precursor, ao revelar a ideia de um contrato entre governante e governados. Esse pacto levaria à afirmação do direito do indivíduo à liberdade de consciência, registrada na história do homem, cronologicamente, dentre os diversos feitos da liberdade política e a estirpe de todos os demais.

²⁵⁸ DUMONT, Louis. *O Individualismo*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 80-85. No século XIV, os partidários do império rechaçavam as pretensões da Igreja contra o poder temporal e o imperador: a Igreja devia confinar-se aos assuntos espirituais. Propunham uma relação que recorda a do hinduísmo, o Estado devia estar subordinado à Igreja em matérias espirituais, a Igreja ao Estado em matérias temporais. O século XV assistiu ao movimento conciliar, ou seja, de um certo modo, a aplicação à Igreja da doutrina da soberania do povo. A autoridade papal derivava, assim se pensava, do povo e só permaneceria legítima enquanto fosse fiel ao seu fim, a edificação, ao passo que se destruía a si mesma desde que fosse vista contribuindo para a destruição. Do lado dos humanistas, Maquiavel descobre em Tioto Lívio o modelo da cidade-Estado republicana e, com a ajuda de exemplos tomados da Roma antiga, consegue emancipar a consideração política não só da religião cristã e de todo o modelo normativo, mas também da moral privada. Assim liberada de todos os entraves exteriores, uma ciência prática da política reconhece como seu único princípio da razão de Estado. Segundo Figgis, esse novo absolutismo, que iria influenciar tão profundamente homens políticos e homens de Estado nos séculos seguintes, só pôde ser concebido porque a Igreja, e certas ordens eclesíásticas em especial, tinham desenvolvido um absolutismo semelhante, e porque, de fato, na Itália, o “poder” convertera-se no único fim verdadeiro da ação, de modo que só restava a Maquiavel observar friamente a situação tal como ela era. Talvez se possa dizer que a primeira ciência prática a emancipar-se da rede holista dos fins humanos foi a política de Maquiavel.

Sobre isso, refere Dumont: “Os teóricos jesuítas do Direito natural desenvolveram a teoria moderna, que alicerça o Estado num contrato social e político, considerando a Igreja e o Estado duas sociedades distintas, independentes, exteriores uma à outra”.²⁵⁹

Em inusitada comparação, Hannah Arendt debate a questão da desobediência civil a partir de seu surgimento, cotejando a Apologia de Sócrates à desobediência civil de Thoreau, identificando, contudo, a divergência entre ambas, uma vez que, na Apologia de Sócrates, a defesa se dirige de acordo com os ideais da moral do indivíduo, e não em confrontação com a lei em si mesma, mas com o pronunciamento dos juízes frente a um fato errôneo. Num segundo momento, na desobediência civil de Thoreau, esta se opõe à própria lei que a considera injusta e em desacordo a uma consciência individual e do compromisso moral dessa consciência.²⁶⁰ Em ambos os casos, fica evidente que, embora por questões distintas, tanto Sócrates como Thoreau, transgrediram a lei. O primeiro manifestava-se contrário as consequências da lei num plano moral de aplicação pelos juízes em seu próprio julgamento; o segundo, se pôs contra a aceitação da lei, no plano individual de sua consciência, como sendo uma obrigação moral à não aceitação de uma lei injusta.

²⁵⁹ Ibid., p. 85-86.

²⁶⁰ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução de José Wolkman. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1999, pp. 56-57. Ao ilustrar o fato ocorrido, a autora em referência identifica a diferenciação quanto a forma de desobediência à lei: “Thoreau passou uma noite na cadeia por se recusar a pagar impostos para um governo que permitia a escravidão, mas deixou que sua tia pagasse por ele na manhã seguinte. Sócrates, durante seu julgamento, nunca contestou as leis em si mesmas - mas sim aquele erro judicial específico, ao qual ele se referiu como o acidente que lhe tinha ocorrido. O seu infortúnio pessoal não lhe dava o direito de “romper seus contratos e acordos” com as leis; sua desavença não era com as leis, mas com os juízes. Além disso, como Sócrates mostrou a Critó (que tentou persuadi-lo a fugir e exilar-se), na época do julgamento as próprias leis lhe tinham oferecido uma alternativa: Naquele tempo poderias fazer com o consentimento do Estado o que agora tentas fazer sem. Tu te vangloriaste de estar preparado para morrer. Disseste que preferias a morte ao exílio. Sabemos ainda da Apologia, que ele poderia ter optado por repudiar seu exame público das coisas, que sem dúvida gerava incerteza sobre as crenças e as crenças e costumes estabelecidos, e outra vez ele tinha preferido a morte, pois “uma vida não-questionável não vale a pena ser vivida”. Em outras palavras, Sócrates não teria honrado suas próprias palavras se tivesse tentado fugir; teria destruído tudo o que tinha feito durante o julgamento – teria “ratificado a opinião dos juízes e teria feito parecer que o veredicto deles era justo”. Ele se impôs a si mesmo, e aos cidadãos aos quais se expressava ficar e morrer. **É o pagamento de uma dívida de honra, o pagamento de um cavalheiro que perdeu uma aposta e paga, porque de outra forma não poderia mais conviver consigo mesmo**”. (grife nosso). O caso de Thoreau, embora muito menos dramático e inteno que o de Sócrates, se conforma adequadamente ao debate proposto, uma vez que, diferentemente de Sócrates, ele protestou contra a injustiça das leis em si mesmas. O famoso ensaio nascido deste incidente e que tornou o termo “desobediência civil” parte de nosso vocabulário político, revela sua causa não no campo da moral do cidadão em relação à lei, mas no campo da consciência individual e do compromisso moral da consciência..

Como pressuposto de sua oposição, Thoreau justificava que, ao chegar ao mundo, a função principal do homem não era fazer dele um lugar ideal para viver, mas sim, viver nele sob quaisquer circunstâncias: “É assim que todos chegamos ao mundo, é sorte se o mundo e a parte dele onde chegamos é um bom lugar para se viver na época da chegada ou pelo menos um lugar onde os erros cometidos não sejam de tal ordem que nos obrigue a ser um instrumento de injustiça para alguém”. Sendo assim, se o lugar onde o homem for viver se apresentar em desacordo com suas necessidades natas (a consciência) prossegue a autora: “[...] viole a lei. E Thoreau estava certo: a consciência individual não requer nada além”.²⁶¹

Thoreau, em seu apelo à desobediência civil, afirma:

O melhor governo é o que não governa de modo algum, e quando os homens estiverem preparados para ele, será a espécie de governo que terão.

As objeções que têm sido levantadas contra um exército permanente, e elas são muitas e poderosas, e merecem prevalecer, podem também, ao fim e ao cabo, ser levantadas contra um governo permanente.²⁶²

Na construção de justificativas de Thoreau, um Governo que admite a administração por uma maioria, em todos os seus aspectos, jamais poderá estar baseado na justiça, numa perspectiva do que os homens entendem como tal. Por tais motivos, num governo dirigido pelas maiorias, não haverá lugar para a consciência de tal grupo dominante demandar a consciência do certo e errado para o indivíduo e as minorias. É certo que os interesses dessa maioria será dirigido por questões de conveniência que a envolvam. Nessa forma de governar é que tem lugar o questionamento de Thoreau: “Deve o cidadão, mesmo por um momento, ou em caso extremo, abdicar de sua consciência em favor do legislador? Penso que devemos ser homens, em primeiro lugar, e só depois súditos”.²⁶³

²⁶¹ Ibid., p. 58.

²⁶² THOREAU, Henri David. *A Desobediência Civil e Outros Ensaio*s. Civil Disobedience, Life Without Principle, Paradise (to be) Regained e a Plea for Capitain John Brown. Tradução: AES, José Paulo. São Paulo: Editora Cultrix, 9. ed. 1999, p. 17.

²⁶³ Ibid., p. 19.

A liberdade religiosa é uma condição inerente ao homem, por isso, elevada a direito fundamental, ao contrário do fundamentalismo que impunha uma religião oficial, o que fere a dignidade da pessoa. Na atual conjuntura, o indivíduo pode resistir a uma norma imposta pelo legislador, se este violar sua liberdade religiosa, na perspectiva do direito natural de praticá-la com liberdade e respeito, observando o direito das pessoas. Sobre isso, é oportuna a comparação de Thoreau, na qual não é desejável cultivar, pela lei, respeito igual ao que nutrimos pelo Direito: “A única obrigação que me cabe assumir é fazer, a qualquer tempo, aquilo que julgo direito”.²⁶⁴

Nesse sentido também representou Sócrates, na Apologia, ao acrescentar que o homem se comunica não somente com seus companheiros humanos, mas também consigo mesmo. Na comunicação do ser consigo mesmo, as únicas regras pré-estabelecidas são as da consciência. Da mesma forma que em Thoreau, as regras da consciência podem ser inteiramente negativas, uma vez que não sugerem o que fazer, mas sim o que não fazer. As regras da consciência não sugerem premissas para a ação, uma vez que a delimitam, dizendo o que não poderá ser transposto, da seguinte forma: “Elas dizem: não procedas mal ou terás que viver para sempre junto a um malfeitor”.²⁶⁵

As regras negativas, na classificação de Hannah Arendt, significam o direito de não fazer algo, se assim demandar a consciência individual, pois se o fizer, procederá mal (mal de acordo com sua consciência), e terá que viver sempre junto a um malfeitor (viver sempre com um malfeitor seria conviver mal consigo mesmo).

Diante disso, pode ser construída a compreensão de que o direito de resistência do indivíduo em face ao Estado é espécie do gênero da desobediência civil. É através da resistência que o indivíduo manifesta a desconformidade de sua consciência para com o cumprimento de um dever posto, ou seja, de abster-se de agir em desacordo com seus

²⁶⁴ Ibid., p. 19.

²⁶⁵ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução de José Wolkman. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1999, p. 60.

interesses pessoais, se assim sua consciência demandar. Tal direito encontra limites apenas na violação ao direito de outro homem.

Na concepção de Heringer Júnior, verifica-se uma nítida diferenciação entre ambas: os elementos que caracterizam a desobediência civil são primordialmente o seu caráter público, sua manifestação pacífica, geralmente, de cunho coletivo, onde o grupo ostenta alterar uma determinada lei ou imposição governamental, questionada sob os fundamentos de uma máxima de índole moral desse grupo, inspirada, sobretudo à ordem Constitucional. O direito de resistência tem sua origem nas revoluções históricas, tendo ainda hoje seu instituto reconhecido na legislação germânica e portuguesa, em forma de exclusão da ilicitude.²⁶⁶

Importante salientar que, em Portugal, o direito de resistência vem reconhecido no art. 21 da Constituição da República “todos têm direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.²⁶⁷ Nessa linha de reconhecimentos legais, o direito de resistência português, diferentemente do alemão “aproxima-se da nascente liberal-iluminista, com sentido subjetivo, voltado à proteção de direitos fundamentais”.²⁶⁸

Quanto ao caráter de diferenciação entre os dois institutos em análise, é possível atribuir ainda a circunstância do coletivo e do individual como um dos elementos que diferem a desobediência civil do direito de resistência, ou então, uma condição ou circunstância geral e outra específica.

²⁶⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 89.

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 165-166. “Anotações: O direito de resistência compreende dois aspectos: (a) não cumprir qualquer ordem desde que ela seja ofensiva de um dos direitos, liberdades ou garantias; (b) repelir pela força qualquer agressão, não sendo possível recorrer à autoridade pública”.

²⁶⁸ ALEMANHA, República Federal da. *Lei Fundamental*. Tradução: publicada pelo Departamento da Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Wiesbadener Grafhische GmbH, 6200 Wiesbaden, 1979, p. 24. “Artigo 20 (Princípios Fundamentais – Direito de Resistência) – 4. Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem”.

Importante consignar ainda que, no direito de resistência, o indivíduo se nega a realizar ações que violem sua consciência; os seus limites se delineiam na não violação da consciência e do direito de outro homem. Nesse diálogo, a resistência das Testemunhas de Jeová à prática da transfusão de sangue, em se tratando de indivíduo maior e plenamente capaz, é uma conduta negativa que se contrapõe a lei e não viola o direito das demais pessoas, mas manifesta a intenção e o desejo do adepto em concretizar plenamente sua confissão religiosa, de acordo com sua consciência.

Dworkin aborda o instituto da desobediência civil a partir da objeção às leis que regulam a prestação do serviço militar nos Estados Unidos.²⁶⁹ A justificativa do autor é oportuna, uma vez que a aplicação da lei de forma igual pressupõe a observância de premissas maiores, não podendo, no entanto, significar simplesmente jogar o jogo. Segundo o autor, tal raciocínio contém um pressuposto oculto, com relação aos casos mais graves de desobediência civil, uma vez que, se o objetor desobedecer à determinada norma, mesmo com plena consciência disso, tal fato vem pôr em cheque a validade desta lei.²⁷⁰

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 315-316. Segue o questionamento do autor acerca do tema: “De que forma o governo deveria proceder com aqueles que desobedecem, por razões de consciência, às leis referentes ao recrutamento militar? Muitas pessoas acham que a resposta é óbvia: o governo deve processar os dissidentes e, se julgados culpados, deve puni-los. Alguns chegam a esta conclusão com facilidade, uma vez que adotam o ponto de vista insensato de que a desobediência civil por razões de consciência significa o mesmo que desacato à lei. Pensam que os dissidentes são anarquistas que devem ser punidos antes que a corrupção se dissemine”. Na concepção de Dworkin, esse pensamento até pode ser admitido se emanado do povo leigo, entretanto, é inadmissível que o mesmo pronunciamento seja verificado pelos juristas. Nesse sentido, critica a posição de determinado jurista: “Eles reconhecem que a desobediência à lei pode ser moralmente justificada, mas insistem que ela não pode ser legalmente justificada e pensam que desse truismo se deduz que a lei deve ser aplicada. É da essência da lei”, disse ele, “que seja aplicada igualmente a todos, que sujeite a todos da mesma maneira, sem levar em conta motivos pessoais. Por esta razão, aquele que pratica a desobediência civil por convicções morais não deveria surpreender-se nem amargurar-se, se dessa desobediência resultasse uma condenação criminal. E ele deve aceitar o fato de que a sociedade organizada não poderá manter-se sobre uma base que não seja essa. O New York Times aplaudiu essa declaração. Um grupo de mil professores de várias universidades assinou um pedido nesse jornal, exigindo que a Procuradoria Geral anulasse as acusações contra o reverendo William Sloane Coffin, o dr. Benjamin Spock, Marcus Raskin, Michael Ferber, acusados de conspiração por terem aconselhado várias transgressões ao recrutamento militar. O Times afirmou: a solicitação de anulação dos indiciamentos confundia direitos morais com responsabilidades jurídicas. Contudo, o argumento de que o governo deve processar um homem por acreditar que tenha cometido um crime é muito mais frágil do que aparenta”. Em contraposição ao sensacionalismo midiático, Dworkin conclui: “A sociedade não pode manter-se se tolerar toda e qualquer desobediência; daí não se segue, contudo, que ela irá desmoronar se tolerar alguma desobediência, e nem há provas disso”.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 318.

No entanto, acrescenta Dworkin, a questão da desobediência à lei não pode ser solucionada pela questão de sua validade, pura e simplesmente, ainda mais em se tratando de direitos subjetivos, pois tal demanda envolve também a moral do cidadão ou de determinado grupo, ainda que plantada na convicção de minorias. Sobre isso, afirma Dworkin: “A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade. Qualquer lei que pareça comprometer essa moral levanta questões constitucionais, e se esse comprometimento for grave, as dúvidas constitucionais também serão graves”.²⁷¹

Eis a magnitude da responsabilidade dos juristas e do Estado para com aqueles que desobedecem às leis do recrutamento por razões de consciência, diante da possibilidade de exigência de que os objetores não sejam processados:

Ao contrário, pode nos vir a ser exigida a modificação de nossas leis ou a adaptação de nossos procedimentos judiciais para acomodar os casos de tais pessoas. As proposições draconianas simples, segundo as quais o crime deve ser punido e todo aquele que interpretar mal a lei deve suportar as conseqüências, possuem uma influência extraordinária tanto sobre a imaginação profissional como sobre a imaginação popular. Mas a regra jurídica é mais complexa e mais inteligente do que isso e é importante que ela sobreviva.²⁷²

A afirmação da liberdade religiosa no ordenamento jurídico interno retirou da instituição religião seu caráter extrínseco. Com isso, a relação do homem com Deus não é mais uma condição imposta pelo Estado ao indivíduo, não mais existindo uma religião oficial e imposta, ou fortemente sugerida. Nos tempos atuais, a religião assume um caráter intrínseco: o homem escolhe sua forma de adorar ao Ser Supremo, e ao Estado cabe

²⁷¹ BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de Direito Público e de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 02-03. Nesse ponto, é oportuna a distinção do autor referido, acerca do direito e da moral: “Distingue-se o direito da moral. Esta é mais ampla, embora vários pontos comuns existam entre ambos, uma vez que constituem regras de conduta e neles se nota a finalidade de conseguir o bem-estar individual e coletivo. A moral se estende aos deveres do homem para consigo mesmo, para com os outros homens e para com Deus. De um modo geral podem-se encarar os preceitos de ordem moral sob três aspectos: regras morais do homem perante Deus; regras morais do homem perante si mesmo; regras morais do homem perante a sociedade. No primeiro caso trata-se da moral religiosa; no segundo, da moral individual; no terceiro, da moral social. O Direito, de sua parte, não vai tão longe: refere-se aos deveres dos homens para com os outros homens”.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 340-341.

respeitar essa decisão, de modo a garantir o livre exercício da religiosidade, com liberdade e respeito, sendo seu único limite a não ofensa aos direitos das pessoas.

3.2. Bem jurídico penal tutelado no crime de constrangimento ilegal

No Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1910, o Crime de Constrangimento ilegal vinha posto no Livro II, capítulo II, que tratava dos crimes em espécie, no Artigo 180.²⁷³ Percebemos que no tipo, o bem jurídico amparado pela tutela penal era a liberdade individual, que se expressava como a faculdade de agir, *facultas agendi*, no exercício de um direito garantido pela lei. Tal norma vinha ao encontro da Constituição Federal da época.²⁷⁴ Nesse diploma, não havia a exceção do parágrafo terceiro do tipo.

O Código Penal de 1940 ampliou o conceito do crime de constrangimento ilegal, incluindo seus parágrafos e incisos. Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal, temos a seguinte premissa: “A honra e a liberdade são interesses, ou bens jurídicos inerentes à pessoa, tanto quanto o direito à vida ou à integridade física”.²⁷⁵ Por isso,

²⁷³ BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1.890, Código *Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Commentado por Oscar de Macedo Soares. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910, pp. 359-359. Dos Crimes em Espécie. Capítulo II – Dos crimes contra a liberdade pessoal. Art. 180. Privar alguém de sua liberdade pessoal, já impedindo de fazer o que a lei permite, já obrigando a fazer o que a lei não manda. Pena – de prisão cellular por um a seis meses. Parágrafo unico. Si para esse fim empregar violência, ou ameaças; Pena – a mesma, com augmente da terça parte, além das mais em que incorrer pelos actos de violência. Importante citar o comentário do autor sobre o bem jurídico tutelado no tipo: “A Const. Fed. , art. 72, § 1, declara que ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, sinão em virtude de lei. O que este parágrafo contem constitue um dogma fundamental nos governos livres. A organização político social em que consiste o Estado tem por principal escopo a manutenção da liberdade, a tutela e garantia do direito, e com isto totalmente incompatível é o arbítrio da autoridade nas suas relações com o individuo. Estatuiu-se, pois, para limitar a acção desta, e para dar ensanchas ao livre exercício do direito, aquella sabia determinação: *Cuique facere licet nisi quid jure prohibetur*. De modo que, ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não pode elle ser obrigado sinão ao que ella lhe impõe”.

²⁷⁴ Ibid., pp. 359-359. Sobre o deslocamento dos tipos, refere ainda o revisor: O Título I da Parte Especial ocupa-se dos crimes contra a pessoa, dividindo-se em seis capítulos, com as seguintes rubricas: Dos crimes contra a vida; das lesões corporais; da periclitación da vida e da saúde; da rixa; dos crimes contra a honra e os crimes contra a liberdade individual (que a lei actual denomina crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais): seu verdadeiro lugar é entre os crimes contra a pessoa, de que constituem subclasse.

²⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina; jurisprudência selecionada; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 518.

entendeu o revisor em alocar os tipos que protegem esses bens jurídicos para o capítulo que versa sobre a liberdade individual.

O bem jurídico tutelado no crime de constrangimento ilegal é a liberdade individual, ou seja, a liberdade pessoal de autodeterminação da vontade de ação.²⁷⁶ A conduta típica consiste em constranger (forçar, compelir, obrigar) alguém a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. O agente compele a vítima, através dos meios previstos pela lei, a fazer ou não algo que não tenha o dever legal de cumprir. Exige-se que a pretensão buscada pelo agente seja ilegítima, em si mesma ou pelas condições em que se efetua.²⁷⁷

Assim, para configuração do crime de constrangimento ilegal, o elemento objetivo do tipo exige que a pretensão do agente seja ilegítima. Esta pesquisa pretende uma releitura da exceção contida no tipo.²⁷⁸ Tal exceção confere poderes, de certo modo ilimitados ao profissional médico, que poderá intervir na integridade física do paciente, ainda que sem o consentimento deste.

Em seus comentários ao tipo, Prado consigna que, por perigo de vida, deve ser entendida a probabilidade concreta e iminente de um resultado letal. Somente essa condição fundamenta o estado de necessidade, pela qual a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte).²⁷⁹

²⁷⁶ Ibid., p. 518.

²⁷⁷ Ibid., p. 518.

²⁷⁸ BRASIL, *Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1.940, Código Penal*. Artigo 146, § 3º, I: Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

²⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. *Op. Cit.*, p. 520.

A possibilidade de estabelecer uma releitura da exceção contida no crime de constrangimento ilegal exige a condição prévia do afastamento da ideia de mensuração linear dos bens jurídicos, merecedores da tutela penal, pois a liberdade individual é objeto de tutela penal. Mas a liberdade pessoal também é objeto de tutela na Constituição Federal, de forma geral e específica, como por exemplo, na forma de liberdade religiosa.

A liberdade individual alcançou, no Código Penal de 1940, uma posição junto ao Capítulo que trata dos crimes contra a pessoa. Sobre esse deslocamento do tipo no diploma, justificou seu revisor que a honra e a liberdade são interesses ou bens jurídicos inerentes à pessoa, tanto quanto o direito à vida ou à integridade física, que a lei atual denomina crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais. Por isso, seu verdadeiro lugar é entre os crimes contra a pessoa, de que constituem subclasse.

Desse modo, a intervenção médica, ainda que sem o consentimento do paciente, na pretensão de afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), torna-se legítima por um critério de razoabilidade, já que o mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). De outra forma, quando o paciente se nega a consentir na prática de determinado procedimento, recorre-se ao judiciário para receber autorização para a realização do referido ato da práxis médica, o que também dá legitimidade à pretensão. Conforme já dito, o tipo objetivo do crime de constrangimento ilegal é a ilegitimidade da pretensão do agente; sendo ela legítima, não haverá crime.

Assim, existem distintas formas de legitimar a conduta do agente (médico), seja por mensuração do mal causado - com o mal evitado, seja mediante autorização judicial para a procedência do ato.

Não raras vezes, é possível observar que a exceção posta no crime de constrangimento ilegal confere um poder demasiado ao médico, que no seu exercício, viola a liberdade pessoal do indivíduo. Com efeito, a conduta médica descrita na exceção prevista no crime de constrangimento ilegal, encontrará, na teoria do delito, duas

possibilidades esculpantes: excludente da ilicitude ou excludente da culpabilidade. No entanto, o conflito estabelecido se refere ao conflito de normas, considerando nelas o caráter cronológico e hierárquico.

Desse modo, a exceção contida no crime de constrangimento ilegal, que confere poderes ao médico para intervir na liberdade individual do paciente, necessita de uma releitura, ao pé da Ordem Constitucional e seus princípios imanentes. Seria um contrassenso interpretar tal exceção, posta no Código Penal de 1940, na atualidade, sem levar em consideração a conquista dos direitos pessoais, consagrados na Carta Política.

A ciência jurídica tem compromisso com premissas que vão muito além da interpretação literal de um código, tem compromisso com o homem, consoante Fernandez: “Uma ciência jurídica comprometida com el hombre – y no tanto com el Código – para compensar ondas de desigualdades sociales que vienen de mucho antes”.²⁸⁰

Por tais motivos, a proposta aqui apresentada pressupõe uma medida de ousadia, já que iremos buscar, além do Direito positivado (mas com a base que este consolidou), alcançar, com acréscimos de modelos teóricos distintos, a possibilidade para uma releitura do crime de constrangimento ilegal, pela exceção que traz em seu parágrafo terceiro, inciso primeiro.

Segundo entendimento de Fernandez se é conveniente ou não, se é interesse dos governantes ou não, o fato é que a ordem jurídica atual é carecedora de semelhantes modelos teóricos. Em verdade, a maioria das Faculdades de Direito, imunes à conturbada realidade continental trabalham como fábricas ideológicas do positivismo jurídico. Salvo raras exceções, não se ensina nas Universidades de Direito a construir a sua teoria, necessária e primordial à sociedade, e de acordo com esta. Em vez de trabalhar e construir a

²⁸⁰ FERNANDEZ, Gonzalo D. *Al Otro Lado del Código*. 2. ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994. p. 88.

teoria do Direito, tal qual deveria ser, o que acontece é tão somente a promoção para uma leitura da lei pré-estabelecida e vigente, nos seguintes termos: “Dura Lex, sed Lex!”.²⁸¹

3.2.1 A exceção do parágrafo terceiro, inciso primeiro no crime de constrangimento ilegal.

A exceção contida no crime de constrangimento ilegal, que permite ao médico intervir na liberdade individual do paciente, ainda que sem o consentimento deste, vem de encontro aos princípios consagrados na Constituição Federal, que garantem ao indivíduo a liberdade de consciência por convicções filosóficas, políticas ou religiosas. Em especial ao tema proposto no presente escrito, sinala-se o exercício da liberdade (culto e da crença) religiosa.

Sobre isso, cumpre aportarmos a validade da norma em questão, já que a exceção posta no parágrafo terceiro, inciso primeiro, do crime de constrangimento ilegal, que permite ao médico intervir na individualidade do paciente, mesmo contra a vontade deste, contraria as garantias de liberdade da pessoa, insculpidas na Lei Maior. Além disso, o Código Penal é anterior à Constituição Federal de 1988, retrata outra época, diferentes valores sociais, de modo que a interpretação da norma anterior pressupõe uma compreensão de acordo com a Ordem Constitucional, e jamais poderá violar o que nesta vem reconhecido.

Sobre validade, é esclarecedor o entendimento de Ferrajoli:

El equívoco que se esconde tras estas tesis reside en la identificación entre derecho válido y derecho como es, o si se quiere entre validez y positividad del derecho. Y está ligado a una concepción simplificada de la validez, que aplicada a los modernos estados de derecho resulta en mi opinión inadecuada. Según esta concepción – que comparte toda la tradición positivista, desde Hobbes y Bentam hasta Kelsen, Hart y Bobbio – la validez de una norma se identificaría

²⁸¹ Ibid., p. 88.

com su existência jurídica, como producto de um acto normativo conforme a las normas acerca de su producción.²⁸²

Uma concepção exclusivamente formal de validez pode ser (in) suficiente para um modelo de Estado Constitucional de Direito, uma vez que, numa concepção de cunho exclusivamente formal, a mesma somente será aplicada adequadamente se referida aos ordenamentos jurídicos de estrutura elementar, pois o poder do legislador para estabelecer a lei não é absoluto, de modo que qualquer norma por ele produzida não necessariamente observará o critério de validade. Em contrapartida, as normas manifestadas pelos sujeitos de direitos, ou por eles pretendidas, igualmente deverão observar os critério de validez, com o diferencial de que estes são sujeitos de direitos, e o interesse que manifestarem será sempre passível de análise.²⁸³

No que tange à norma penal sancionadora, o entendimento de Roxin segue no mesmo sentido: “No ponto em que a lei não se apresentar suficientemente clara com relação ao conceito material de delito, ou seja, sua concretização, que se dá por meio da limitação e proteção dos bens jurídicos, também com relação aos seus reflexos na política criminal, esta lei será uma norma jurídica penal inválida”.²⁸⁴

É, pois, possível que uma norma venha carecer de validez, quando infringir valores tidos como particulares, pessoais, que pertençam à intimidade, individualidade do cidadão: “É certo que a nulidade das leis arbitrárias não encontram nenhuma contradição. Ao contrário, no caso das normas penais que protegem a moral ou determinados valores que intentam apoiar sua validez jurídica nela, podem, por vezes, restringir o desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.²⁸⁵

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 355.

²⁸³ *Ibid.*, p. 355.

²⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2ª ed. Barcelona: Civitas, 2003, p. 63.

²⁸⁵ *Ibid.*, 63. A exemplo do caráter particular de determinados valores, ou seja, cuja opção pertença, intimamente ao indivíduo, cita o autor referido: Quando afirmo a constitucionalidade da norma penal, vigente

As influências dessas relações de cunho moral, religiosa ou ideológica, não podem integrar o rol de interesses na escolha da tutela de bens jurídicos, por parte do Estado, uma vez que esse sistema de ideias, valores, opiniões e crenças, por sua vulnerabilidade, pode não obter repercussão social. Diante de tal dinâmica elementar, não podem tais valores integrar as ações do Estado Democrático de Direito, até para evitar que o próprio Estado, em prol da moral dominante, venha excluir os valores que dessa moral dominante divergem, representando com isso a exclusão de minorias por meio do próprio Direito.²⁸⁶

Dentro dessa realidade, o ordenamento jurídico pátrio há de lidar com um modelo de Estado que garanta ao indivíduo uma série de direitos individuais, como a liberdade, a liberdade de consciência, de convicções filosóficas, políticas e religiosas, assegurando seu exercício. Paradoxalmente, porém, neste mesmo Estado garantidor, vigora um Código Penal que permite ao médico, no exercício de suas funções, invadir o livre gozo da liberdade de consciência do paciente.

Sobre isso, não de prevalecer os preceitos inerentes ao nosso Estado garantidor. Por essa razão, é oportuno o entendimento de Ferrajoli:

[...] com la formación de los modernos estados constitucionales, que el derecho positivo há incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y de certeza enumeradas en nuestro sistema SG. Todos estos principios, afirmados por las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII em forma de derecho o derechos naturales, han sido consagrados em las modernas constituciones em forma de principios normativos fundamentales que contienen limitaciones o imperativos negativos.²⁸⁷

Com isso, percebemos que negar vigência aos princípios normativos insculpidos na Constituição Federal seria um retrocesso. Nossa Carta Política emanou da soberania

até 1969, contra a homossexualidade entre adultos, apelo a tese de que a lei moral não pode legitimar uma intromissão do legislador na liberdade do homem, sob pena de ser considerada duvidosa sua licitude.

²⁸⁶ Ibid., p. 63.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, 3. ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 356.

popular, dotada de democracia. Logo, os valores nela contidos pressupõem um maior grau de aproximação com os interesses sociais. O ponto contraditório, que permite esse desequilíbrio entre Estado e indivíduo reside na norma Penal, em especial, no parágrafo terceiro, inciso primeiro, do artigo 146. Diante disso, a exceção contida no parágrafo terceiro, inciso primeiro, do crime de constrangimento ilegal, é uma invasão do Estado à liberdade do indivíduo, demonstrando que a Lei Penal, nesse ponto, contraria os princípios normativos que garantem os direitos fundamentais da pessoa.

No crime de constrangimento ilegal, o bem jurídico de tutela penal é a liberdade pessoal, por isso, o tipo pretende punir tal violação. No entanto, a exceção contida no inciso primeiro, do parágrafo terceiro do artigo 146, permite a violação da individualidade, entendendo legítima a conduta do profissional médico neste sentido. Diante de tal embaraço, parece esclarecedora a ideia de Roxin: O bem jurídico deve distinguir-se do objeto concreto que é a ação.²⁸⁸ Não raras vezes é possível verificar que o objeto da ação coincide com o objeto do bem jurídico, como por exemplo, nos crimes de homicídio, em que a vida humana é tanto o objeto da agressão, quanto do bem jurídico protegido. No entanto, essa combinação ou confusão é apenas aparente, uma vez que o objeto da ação é a pessoa, que tem seu modo de vida particular agredido, enquanto o bem jurídico protegido é a vida humana em todas as suas extensões.²⁸⁹

Ainda que seja possível encontrar fundamentações que legitimam a conduta interventiva do médico, conforme já referido, esta norma penal, embora existente no ordenamento, vem em desacordo à Ordem Constitucional, e por isso, há de ser revista. Bem assim, é o entendimento Jescheck/Weigend:

O injusto não pode converter-se em justo pelo mero fato de revestir forma de lei. A lei penal e sua aplicação não só devem cumprir com os princípios jurídicos de caráter formal, como também manter uma

²⁸⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I*, 2. Edición. Alemana . Madrid: Civitas, 1997. p. 24. Importante citar o exemplos do autor, pois são esclarecedores: Así p. ej., em la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado em el caso concreto. El objeto de la acción em el hurto es la cosa ajena subtraída, y el bien jurídico protegido, la propiedad y la posesión.

²⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I*. p. 63.

correspondência com as exigências de Justiça que se encontram condensadas no princípio material de Estado de Direito.²⁹⁰

Dito isso, a revisão da exceção contida no tipo em questão é necessária, e deve ser realizada, partindo-se de uma interpretação conjunta com a Constituição e seus princípios basilares, que conferem garantias ao indivíduo.

Na concepção de Warat, a interpretação da lei e o senso comum teórico dos juristas pressupõem antever que o mundo não tem nenhuma distância em suas versões. Faz-se então necessário admitir que os significados formam um texto que não se extrai da consciência ou da realidade, senão da própria circulação discursiva: “Desta forma, precisamos admitir a existência de um princípio de intertextualidade, pelo qual aprendemos que o sentido de um texto depende de sua própria história, e esta do diálogo surdo com os outros textos de uma cultura”.²⁹¹

Nesse contexto, refere o autor que, de um modo geral, os juristas contam com uma arma poderosa e, no entanto, assimilam pequenas proporções de saber. Tais fragmentos do saber, não raro, são apanhados de sentidos oriundos dos discursos dos outros, formando elos frágeis que compõem uma minoria do Direito à disposição do Poder. Por meio desse processo é produzida uma linguagem reativa, mas não palpável: “O senso comum teórico dos juristas no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder”.²⁹²

Sobre a plausibilidade e os limites das verdades jurídicas, consigna o autor:

[...] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam as verdades. O senso

²⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial. 2002, p. 134.

²⁹¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 14.

²⁹² *Ibid.*, p. 15.

comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.²⁹³

A necessária revisão da exceção contida no crime de constrangimento ilegal, aberta no inciso primeiro do terceiro parágrafo, compreende, em primeiro plano, uma adequação aos fins pretendidos pelo legislador, a quando redigiu o artigo, em relação às consagradas garantias constitucionais conferidas ao indivíduo. Esta adequação busca reafirmar a essência do modelo de Estado que nos é garantido, pois, do contrário, estaríamos falando de um Estado utópico, de acordo com a crítica de Warat: “Fala-se do Estado de Direito como garantia para o homem, de modo a permitir que uma sociedade possa sonhar com o que não tem e possa falar da democracia, vivendo numa forma social cada vez mais totalitária”.²⁹⁴

Para que a lei cumpra com sua função garantidora no Estado Democrático de Direito é inconcebível que um dispositivo do Código Penal (§ 3º, inciso I, do artigo 146 – uma das exceções contida no crime de constrangimento ilegal) constitua impedimento na concretização de um direito fundamental, afirmado na Carta Política, que tem por escopo assegurar as liberdades individuais e religiosas.

Nesse sentido, é oportuno complementar com a ideias de Warat, quando afirma que a lei pretende justificar-se por sua função de garantia contra as violências ilegítimas ressaltando a imagem de um reinado abstrato, neutro e universal, enquanto os saberes comuns do Direito e o senso comum teórico dos juristas são deslocados para o território das abstrações perfeitas, em que as necessidades são negadas pelas relações de dominação”.²⁹⁵

A exceção contida no crime de constrangimento ilegal está a demonstrar que o Estado, ao excepcionar a regra, não observou os limites procedimentais do próprio sistema.

²⁹³ Ibid., p. 15.

²⁹⁴ Ibid., p. 22.

²⁹⁵ Ibid., p. 22. Nesse ponto, o autor emite seu posicionamento: “Do meu ponto de vista, as crenças sobre o Estado de Direito podem configurar uma utopia perfeita que tem para o povo e, principalmente, para os juristas do ofício jurídico, uma alta carga de magnetismo. Contudo, trata-se de um sonho frustrante que destrói, em muitas situações conflituosas, os espaços de instauração de uma forma social autônoma democrática”.

Sendo o Código Penal subjacente à Constituição, os tipos penais (regras) que não atentam para as normas e princípios declarados na Carta Magna são passíveis de um juízo falso. Tal máxima fica esclarecedora na transposição de Dworkin, traduzindo o direito como integridade: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.²⁹⁶

Na construção de Dworkin, no viés do Liberalismo, as liberdades das pessoas, no âmbito de abrangência das questões de cunho pessoal não admitem ser violadas, uma vez que esta teoria abriga a liberdade contra as contestações acerca de seus argumentos distributivos: “Não contemplarei as refutações moralistas ou paternalistas do liberalismo; não considerarei, por exemplo, o argumento de que se deve abolir a liberdade religiosa para garantir a salvação de todos”.²⁹⁷

Conforme referimos em linhas anteriores, a própria exposição de motivos da parte Especial do Código Penal Brasileiro, justifica que os crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais têm seu mais correto lugar junto ao capítulo que trata dos crimes contra a pessoa, e por isso, assim foram distribuídos no Diploma Penal, com a reforma parcial de 1940. Por tais motivos, a forma invasiva com a qual o Estado adentra na vida privada do indivíduo, permitindo exceção no tipo penal, legitimando a intervenção médica, mesmo contra a vontade do paciente, ao fundamentar que sendo este um mal menor, comparado ao mal maior, que seria a perda da vida do ofendido, a pretensão da conduta médica assim estaria legitimada. Com efeito, tais fundamentos se apresentam um tanto distantes do próprio bem jurídico tutelado no *caput* do artigo, e, principalmente, porque o próprio Estado impede que o indivíduo possa concretizar seu direito fundamental à liberdade religiosa.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 157-158.

Num viés sistemático-técnico, a conduta médica encontra legitimidade na dogmática, pelos institutos da excludente da ilicitude e da culpabilidade. No entanto, o conflito maior reside na ordem legal do Estado, ao permitir que uma regra infraconstitucional desdiga o pano de fundo das normas e princípios constitucionais.

Necessário, pois, com amparo nas ideias de Dworkin, situar o verdadeiro lugar da liberdade na ordem legal dum Estado Constitucional:

Se a liberdade fosse valiosa do modo como as pessoas acham que a arte é valiosa, por si só, sem que se contemple o impacto resultante sobre quem dela desfruta, conseguiríamos entender, senão aprovar, a tese de que a liberdade tem tamanha importância metafísica que deva ser protegida, sejam quais forem as conseqüências para as pessoas.²⁹⁸

Com relação à igualdade distributiva, o referido autor entende que, a partir desse critério, não é qualquer liberdade que pode ser considerada importante no âmbito da moralidade, e que por tais motivos deve seguir outro caminho, menos convencional, e não pela afirmação de que a liberdade tem maior relevo que a igualdade. Sendo assim, tal critério deve demonstrar que essas duas formas de liberdade (liberdade e igualdade) importam proteção sob o critério de sua melhor definição da igualdade distributiva, como por exemplo, ao não se levar em consideração a distribuição de propriedades na sociedade, que trata o cidadão com igualdade, no entanto, em circunstâncias distintas.²⁹⁹

O entendimento do autor com relação ao critério distributivo que atribui à liberdade é compreensível, ao pé da analogia entre a igualdade de bem estar:

²⁹⁸ Ibid., p. 159. Complementa o autor: “Mas a liberdade só nos parece valiosa devido às conseqüências que pensamos acarretar para as pessoas: achamos que a vida levada em circunstâncias de liberdade é melhor simplesmente por esse motivo. Será mesmo mais importante que a liberdade de algumas pessoas seja protegida para melhorar a vida que essas pessoas levam, do que outras pessoas, que já estão na pior situação, disponham dos diversos recursos e de outras oportunidades de que elas precisam para levar uma vida decente? Talvez o dogmatismo seja tentador: declarar nossa intuição de que a liberdade é um valor fundamental que não se deve sacrificar à igualdade, e afirmar que não é preciso dizer mais nada. Mas isso é por demais superficial e insensível. E a liberdade tem importância transcendente, deveríamos estar aptos a dizer algo, pelo menos, que a justificasse”.

²⁹⁹ Ibid., p. 159.

A igualdade de bem-estar compreendida como satisfação de gostos e preferências, por exemplo, define a distribuição igualitária como aquela em que as preferências das pessoas são igualmente satisfeitas, e já que é uma questão contingente o quanto as pessoas preferem a liberdade a outros recursos que poderiam sacrificar para garanti-la, parece duvidoso que proteger as liberdades moralmente importantes sempre se justifique como melhoria da igualdade de bem estar.³⁰⁰

Liberdade, igualdade, bem estar - palavras que se relacionam diretamente com o tema proposto. A exceção contida no crime de constrangimento ilegal é, por parte do Estado, uma invasão na individualidade da pessoa, ao restringir sua liberdade, em especial no exercício da religião.

A igualdade fica em desvantagem, pois os adeptos da religião Testemunhas de Jeová, possuem em suas escrituras uma regra que os impede de trocar seu sangue, que é original, concebido por Deus; ao trocá-lo, não mais será Seu testemunho. Comparada às demais religiões, a das Testemunhas de Jeová fica prejudicada, pois é a única doutrina em que há a exigência de o seguidor permanecer purificado (nunca trocar o sangue). Observa-se, então, a importância das questões de moralidade, uma vez que a ordem legal do Estado Constitucional se ocupou de afastar o fundamentalismo religioso, justamente para impedir que a moralidade de uma maioria acerca das confissões religiosas pudesse impor uma religião como sendo a oficial, ou ainda, excluir as minorias praticantes de outras confissões.

Na simetria lançada por Hannah Arendt, “os homens acreditam ser livres simplesmente porque são conscientes de suas ações, sem ter consciência das causas pelas quais estas ações são determinadas. Assim, os homens são subjetivamente livres e objetivamente assujeitados”.³⁰¹

Importante é a inovação de Albuquerque e Souza, ao identificar uma liberdade imanente, da mesma forma que é a liberdade religiosa. Para o autor, a liberdade do homem se identifica com a essência mais valiosa do ser, e, por isso mesmo, espiritualmente

³⁰⁰ Ibid., p. 160.

³⁰¹ ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Tradução de Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida, Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, 2. v. p. 204.

inviolável. O autor atribui à liberdade um elemento indispensável: a observância de seu sentido espiritual imanente, próprio do ser, onde a liberdade seja vista no ser como interioridade, por sua vez relativa, em comparação ao que venha a ser considerado moralmente incorreto para alguns, o que significa tratar da liberdade com a devida responsabilidade. Esclarece o autor: “A liberdade também exige a possibilidade de sermos nós próprios, de acordo com as nossas convicções, ideias e sentimentos; a liberdade tem a ver com algo que está em nós”.³⁰²

A liberdade é uma condição inerente ao ser humano, incumbindo ao Direito o dever de dar-lhe tratamento jurídico próximo dessa condicionante: “O inquirir-se pela existência da liberdade origina-se no sujeito que quer que ela surja, aconteça. Mas a incorreção e a imoralidade não podem gozar de proteção dada às ações livres, caindo-se no campo do (anti) livre, do puro arbítrio, com um tratamento jurídico radicalmente diferenciado”.³⁰³

Da mesma forma que a liberdade, a espiritualidade é uma condição inerente ao ser humano:

O modo como o ser humano se caracteriza e como se manifesta da maneira mais distinta e marcante é a espiritual. Na transcendência espiritual, nós vivenciamos a dualidade ou tensão entre o corpo e a psique, entre o corpo, a psique e o espírito, entre a natureza e a cultura, entre uma cultura real e as utopias, entre o particular e o universal, entre o que somos e fazemos sem nossa escolha e o que fizemos em liberdade, entre o que somos e o que podemos, devemos ou queremos ser.³⁰⁴

De forma peculiar e ao mesmo tempo singela, o autor define a magnitude da crença na vida do homem, pois, a partir dela o ser passa a questionar: “Como é possível o ser humano apresentar-se nessa polaridade?” É que o ser humano é dotado de um poder nato de objetivar a si mesmo e ao mundo que o circunda, o que o distingue de tudo que o cerca,

³⁰² ALBUQUERQUE E SOUZA, Nuno José. *A liberdade e o Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*. III. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial, 1984, p. 243.

³⁰³ Ibid., p. 244.

³⁰⁴ WALLAUER, Erno. *Uma Condição Humana Básica: Imanência e Transcendência, Enraizamento e Desenraizamento do ser Humano*. São Leopoldo:Gráfica Calábria, 2005, pp. 69-70.

geográfica e fisicamente, podendo distanciar-se de si mesmo, pela imaginação. Também através da imaginação, o ser passa a imaginar e criar a sua pessoa e suas extensões, como a sociedade e a cultura, dispondo também de uma capacidade individual e coletiva de influenciar todos esses elementos, a fim de dar vida aos conceitos criados pelo próprio ser, nos moldes de seus valores e projetos. Todo esse empenho do homem é dirigido de acordo com o sentido daquilo em que crê.³⁰⁵

A grande incitação do Direito Penal enquanto ciência de sua época é encontrar alternativas à criminalidade, observando-se os estritos limites constitucionais dos princípios da legalidade e da isonomia, indispensáveis à observância dos direitos fundamentais, conforme construção de Hassemer:

[...] é dever das ciências penais refletir alternativas ao direito penal. Não é de maneira alguma pacífico – aliás, não é nem sequer discutido abertamente – que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo direito penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social, do modo aqui exposto. É certo que o direito penal tradicional continuará sempre tendo com que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro.

Aqui não vejo ensejo para se falar em modernização. Nesse campo nuclear do direito penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os Direitos Fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados.³⁰⁶

Assim, é inconcebível que o Estado se valha do Direito Penal para limitar a liberdade individual impedindo o exercício de determinada confissão religiosa. Diante disso, a exceção contida no crime de constrangimento ilegal comporta uma revisão, ao vir ao desencontro dos valores que reconhecem a liberdade pessoal, e ainda, por preterir a proteção de um bem jurídico a outro. Essa suposta troca, que legitima o cometimento de um mal para evitar outro maior, é uma prática que não se coaduna com um Estado Constitucional.

³⁰⁵ Ibid., p. 70.

³⁰⁶ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Estudos MP, 1ª edição, 1993, p. 59.

Sobre isso, o estudo de Copetti cumpre com a finalidade de demonstrar a verdadeira tarefa constitucional, no devir histórico evolutivo, que somou percepções de democracia e Direito Penal. O papel da Constituição representa um ponto de referência essencial, uma vez que o processo de transformação da política, dos fundamentos jurídicos e da própria conformação cultural, com base nos princípios positivos do Direito Penal, assimilou, de forma inarredável, os reflexos desse processo civilizatório, exigindo a estruturação de barreiras ao Estado, por meio de princípios normativos axiológicos, capazes de reestruturar os direitos fundamentais, com a previsão de tutelas concretas a partir do Direito constitucional.³⁰⁷

Diante de tal dinâmica axiológica, a teoria do delito deve observar com cautela a concepção de indisponibilidade do bem da vida, eis que o processo civilizatório exige uma nova concepção do bem vida, tendo em vista os direitos concorrentes, que tutelam todas as extensões da vida do homem.

Assim, a questão de sopesar o bem jurídico em perigo, no caso de transfusão de sangue em adeptos da religião Testemunhas de Jeová, sem o consentimento do ofendido, não é a melhor nem a mais correta forma de solucionar o conflito. A proporção de perigo que ameaça o bem jurídico e a proporção de proteção pretendida com o tipo, também devem manter certo equilíbrio. Na concepção de Sternberg-Lieben, quanto menos concreta seja a prova de perigo que se considere necessária para autorizar a intervenção por meio do Direito Penal, tanto maior será a possibilidade de que um perigo aparente se justifique para ser tipificado. Tal proibição aparente não vem orientada de acordo com os princípios da proteção de bens jurídicos concretos. Realizada a intervenção, corre-se o risco de que o Direito Penal seja utilizado de maneira ilegítima, uma vez que irá, de forma coercitiva, criar valores ao em vez de servir como instrumento de proteção aos valores já existentes.³⁰⁸

³⁰⁷ COPETTI, André. *Direito, Estado e Democracia. Entre a (in) efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n.º. 4, 2006, pp. 39-40..

³⁰⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien Jurídico, Proporcionalidad y libertad del Legislador Penal. La teoria del bien jurídico*. Org. Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 115.

A intervenção do Direito Penal somente pode estar justificada a partir de um cálculo que avalie o custo/benefício da utilização dele enquanto instrumento de coação. Silva Sánchez sugere que o melhor método para este cálculo é por meio da dogmática da teoria do delito.

Em parte, a teoria do delito tende a ser criada a partir de perspectivas teleológicas, amplamente propícias para atender o requisito da eficiência. Num segundo momento, a vinculação entre as instituições de Direito Penal e a averiguação de eficiência econômica se tornam suficientemente claras nesse momento da história, em que expectativas muito variadas são consideradas na construção de um Direito Penal que tenha por base o método dirigido às ciências sociais.³⁰⁹

O Direito Penal é essencialmente um sistema de proteção acessória de bens jurídicos, e esses princípios subsidiários de *ultima ratio* indicam inevitavelmente a informação de eficiência. Para Silva Sanchez: “O Direito Penal tem por um lado a finalidade de prevenir delitos e reações informais da sociedade, sempre na crença de que os instrumentos jurídico-penais vão gerar um custo inferior do que o correspondente a tais delitos e reações informais”.³¹⁰ Prossegue o autor, no entendimento de que o Direito Penal tem ainda a função ou missão de atenuar a violência cometida pelo próprio Estado contra o indivíduo.³¹¹

Assim, a proteção dos bens jurídicos desempenha um papel limitador do poder intervencionista estatal. O bem jurídico é um freio ao Poder Legislativo pois, na tipificação de condutas, toca ao operador, além de verificar a precisão e o cabimento do direito de última *ratio* para proteção de determinado bem jurídico, também o dever de auferir em

³⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 4.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 57.

³¹¹ *Ibid.*, p. 57.

que proporção esse bem jurídico merece a proteção penal. Roxin define que é na parte especial do Código Penal que o conceito de bem jurídico é posto à prova.³¹²

A proteção que envolve o bem da vida não é absoluta; existem bens jurídicos que a integram, como por exemplo, a dignidade. Para Yarochevski, “A dignidade da pessoa constitui um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direitos conforme dispõe a própria Constituição Federal. E é em razão desta dignidade que o Direito não pode considerar o ser humano apenas um ser vivo e desprezar sua condição de pessoa com obrigações, mas, antes, com direitos”.³¹³

Diante de tal premissa, a inconformidade da regra penal ventilada necessita de uma adequação, face aos princípios e normas afirmados na Constituição Federal. A exceção contida no crime de constrangimento ilegal demonstra que o Direito, incluindo-se o Direito Penal, não pode privilegiar a vida humana, exclusivamente, no seu aspecto biológico, desprezando a qualidade de vida do homem, observados todos os elementos que compõem uma vida digna.

O ser humano se amolda de acordo com elementos que vão além da conformação biológica; assim, a admissão do critério qualidade de vida, significa reconhecer não apenas o bem da vida, mas este somado à pessoa. O crime de constrangimento ilegal está classificado no capítulo que se ocupa dos crimes contra a pessoa, e tem como bem jurídico tutelado a liberdade individual. A exceção contida no parágrafo terceiro, entretanto, põe em cheque um dos elementos que integram a formação do ser, sua espiritualidade, a ponte de comunicação do homem com o Ser Supremo.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoria del delito*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2. ed. Barcelona: Civitas, 2003, pp. 58-59.

³¹³ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Nova Perspectiva para a Proteção Penal da Vida Humana. Direito Penal Contemporâneo*. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Coordenação de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 331.

Desse modo, em pleno século XXI, a vida humana não pode ser protegida apenas em suas propriedades biológicas.³¹⁴ É nesse plano que a exceção do inciso primeiro do parágrafo terceiro do crime de constrangimento ilegal não se torna uma pretensão legítima, quando ausente de consentimento do ofendido, sob o argumento de que a conduta médica ao cometer um mal menor justifica-se necessária para evitar um maior. De igual sorte, o que está em questão não é a legitimidade da conduta médica, uma vez justificada nas excludentes da ilicitude e da culpabilidade. O médico deve se ocupar de salvar vidas, e quanto a isso não impera nenhuma dúvida.

A complexidade paira na existência da regra Penal que não observa as normas e os princípios Constitucionais. A adequação, cuja necessidade se pretende explicitar, é nesse sentido: a Constituição afirma a liberdade religiosa, e o Código Penal restringe.

Ao Estado cabe o dever de proteger o indivíduo, e esse abrange a vida humana como direito fundamental inviolável. A ação em defesa da pessoa e de sua dignidade frente aos poderes estatais constitui a primeira função dos direitos fundamentais.³¹⁵ A partir daí, percebemos por que o crime de constrangimento ilegal, segundo a exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal justificou o deslocamento do tipo para o capítulo que versa sobre os crimes contra a pessoa, pois o bem jurídico tutelado no crime de constrangimento ilegal compreende o indivíduo, sua dignidade e a defesa desta perante o Estado, compreende também sua qualidade de vida, sua liberdade individual e também religiosa.

Diante de tais premissas, a exceção contida no crime de constrangimento ilegal e nos conflitos em casos de procedimento de transfusão de sangue em pacientes que se negam ao mesmo por culto religioso representa uma restrição ao exercício da liberdade religiosa, na confissão das Testemunhas de Jeová. Por isso, é importante considerar que o direito à vida, conforme contemplado na Constituição é, necessariamente, o terreno que

³¹⁴ Ibid., p. 332.

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 407-408.

oferece a melhor compreensão para uma forma inclusiva, na interpretação de valores afins: dignidade humana e liberdade de consciência.

3.2.3 A questão do consentimento do ofendido.

No crime de constrangimento ilegal, o bem jurídico tutelado é a liberdade individual, ou seja, a liberdade pessoal de autodeterminação³¹⁶ da vontade e da ação.³¹⁷ Contudo, o tipo aponta uma exceção, o § 3º, inciso I, o qual se questiona na presente pesquisa, com relação à adequação do tipo à ordem constitucional, a partir da teoria do bem jurídico e da própria função do Direito Penal.

Na exceção, a ausência de consentimento válido do paciente ou de seu representante legal, exclui a ilicitude da conduta do médico, pelo estado de necessidade em virtude da importância do bem jurídico em perigo. Por isso, o propósito de abordar um modelo que

³¹⁶ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 147-148. Sobre a nomenclatura do tipo e concepções de liberdade e constrangimento: “o constrangimento ilegal liga-se historicamente com o *crimen vis privatae* dos romanos; mas, como forma delituosa genérica pela qual a liberdade pessoal, interesse tutelável por si mesmo, é passível de violação, traduz uma noção jurídico-penal relativamente moderna. No direito romano, pode dizer-se que, salvo casos especiais, não se encontra perfilado o crime de que ora se trata, embora não deixasse de ser considerada antijurídica a subjugação da vontade alheia pelo medo como resultado da violência (disse o pretor: não aprovarei o que for feito por medo). O que se tinha em vista, porém não era, propriamente, a tutela da liberdade em si mesma, mas a reprovação da violência na consecução de qualquer escopo. O direito intermediário foi também estranho à concepção da liberdade como interesse merecedor, por si só, da proteção penal. Ao invés dela, falava-se em paz pública, persistindo a confusão romana entre vis publica e vis privada. Com a filosofia do direito natural, inspiradora da Revolução Francesa, é que se esboçou a idéia de liberdade como interesse tutelável independentemente de qualquer outro. No Brasil, esse princípio de liberdade foi acolhido na Constituição do Império (1824) e reproduzido pelas Constituições republicanas de 1891 e 1934. A Constituição de 1946 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade (art. 141, caput), a liberdade de agir ou não agir, sem outras restrições que as prescritas em lei. Foi na doutrina penal alemã que passou a ser devidamente conceituado, como tipo genérico de crime contra a liberdade pessoal, o constrangimento imposto à formação e atuação da vontade individual (liberdade psíquica e liberdade física). Tittmann, um dos corifeus da reforma do direito penal alemão, foi o primeiro a dar a essa figura criminal o nome de Notigung, (que em português, significa, precisamente, constrangimento), em substituição à antiga expressão Gewalttatigkeit (que correspondia ao latim vis), ao mesmo tempo que assim fixava, nitidamente, a sua noção: “ilícito constrangimento de alguém para uma ação ou atitude contrária à sua vontade. O nosso código de 1830 já classificava entre os crimes contra a liberdade individual. O Código de 1890 incluía o mesmo fato entre os crimes contra a liberdade pessoal. No entanto, somente com o projeto Sá Pereira que se consagrou, na espécie, o nomen jûris constrangimento ilegal, em seu artigo 223, o projeto Alcântara, ineficaz ao sistema de rubricas, não batizava o crime em questão, previsto no seu art. 362”.

³¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina; jurisprudência selecionada; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 518.

comporte o enquadramento dogmático do consentimento implica uma análise das condições de capacidade do indivíduo em consentir.³¹⁸ Assim, para se obter o consentimento válido, os critérios a serem adotados excluem as hipóteses de incapacidade: “Com destaque para os casos óbvios de menoridade e anomalia psíquica, mas a que deverão acrescer as situações marginais próprias dos estádios terminais e irreversíveis de doença incurável”.³¹⁹

Com relação à incapacidade que advém da menoridade, não é possível que o consentimento de um terceiro seja suficiente para fundamentar a validade do consentimento de um representante perante o médico, uma vez que, com relação ao bem da vida, ninguém pode renunciá-lo e nem à saúde de um terceiro. Logo, aquele que, conscientemente, nos casos que impliquem morte ou doença de seu representado, nega consentimento a determinado procedimento empenhado em salvar a vida de um menor, assume sacrifício daqueles bens jurídicos protegidos. Consigna-se, pois, que a vida de um menor é uma exceção em relação ao consentimento válido, uma vez que não apenas o seu representante possa ter interesses nessa vida, mas também o Estado, e este, investido no dever não apenas de salvar a vida do menor, mas também de protegê-la.³²⁰

Assim, a liberdade pessoal protegida pelo Artigo não se comunica ao representante legal. A este não assiste a mesma expressão de autodeterminação individual, na incidível plenitude da sua dupla dimensão de consentir ou recusar a intervenção médica, por mais drásticas e irreversíveis que pareçam as consequências da recusa; no entanto, numa perspectiva que abranja a prática, o direito de consentir do representante implica exceções.

321

³¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 310.

³¹⁹ Ibid., p. 410. Importante consignar o exemplo a que se refere o autor: “Logo, se, por motivos de índole religiosa, AB, pais do menor C, não autorizam que este seja submetido a uma intervenção ou transfusão de sangue, necessárias segundo as *leges artis* da ciência médica para debelar uma doença ou mesmo fazer face ao perigo de morte. Perante estas constelações, não devem naturalmente desatender-se os interesses ou valores em nome dos quais, em geral, se reclama a autorização do representante legal”.

³²⁰ Ibid., p. 413.

³²¹ Ibid., p. 414.

Nos casos que envolvam menor incapaz, a recusa de consentir na transfusão de sangue manifestada pelo paciente não deve prevalecer, por ser função do Estado zelar pela vida do menor. Por isso, o consentimento necessário dos pais não se encaixa no direito de autodeterminação do próprio paciente, mas sim numa obrigação positiva: o direito/dever de assistência dos pais para com o menor.³²²

Consoante entendimento de Roxin, os critérios de validade do consentimento não se esgotam apenas na constatação da sua eficácia em excluir a ilicitude da conduta, mas também, e, principalmente, em que tais critérios venham relacionados com princípios éticos, cuja disponibilidade da lesão não acarrete dano social, critério este que também pode ser aplicado para garantia do próprio representado. Para o autor, uma vez que a lei parte do entendimento de que o direito de livre disposição sobre o corpo comporta limites de exceção, que deve ser aplicada quando, a partir de caso concreto, o fato, ainda que acompanhado de consentimento, constitua afronta aos bons costumes, o consentimento será questionável e duvidoso. Para o autor, os atos que refletem na limitação à faculdade de dispor do próprio corpo ou à liberdade geral de ação, se ditadas com a observância aos direitos que circundam o ordenamento constitucional e a lei moral, podem ser tidos como bons costumes.³²³

Sobre o peso da lei moral, o autor referido ressalta que ela não pode ser compreendida como limitadora da validade do consentimento, desde que não viole princípios éticos e não atinja direitos, cuja violação implique dano social, já que a intervenção estatal por via do Direito Penal, exige observância dos motivos de proporcionalidade, admitindo-se que tal intervenção extrema somente encontrará espaço justificável quando fora do alcance da garantia constitucional. Por isso, o autor entende que somente é possível admitir um atentado aos bons costumes sobre determinado fato, quando do ordenamento jurídico se

³²² Ibid., p. 414.

³²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoria del delito*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2ª ed. Barcelona: Civitas, 2003. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I...* p. 529.

desprende claramente sua reprovação legislativa, e, quando o fato causa redução de bens jurídicos de que seu titular não pode dispor.³²⁴

Jakobs compreende o instituto do consentimento como uma forma de exclusão do tipo, nominando a regra de “consentimento justificante”.³²⁵ Enquanto Roxin faz menção ao critério proporcionalidade, Jakobs atenta para os critérios validade ou eficácia, e ponderação.

Sobre a questão dos pressupostos de eficácia do consentimento justificante, Figueiredo Dias compreende que os casos mais questionáveis e de maior significância para o Direito Penal são os relacionados à vida e à integridade física.³²⁶ Para o autor, os critérios a serem verificados, com relação aos requisitos de eficácia do consentimento, estão classificados da seguinte forma: “o caráter pessoal e a indisponibilidade do bem jurídico lesado, a vontade séria, livre e esclarecida, que o fato não ofenda aos bons costumes”.³²⁷

Importante consignar a elementar do autor, com relação à disponibilidade do bem da vida, independente do consentimento de seu titular: “[...] **a vida** constitui um bem jurídico **absolutamente indisponível** merece concordância. Indisponível, acentue-se desde já, perante lesões provenientes de terceiros, não quando provenientes do seu próprio titular”.

³²⁸

Nos casos que envolvam indivíduo maior e capaz, o consentimento válido, livre e esclarecido é necessário sempre que o indivíduo considerar invasivo à sua liberdade individual determinado procedimento médico: “O consentimento informado é usado hoje

³²⁴ Ibid., p. 530.

³²⁵ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo, 2. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p. 523.

³²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora, 2. ed. 2007, p. 479.

³²⁷ Ibid., p. 478.

³²⁸ Ibid., p. 479. Importante referir o exemplo citado pelo autor: “o suicídio, mesmo sob a forma tentada, não constitui um ilícito típico. Já fosse – de que a vida constitui um bem jurídico indisponível resulta logo, segundo a teleologia (e o sistema) legal, da circunstância de constituir um ilícito típico punível o matar alguém, mais do que com o seu consentimento”.

pela maioria dos médicos na sua prática profissional. Significa que o paciente dá permissão prévia para qualquer procedimento invasivo ou mesmo, em alguns países, para qualquer tratamento”.³²⁹

Rotineiramente, manifestamos nossa concordância pela aceitação de determinado procedimento, mesmo um simples exame de sangue, ao qual de pronto nos dispomos e estendemos o braço. A mesma tranquilidade pode não estar presente quando o médico se depara com um paciente que necessita de imediata transfusão de sangue como único meio de salvar-lhe a vida, simultaneamente, a confissão religiosa desaprova o método. Nesse caso, a objeção de consciência exercida por motivos religiosos, contra a intervenção humana de um médico, ou a intervenção estatal, expõe um conflito entre direitos e deveres.
330

Entre os casos mais comuns de objeção de consciência, a questão que mais carece de critérios seguros para um amplo e plausível debate, são os casos de transfusão de sangue em integrantes, Testemunhas de Jeová. Heringer Júnior propõe o debate sugerindo a necessidade de ponderar os bens jurídicos relevantes a partir do caso concreto: “A ordem jurídica, é certo, não admite o sacrifício gratuito da vida. Contudo, quando outros valores, mais relevantes no caso concreto, com ela concorram, é de respeitar-se a decisão do titular, desde que isso não importe em contribuição ativa a sua morte”.³³¹

Por tais motivos, o Direito Penal é convidado a projetar-se sobre uma fenomenologia que envolva a compreensão de casos e conflitos, que exibem diferentes significados, abrangendo uma incomunicável complexidade, em que a solução mais

³²⁹ FORSTER, Nestor. *Erro Médico*. Coleção Aldus. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 38.

³³⁰ ROMEO CASABONA, Carlos M. *la objecion de Conciencia em la práxis médica*. Universidad de La Laguna. p. 72. Não obstante, esta colisão pode transcender a terceiros envolvidos na decisão, como são, fundamentalmente, o profissional da saúde que atende ao paciente, tanto por sua obrigação de trabalhar de acordo com as exigências do ordenamento jurídico quanto porque a sua vez o comportamento reclamado pelo paciente, geralmente de omissão, pode confrontar com suas próprias convicções morais, e, nesse caso, também pode se encontra envolvido o juiz, chamado para dirimir qual deve ser o comportamento adequado ao direito. Nesse caso, pode surgir situações problemáticas para o Direito Penal, ao menos aparentemente.

³³¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.83.

adequada para o enfrentamento da situação é a análise do caso concreto. Somente assim será possível uma conformidade, diante das dinâmicas construções sociais dominantes, tarefa que, inevitavelmente, sugere o questionamento acerca da coerência e legitimidade dos códigos vigentes.³³²

O instituto do consentimento relaciona-se, ainda que indiretamente, com o tema proposto; contudo, é muito mais discutido na Dogmática Penal como forma de exclusão da ilicitude (pretensão legítima), em relação à disponibilidade de bens jurídicos (questão que importa amplo debate), capacidade de quem consente, ocupando-se sempre com as questões de validade e eficácia do consentimento e suas formas de representação.

³³² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora, 2004, p. 363.

4. O DILEMA NORMATIVO–CONSTITUCIONAL ENTRE A INDISPONIBILIDADE DO BEM DA VIDA E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

4.1 Bem jurídico vida: absoluto ou relativo?

Antes mesmo do surgimento do Estado e de suas diversas concepções, o homem já convivia em forma de sociedades, ainda que rudimentares, procurando adequar as relações de ação e interação entre os indivíduos. Surge então o Direito, que de uma forma geral e primária serve ao homem como instrumento para organizar as relações humanas, e, posteriormente, vem o Estado integrá-lo. Após um longo processo de civilização e de formas de Estado, o Direito segue se articulando entre esses dois universos.

O Direito afirma sua existência desde os primeiros grupos humanos, que se compunham em forma tribal, e desconheciam formas sistemáticas para a solução dos conflitos de interesse penal. As primeiras manifestações do Direito Penal tinham a ver com a punição, ou seja, o Direito Penal era uma forma de punir condutas indesejáveis à sociedade. A sanção estava vinculada ao objetivo a ser alcançado pela punição. Tal questão envolvia, sobretudo, o indivíduo e o detentor do poder de punição.

Daí em diante, consigna-se uma ordem de fatores culturais e históricos que remonta um novo cenário para a ciência Penal. Após a Reforma que fechou as portas à Idade Média, ocorre a laicização do Direito e do Estado, seguida pelo processo de secularização. As transformações de paradigmas que inauguraram a modernidade são registradas no Direito Penal com a promoção da liberdade e da igualdade do indivíduo, descolando-se do remoto sistema inquisitório e dispondo este espaço para a máxima proteção do indivíduo contra as interposições do Estado, principiando os ensaios do garantismo³³³. Além do objetivo a ser

³³³ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 67-72. Com relação ao termo garantismo, consigna-se

alcançado pela punição de condutas indesejáveis, o Direito Penal se reafirma na função e missão de proteger bens jurídicos.

Um fenômeno que há tempos ressoa entre os dois universos - Estado e Direito - é a questão do indivíduo. Enquanto objeto do estudo de Sócrates, o homem não é apenas um ser físico, mas também metafísico. A partir dessa premissa entende-se que o homem não se relaciona somente com os outros homens, relaciona-se também e primeiramente consigo mesmo, é dotado de moral, interna e pessoal, segundo a qual afirmará sua relação com os outros homens, com o universo e com Deus.

No ser de Sócrates, além do conjunto físico-humano (a matéria), o homem é formado por sua moralidade. Diante de tal moralidade, essência do ser, o bem e o mal, a verdade e a falsidade, o certo e o errado, o amor e o ódio, a fé e a dúvida, a vida e a morte são atributos que assumem entonações no mínimo subjetivas. A partir desse caráter subjetivo dos atributos inerentes ao ser, verifica-se, no decorrer das sociedades, a relação Estado/indivíduo como dois extremos, ao menos na perspectiva de continuidade da existência de ambos. Tal fenômeno conforma-se também na atualidade, no que se refere ao entendimento do próprio ser humano diante do Estado, para o Estado, e para o próprio homem.

Sócrates morreu em defesa de sua moral: embora dispusesse da opção ao exílio, optou por morrer em defesa de suas ideias e da sua moral, diante do erro cometido pelos juízes em seu julgamento. Afirmou que, se tentasse fugir destruiria tudo o que tinha feito durante o julgamento, teria ratificado a opinião dos juízes e teria feito parecer que o

algumas observações, no que tange à compreensão de sua terminologia. “O garantismo se deve compreender, sobretudo: (a) como uma teoria de base constitucional (b) orientada à otimização dos direitos fundamentais, (c) o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização, (d) tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, (e) competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos”.

veredicto deles era justo. Ele se impôs a si mesmo e aos cidadãos, aos quais expressava: “Ficar e morrer, porque de outra forma não poderia mais conviver consigo mesmo”.³³⁴

Diante de tal enunciado, se verifica que o conflito entre Direito e moral tem antigas ressonâncias que se coadunam com o tema proposto na presente pesquisa, ao abordar, de certo modo, uma colisão entre direitos fundamentais, mas não exatamente, pois o propósito seguirá próximo ao entendimento de que a dignidade humana é um pressuposto da vida. Não há dignidade sem vida, mas também não há vida sem dignidade. E vida digna compreende a liberdade religiosa como sendo um elemento que compõe o desenvolvimento da personalidade humana, integrante da sua liberdade, e, principalmente, uma condição imanente da própria natureza humana.

Desse modo, o homem necessita de instrumentos para organizar-se em sociedade, num processo que exige grande empenho por parte do Estado e do Direito, uma vez que a sociedade apresenta altos níveis de complexidade, amplamente intensificados na contemporaneidade. No momento atual, aquele Estado forte e soberano, tal qual definido por Kelsen, a partir de uma concepção de unidade, não mais se conforma, ou seja, está se empenhando em manter um tipo de Direito e um conhecimento dele, cujo cenário ficaria mais bem representado no século XIX, ou no máximo, no início do século XX. No entendimento do autor, esse descompasso entre o modelo e forma do Direito para com o estilo da sociedade e do homem na atualidade impede significativamente as reflexões de maior peso sobre as possibilidades do Direito neste momento pós-moderno, uma vez que até então, o positivismo contemporâneo se ocupou em separar o Direito da Moral e da Política.³³⁵

³³⁴ ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução de José Wolkman. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1999, p. 57.

³³⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. Série Acadêmica. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 10. Sobre as perspectivas do Direito positivista, refere o autor, que é insistente a postulação de um ensino voltado à prática, pois isso poderia representar uma solução ao problema da definição do Direito. No entanto, ressalta o autor, que não é possível desenvolver uma prática sem antes um saber que a determine.

Em meio a esse período de transição fragmentada com relação ao Direito, que não consegue assimilar os anseios da sociedade pós-moderna, verifica-se o ponto crucial relacionado ao problema da definição do Direito e de suas aspirações diante do positivismo, uma vez que tal teoria não reconhece as questões que devem ser interrogadas considerando o modo da sociedade predominante na pós-modernidade. Essa questão é perfeitamente registrada no Ocidente, uma vez que lá, durante longo período, o modelo estabelecido foi aquele que muitos denominam modernidade. Nesse compasso, o Direito positivo ocupou-se em atender as exigências dessa modernidade em sua época, e o problema persiste justamente pelo fato de que essa forma de sociedade está se modificando em larga escala e uma de suas buscas repousa na pretensão de obter um nome próprio, a partir do qual possa ser visualizada no mundo. Sendo assim, a sociedade em formação traz em sua essência fundamentos baseados numa premissa de distinção que não pode ser diminuída pela perspectiva dialética do conhecimento.³³⁶

Diante disso, verifica-se que o positivismo jurídico, no momento pós-moderno, deixa de reconhecer os movimentos da sociedade. Essa premissa coaduna-se com a abordagem de Arnaud, no sentido de que o Estado, por ser o detentor do Direito, não está dando respostas na justa medida à esta nova sociedade, uma vez que dela não consegue abstrair os critérios de justiça, com relação ao tratamento dado à norma, no plano de sua validade e eficácia.³³⁷ Eis a representação atual à frase de Hegel: “A tarefa do filósofo é apreender o próprio tempo no conceito”. A par de tal compreensão, a tarefa primordial do Direito se encontra com a atribuição do filósofo; no entanto o positivismo obtido a partir das noções de norma suprema e validade não alcançaram os objetivos que deveriam ter atingido, e que por essa teoria foi proposto.³³⁸

³³⁶ Ibid., p. 10. Segundo entendimento do autor referido, na pós-modernidade a política passa a ter uma nova conformação, em que o na qual o Estado é ainda um dos seus grandes elementos, mas coexistindo ao lado de outras instituições tão fortes, ou mai forte que, em certas questões, principalmente econômicas. Isto quer dizer, em resumo, que nós não podemos mais manter o mesmo tipo de raciocínio jurídico, ligado somente à noção de Estado, sem com isto deixar de compreender a irrupção no cenário político de outros atores sociais, em algumas questões, até mais importante que o próprio Estado. A essa irrupção, Arnaud exemplifica as sociedade civis, como forma de organizações independentes do Estado.

³³⁷ Ibid, p. 13.

³³⁸ Ibid, p. 9.

Uma questão que se apresenta em oscilação com esse novo modelo de sociedade é a questão do individualismo que, inserido nessa nova forma, não mais comporta uma representação frente aos ditames positivistas. Assim, numa perspectiva da pós-modernidade, uma das opções plausíveis ao individualismo é que ele seja (re) nascido a partir dos pressupostos de organização, no sentido de rever o Direito como uma grande organização, que tem de suportar as conjunturas de administração para produzir suas decisões. Esse processo sugere que o Poder Judiciário seja visto como uma totalidade dirigida a determinadas alocações sociais que necessitam ser alcançadas por meio de processos finalísticos da norma.³³⁹ Surge um novo lugar ao individualismo, uma vez que nesse contexto posterior ao estado social, o individual sobrepõe-se ao coletivo. A discussão em torno de tais padrões deve ser repensada para evitar excessos do próprio individualismo.³⁴⁰ Com o ensaio apresentado, é possível estabelecer uma analogia, no sentido de aproximar a questão do poder estatal generalizado, visto como uma forma individualista de controle através do Direito, não se referindo, portanto, ao indivíduo de forma singular.

Em uma perspectiva aos impasses da pós-modernidade, a análise apresentada guarda conformidade com o tema proposto ao envolver a possibilidade de uma tomada de decisões mais eficazes, mais justas do que um indivíduo possa obter isoladamente. São as novas probabilidades que se abrem em todos os âmbitos, quando se fala em forma de organização, e não de poder centralizado, em especial com relação ao fato de ser o Estado quem produz o Direito. Também por que a abrangência desse poder e desse Direito alcança as relações tanto no seu âmbito individual, quanto no coletivo. Esse processo inaugura também um momento de repensar as compreensões do Direito e do próprio homem.

Ao longo de seu desenvolvimento, o Direito depara-se com questões diferentes, às quais tem a tarefa de dar uma resposta. Neste século, a tarefa do Direito se intensifica, tendo em vista a necessidade de encarar novas situações sociais, oriundas dos

³³⁹ Ibid., p. 11.

³⁴⁰ ESPIRITO SANTO, Gilda Lopes do. *Entre dois universos, Direito público e direito privado: convergências e antinomia*. Publicado na Revista Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 36, nº 97, maio/ago, 2003, p. 90.

descobrimientos tecnológicos e científicos de diferentes áreas de conhecimento.³⁴¹ Sendo assim, esse enfrentamento deve ter por base os direitos fundamentais afirmados nas constituições da maioria dos Estados democráticos, uma vez que tais direitos conformam os principais critérios que vão orientar a tutela de bens jurídico-penais e da dignidade humana que, não raras vezes, é definida na doutrina atual como um direito de quarta geração, com relação a sua classificação ordenada, mas de primeira magnitude, no que diz a sua essência.³⁴² A liberdade religiosa³⁴³, como já dito e fundamentado, integra a dignidade humana.

Nesse contexto, o bem da vida e a dignidade da pessoa são designações que comportam uma nova representação, consoante entendimento de Ingo Sarlet:

[...] se por vezes a filosofia se mostra blindada ao Direito (embora seja o Direito, e não a Filosofia, que acaba por definir – e decidir- qual a dignidade que será objeto de tutela do Estado e, além disso, qual a proteção que este assegura àquela), este não deve e nem pode trilhar o mesmo caminho. Tal já se justifica, entre outros fatores, pelo fato de que o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resultam justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta Dignidade.³⁴⁴

³⁴¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *A Criminalidade Genética*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

³⁴² Idem, p. 79. Com relação a dignidade humana ser considerada como um direito de quarta geração, o autor refere-se a classificação de Norberto Bobbio, nos seguintes termos: “direitos de primeira geração são os direitos individuais de liberdade e de um não agir do Estado; direitos de segunda geração são os direitos sociais; os direitos de terceira geração são os ligados a categorias heterogêneas, entre as quais se destaca o movimento ecológico, e, o de quarta geração, são os direitos relacionados às pesquisas biológicas que envolvem as manipulações do patrimônio genético humano”. Para um melhor entendimento dessa classificação, vide obra de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 2-6.

³⁴³ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e Modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996, pp. 112-15. “Se por um lado, as obras de Max Weber sobre a sociologia da religião, buscavam expressar um desencantamento do mundo, hoje, podemos dizer que o homem, desencantado com o mundo, busca a religião para se encontrar”.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 16.

A primeira impressão que se manifesta à objeção das Testemunhas de Jeová em submeterem-se à transfusão de sangue é um (pré) juízo de que o adepto está optando entre a vida ou a morte, mas não é essa a questão. O adepto quer viver, como qualquer pessoa sadia; no entanto, a consciência religiosa assume tamanha importância em sua vida, que a aceitação do procedimento da transfusão de sangue vai refletir na sua dignidade por toda existência, e até mesmo após a morte. Então, preliminarmente, consigna-se que as Testemunhas de Jeová têm apego à vida, mas, da mesma forma que Antígona e Sócrates, lhes é importante que não vivam de mal consigo mesmos (com sua consciência).

Sobre isso, é compatível a ideia de Michael Kloepfer:

O tema “vida e dignidade do homem” pode ser compreendido de diversas maneiras: Poder-se-ia apresentar, criticar e apreciar, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal em relação ao direito fundamental à vida, por um lado, e em relação à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, por outro. É bem verdade que a consideração em separado e de modo aditivo da “vida humana”, de um lado, e da “dignidade da pessoa humana”, de outro, não faria jus ao tema de maneira totalmente abrangente. Em realidade, o tema só adquire a sua tensão específica quando se trata a vida e a dignidade da pessoa humana não de forma sucessiva, mas em conjunto, com uma unidade; quando se compreende o “e” não de forma consecutiva, mas de forma conjugada.³⁴⁵

Sendo assim, a possibilidade de limitação da vida deveria trazer consigo um elemento capaz de impor limites, de acordo com a ordem jusfundamental, uma vez que o direito fundamental à vida se assujeita aos limites a ela impostos por conta da reserva legal que enuncia. Nada de desigual deveria permanecer como forma de restrição à dignidade da pessoa. Por tais motivos, a dignidade humana não comporta uma maior limitação do que a vida, e o redimensionamento desse conceito deve ser considerado, principalmente neste momento peculiar que a humanidade está vivendo.³⁴⁶

³⁴⁵ KLOEPFER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. Tradução de Rita Dostal Zanini. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 147.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 148. Importante consignar a saliência do autor, no seguinte sentido: “tanto o conceito de dignidade humana quanto o da vida evoluíram”.

A arte de viver dignamente, no entender de Giacomolli, “ultrapassa o mero existir biologicamente. Por isso, o núcleo material, o mínimo existencial da dignidade da pessoa não se restringe aos bens e às utilidades para a subsistência física”.³⁴⁷

Deve-se consignar que a presente investigação não aspira à contraposição de direitos. Em nenhum momento se estará comparando direitos ou valores, nem ao menos sugerindo a substituição ou superação de determinado direito em detrimento de outro. O estudo seguirá uma busca minuciosa, procurando identificar uma solução para o conflito identificado. De fato, o Código Penal foi instituído pelo Decreto Lei nº. 2.848, promulgado no ano 1940. Em sua lista, a liberdade pessoal é um bem jurídico penal tutelado no artigo 146. O tipo em questão traz exceções, dentre elas a contida no inciso I, do parágrafo 3º, que o presente trabalho escolheu para questionar.

O desvio à regra geral acima referida viola o bem jurídico tutelado no próprio tipo, em proporções inaceitáveis, ainda que em caráter excepcional. A exceção não observou os limites valorativos do bem protegido no tipo, pois o legislador pressupôs um caso concreto, e autorizou o profissional médico a intervir na integridade física do paciente, independente de consentimento, desde que justificado o perigo de vida. Este critério “perigo de vida” assume dimensões subjetivas, pondo em risco a segurança de uma exceção.

Na verdade, a exceção do artigo 146 do Código Penal objetivou proteger a liberdade pessoal mas elevando a vida a um degrau acima da liberdade da pessoa, elevação consignada na exceção do parágrafo 3º, inciso I, do tipo penal abordado. Percebe-se que o legislador assinalou a exceção para resguardar o bem da vida, em caso deste vir a concorrer com a liberdade pessoal. O objetivo da exceção é, pois, a prevalência do bem da vida, caso ocorra uma concorrência entre vida e liberdade pessoal. No entanto, consigna-se com o tema proposto que tal preterição em favor da vida restringe o exercício do direito fundamental à liberdade religiosa.

³⁴⁷ GICOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 10.

Com a promulgação da Constituição de 1988, tal exceção ofende um direito fundamental nela recepcionado, que tem por missão registrar a liberdade religiosa e garantir o exercício do culto. No caso das Testemunhas de Jeová, o conflito entre o bem da vida e a liberdade pessoal (pressuposto da liberdade religiosa) se confirma. Temos então uma concorrência entre a liberdade pessoal e o bem da vida na esfera penal. Num primeiro momento, é aparente o conflito, e a complexidade maior se verifica com a concorrência do direito fundamental à liberdade religiosa.

O Código Penal é subjacente à Constituição Federal, de modo que uma releitura do Diploma Penal, à luz dos direitos e garantias Constitucionais, é medida que se impõe ao operador do Direito, para concretizar a adequação da dogmática na sistemática penal, ao novo momento constitucional.

Essa situação peculiar se verifica quando os bens jurídicos vida e dignidade concorrem relacionados a um mesmo ser como, por exemplo: à pessoa não é possível continuar com uma vida digna em sua plenitude, por motivos de força maior, que não desejou, mas também não pode modificar essa condição. Nesse caso, a dignidade age em prol da renúncia à vida. Esse virtual conflito entre direitos fundamentais somente encontrará uma solução plausível e coerente na esfera de uma contida afluência entre os direitos fundamentais em choque,³⁴⁸ caso das Testemunhas de Jeová, quando conscientemente se negam a realizar a transfusão de sangue por motivos de cunho religioso. A liberdade religiosa é um direito fundamental, elemento que integra a dignidade da pessoa.

O ponto controvertido se refere à ofensa que a exceção do artigo 146 do Código Penal cria no direito fundamental à liberdade religiosa; mais que restringir a liberdade pessoal, a exceção restringe também a liberdade religiosa. Não se intenta, pois, sugerir que

³⁴⁸ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 89.

um bem jurídico tutelado se sobreponha a outro. A ambição do presente escrito é partir do que está registrado, ou seja, a exceção do dispositivo contido na lei penal – o conflito que tal exceção identifica na objeção das Testemunhas de Jeová, com relação à transfusão de sangue, e que resulta no óbice à concretização do direito fundamental de liberdade religiosa.

Não há, entretanto, inovação nos pontos lançados ao debate, uma vez que o Código Penal é subjacente à Constituição, e a releitura da teoria do bem jurídico é necessária para evitar que uma regra penal venha a violar ou contradizer os princípios que guiam a Ordem Constitucional.

Também não se pretende mensurar os bens jurídicos, a partir de seus valores, por dois motivos: por implicar em caráter eminentemente subjetivo, e por que os direitos não podem ser colocados em cheque ou contrapostos, pois se não temos livre disposição sobre eles, não podem, também, ser confrontados.

Desse modo, inviável mensurar o bem da vida e a liberdade religiosa, uma vez que ambos são bens jurídicos tutelados, portanto, não se comparam, não se equivalem e não se sobrepõem um ao outro. Ainda que na prática surja um conflito entre o bem da vida e a liberdade religiosa, como no caso das Testemunhas de Jeová, o fato concreto é que vai dar o enfoque adequado à resolução do problema. Nesse caso, a resposta mais correta é a constitucionalmente mais adequada.

O dilema que se forma a partir da proteção da vida no Código Penal, como um bem absoluto, e a exceção contida no crime de constrangimento ilegal, objeto desse escrito, sugere vários questionamentos: o primeiro consiste em estabelecer se o bem da vida deve ser considerado absoluto; o segundo em repensar a função e missão do Direito Penal, uma vez que, no caso proposto, é por meio dele que uma norma de direito fundamental é restringida.

Diante disso, importante recorrer ao entendimento de Figueiredo Dias, em cujo entendimento não constitui função do Direito Penal, nem primária, nem secundária, tutelar a virtude ou a moral: “quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social”.³⁴⁹ Na percepção do autor, já a partir da construção rudimentar de Welzel, a ocupação essencial do Direito Penal deve ser a proteção dos valores primários de consciência e de cunho ético-social, os quais a ciência penal vai assimilar por meio da inclusão dos bens jurídicos particulares. Eis a missão do Direito Penal: tutelar os bens jurídicos que os elementares valores de ação ético-sociais protegem.

350

Ao discorrer sobre a verdadeira função e tarefa do Direito Penal, tal qual se verifica na idéia de Figueiredo Dias, justificada na teoria primária edificada por Welzel, depara-se com a justificativa apoiada na seguinte fase de São Tomás de Aquino: “O legislador não se deve deixar seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito Penal todas as infrações à moral objetiva”.³⁵¹ Figueiredo dias atenta para a questão de que a premissa de São Tomás de Aquino, embora temporalmente remota, tem um sentido que pode ser facilmente assimilado na atualidade, da mesma forma que na construção da teoria welzeniana acerca da missão do Direito Penal.

Diante de tal entendimento, é possível a seguinte analogia: ao elevar o bem da vida à condição de bem absoluto, o legislador se deixou seduzir, pois considerou que a violação da vida, em todas as suas esferas, requer uma proteção incondicional e ilimitada, conforme compreendida em sua moral objetiva. No entanto, a moral subjetiva do homem, no que diz respeito a sua dignidade, liberdade pessoal e de consciência, elementos que traduzem sua dignidade, não pode ser objeto de proteção pelo Direito Penal, nos moldes da moral objetiva.

³⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

³⁵⁰ Ibid., p.59.

³⁵¹ Ibid., p.60.

Importa ainda considerar que o Direito Penal é subjacente à Constituição Federal, fato que requer uma unificação da ordem jurídica, em que a dignidade da pessoa e os princípios das normas de direito fundamental são considerados a base dessa unidade. A partir daí, a elevação do bem da vida a bem de caráter absoluto requer uma nova abordagem, que permita ao menos considerar o fato de que a personalidade, a integridade física, a liberdade de consciência e a liberdade religiosa constituem elementos da dignidade da pessoa e não podem ser limitados, sob pena de comprometerem-se no plano de validade e eficácia.

Sendo assim, circunstâncias de encontro conflitante entre direitos fundamentais se fazem cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira, tendo em vista a ampliação de abrangência e a magnitude de proteção dos direitos fundamentais asseverados pela Constituição Federal de 1988, especialmente em função da qualidade analítica do catálogo constitucional de direitos. “Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta”.³⁵² Tal qual o tema proposto.

Sarlet busca auferir sua magnitude, a partir do dimensionamento do problema:

A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.³⁵³

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 394.

³⁵³ *Ibid.*, p. 394.

Verificada a questão, a magnitude e uma possível proposta de conciliação, afastando uma solução meramente sazonal, em que um direito fundamental seja preterido em relação ao outro, verifica-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade. No entendimento de Alexy, é peculiar aos direitos fundamentais que, por vezes, sejam submetidos aos critérios de ponderação diante de casos concretos envolvendo a colisão de bens igualmente tutelados, uma vez que estes são princípios jurídicos *prima facie*. Sobre isso, refere o autor em questão: “É por meio da ponderação em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá à custa de outro.”³⁵⁴

4.1.1 Integridade física e moral como consequência do culto religioso

O bem integridade física³⁵⁵ é, ao lado do bem vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. O direito à integridade é a faculdade conferida pelo sistema jurídico para conservar-se íntegro e perfeito, desenvolvendo-se normalmente, sem sofrer qualquer diminuição.

Por isso, o Direito, que tutela um bem dessa magnitude, como é o bem vida, no que diz a sua natureza, tem lugar dentre os direitos essenciais e inatos.³⁵⁶ Nessa conformação de Adriano de Cupis, verifica-se que a integridade física é uma das formas do direito geral de personalidade da pessoa, pois se é essencial e inato, nasce com o indivíduo e integra a sua natureza.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3 reimpressão. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82.

³⁵⁵ CURVO LEITE, Rita de Cássia. *Transplantes de órgãos e Tecidos e Direitos da Personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 67. O termo integridade física segue definido pela autora em questão, nos seguintes termos: “integridade, que significa inteireza, completude ou perfeição, vem a ser a qualidade daquilo que é íntegro, não tocado, completo, o que não sofreu diminuição e é suscetível de conservar-se perfeito, acabado, ou de desenvolver-se normalmente, porque está ileso”.

³⁵⁶ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos de Personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 69.

Nesse contexto, a proteção à incolumidade física conquistou a tutela legal, tanto na esfera do Direito Penal, e neste, num primeiro momento, pelo afastamento das penas como forma de vingança privada, penas cruéis, características do modelo inquisitivo. Num segundo momento, a integridade física tutelada na seara penal, ganha aparência de tutela e de garantia penal e processual, pela proibição de tratamento desumano ou degradante, pelo repúdio à prática da tortura.

Diante disso, no ordenamento constitucional de hoje, a integridade física vem introduzida como um dos pressupostos da realização dos objetivos da sociedade, encontrando abrigo no art. 5º, inciso III, sob formas com pretensão de extinguir do sistema repressivo a tortura, as penas cruéis e o tratamento desumano ou degradante. Tais objetivos se mostram suficientemente claros na Constituição, em especial nos valores que representam a integridade física.³⁵⁷ Esse objetivo também é vislumbrado no Direito que regula as áreas médicas e técnicas, e, nesse terreno de incidência dos valores da integridade física do homem, não poderia ser de outra forma.³⁵⁸

No caso abordado no presente trabalho, podemos, pois, considerar que o constrangimento a que são submetidas as Testemunhas de Jeová, ao realizar a transfusão de sangue, independente de consentimento, viola-lhes a integridade física. Segundo Rita de Cássia Curvo Leite, o corpo é considerado um bem que integra os direitos gerais de personalidade, além de sua inviolabilidade constituir também a integridade física; logo, ambas as proteções devem ser objeto de tutela pelo Direito. No entendimento da autora, a integridade do corpo compõe o direito da personalidade, na medida em que o aspecto exterior de alguém, é-lhe essencial, pois sem ele não o ser não adquire vida, no mundo

³⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, 1ª ed. São Paulo: Forense, 1989, pp. 71-72.

³⁵⁸ BRASIL, Resolução nº 1.246 de 08 de janeiro de 1988. *Código de Ética Médica*. Artigos 49 e 50 ser vedado ao médico a prática de qualquer ato atentatório à incolumidade física do ser humano. Art. 49. É defeso ao médico participar da prática de tortura, ou outras formas de procedimento degradantes, desumanas ou cruéis, ser conivente com tais práticas e não as denunciar quando delas tiver conhecimento; Art. 50. É proibido ao médico fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que facilitem a prática de tortura ou outras formas de procedimento degradantes, desumanas ou cruéis, em relação à pessoa”; “Art. 53. É vedado ao médico desrespeitar o interesse e a integridade do paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade.

físico e no mundo jurídico. O corpo humano, na completude de todos os órgãos que o estruturam, representa a integridade física de uma pessoa.³⁵⁹

Na certeza religiosa das Testemunhas de Jeová, é no sangue que se encontra a vida, ou seja, é no sangue de cada pessoa que está a vida concebida pelo Deus Jeová, e também a vida eterna (uma expectativa de vida além da matéria), por isso, a troca de sangue compreende, na consciência religiosa do adepto, sua exclusão do reino do Deus Jeová, e, conseqüentemente, o perecimento de sua alma por toda a eternidade, eis que usurpou a vida de outrem, ao inserir o sangue dessa pessoa em seu corpo.

É complexa a interpretação dada à Escritura Sagrada pelas Testemunhas de Jeová; no entanto, isso faz farte do exercício do culto, segundo suas convicções religiosas. Consigna-se que, mesmo se apresentando de forma complexa, a liberdade religiosa é um direito humano, reafirmado na Constituição Brasileira vigente, na condição de um direito fundamental. Por esse motivo, ainda que complexa, deve ser respeitada de tal forma que, mesmo minorias tais como as Testemunhas de Jeová, não possam sofrer exclusão desse gênero.

Referimos que o constrangimento imposto às Testemunhas de Jeová, mediante alvará judicial autorizando a transfusão de sangue, sem o consentimento do paciente, implica, além de violação à integridade física dessa pessoa, também e principalmente, à integridade moral.

A religião é uma condição imanente, inata de cada ser humano, motivo pelo qual foi afirmado o direito à liberdade religiosa. Uma vez que o Estado impõe ao indivíduo a realização de determinado procedimento em seu corpo, mesmo sendo tal prática considerada uma afronta gravíssima a sua confissão religiosa, que implica inclusive banimento da comunidade religiosa e da família e privação do convívio entre os seus,

³⁵⁹ CURVO LEITE, Rita de Cássia. *Transplantes de órgãos e Tecidos e Direitos da Personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pp. 76-77.

dúvidas pairam se o Estado está incorrendo ou não na violação da integridade física e moral do indivíduo.

Cumprе ressaltar que o Estado, para evitar cometer os mesmos erros das Constituições anteriores (que reconheciam a liberdade religiosa, mas não garantiam a prática do culto, ou então, prescreviam que ela deveria se restringir à esfera domiciliar), estabeleceu de forma suficientemente clara na Constituição vigente que a liberdade religiosa compreende a liberdade de consciência para a sua escolha, sendo assegurado o seu livre exercício e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias (art. 5º, VI, da Constituição).

Assim, as imposições por parte do Estado que implicam violação a tais garantias do cidadão significam comprometimento à sua integridade física e moral, que é constrangido a agir de forma não recomendada por sua confissão religiosa, e constituem também afrontamento aos pressupostos que garantem a prática dessa mesma liberdade, uma vez que impedem seu culto, ou pior ainda, promovem sua violação.

4.2 Princípio da proporcionalidade

Ao adentrar nesse ponto, tendo em vista a natureza do tema proposto, importante consignar o entendimento de Dworkin, no seguinte sentido:

Enquanto a proteção do homem formar a base do objetivo do Direito na sociedade, a interpretação da conduta humana não pode ser entendida como haveres, sob pena de perda do objeto à ciência do direito. Caso abandonasse esse tipo de defesa, o Direito trataria as pessoas como meios e não como fins.³⁶⁰

Em se tratando da contrariedade de uma norma distante da ordem Constitucional, considera-se primordial o princípio da proporcionalidade, como instrumento necessário

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 18.

para dar efetividade aos princípios da Constituição. No entendimento de Haberle, a aplicação do princípio da proporcionalidade é importante, uma vez que a hermenêutica dos princípios constitucionais vincula os demais, ao passo que a submissão deles aos critérios da proporcionalidade serve de liame entre a norma e a Constituição. Sendo assim, com a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou aberta terá espaço para ser representada, uma vez que, para essa sociedade e para o Estado, esse é o papel da Constituição. Assim, verifica-se no desenvolvimento da presente pesquisa, na qual o princípio da proporcionalidade serve de liame entre as normas que não se coadunam com os princípios que fundam a conformação de um Estado Constitucional.³⁶¹

Nesse mesmo sentido, a força da norma constitucional se verifica também no entendimento de Hesse: “É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática”.³⁶² Mesmo investida de determinado poder ou supremacia normativa da Constituição, verifica-se frequentemente a inconformidade na sua interpretação, e, conseqüentemente, na concretização desses direitos fundamentais, circunstância em que a submissão dos critérios da proporcionalidade pode vir a contribuir para uma solução constitucionalmente adequada.

Essa dinâmica jurídica, que requer a aplicação do princípio da proporcionalidade, deve-se ao fato de possuímos uma gama de legislação que acomoda normas precedentes às reconhecidas na Constituição. Sobre isso, Habermas transcende a mesma preocupação, uma vez que, referindo-se aos direitos fundamentais, assim estabelece: “Os direitos fundamentais são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional

³⁶¹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 45.

³⁶² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 4-10.

ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos”.³⁶³ Por tais motivos, o princípio da proporcionalidade é um instrumento decisivo a ser utilizado na interpretação de normas cronológica e temporalmente anteriores às afirmadas na Constituição.

Tal premissa não é tão básica quanto demonstra, pois a sociedade vem demonstrando gradualmente maior grau de complexidade, o que enseja um redimensionamento também na complexidade da proteção do homem e de seus interesses na sociedade. Por isso, a partir de uma ordem jurídica que considera a unidade do sistema à luz da Constituição, o princípio da proporcionalidade assume seu lugar nessa ordem, o que se percebe no entendimento de Steinmetz:

O princípio da proporcionalidade ocupa posição de evidência no Direito Constitucional contemporâneo. Tornou-se, no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanescentes e colisão, um princípio ou postulado de máxima importância, talvez o mais importante.³⁶⁴

Essa mesma sociedade, ao longo da história, cria instituições que a regulam e a registram no tempo. Nesse sentido, Baremlitt prescreve que a sociedade é uma instituição, composta de instituições. Por sua vez, o institucionalismo tem uma concepção própria do que é a sociedade e do que é história: “A Sociedade como forma organizada de associação humana e a História como o dever da Sociedade no tempo”.³⁶⁵

Segundo a classificação construída por Baremlitt, dúvidas não pairam com relação ao fato de ser a sociedade uma instituição social, prosseguindo o autor: “[...] e, instituições são árvores lógicas que regulam as atividades humanas, indicando o que é proibido, o que é permitido e o que é indiferente”. Essas instituições que integram a instituição mãe, qual seja, a sociedade como um todo, estabelecem suas normas segundo o grau de objetivação e formalização de cada uma dessas micro instituições, de forma expressa em Leis ou

³⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 241.

³⁶⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

³⁶⁵ BAREMLITT, Gregório F. *Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992, p. 27.

princípios.³⁶⁶ Em um plano formal, nas palavras do autor referido, uma sociedade não é mais que isso: “[...] um tecido de instituições que se interpenetram e se articulam entre si para regular a produção e a reprodução da vida humana sobre a terra e a relação entre os homens”.³⁶⁷

Essa verificação de uma sociedade global, regulamentada por microssistemas que a integram, é uma premissa que se acomoda no entendimento de Jescheck/Weigend, uma vez que, segundo eles, existe um sistema global de controles sociais, cujos titulares são diferentes instituições ou comunidades como, por exemplo, a família, o município, a escola, a igreja, as empresas, as associações, e todos os seus gêneros.³⁶⁸

Em meio a essas instituições que compõem o sistema global, a tutela jurídico-penal encontra seu lugar como sendo parte desse sistema, e cuja tarefa consiste em conformar um conjunto de sanções de ordem preventiva e repressiva, que se comunica com a macrosociedade, ou sociedade global.³⁶⁹ Esse é o ponto primordial do Direito Penal, no que se refere a sua função e missão, segundo entendimento de Jescheck/Weigend:

O direito penal assegura, em última instância, a inviolabilidade do ordenamento jurídico através da coação estatal. Em realidade, também o direito civil e o direito público prevêm a aplicação da coação, mas para o direito penal a ameaça e aplicação daquela estão em seu núcleo central. Ademais, o direito penal tem como instrumento o poder mais rigoroso de que dispõe a coação estatal: a pena pública. Quando fracassam outras medidas e possibilidades, o direito penal assegura em último caso o cumprimento forçoso do permitido e proibido pelo ordenamento jurídico. Da mesma forma que o direito penal não pode garantir mais a segurança e a ordem, existe o perigo de que os determinados cidadãos tomem a justiça em suas próprias mãos e que os mais fortes se imponham aos fracos sem consideração alguma.³⁷⁰

³⁶⁶ Ibid., p. 177.

³⁶⁷ Ibid., p. 29.

³⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002, p. 2.

³⁶⁹ Ibid., p. 2

³⁷⁰ Ibid., p. 2

Para evitar tal aplicação ilegítima da justiça, o âmbito de atuação do Direito Penal se define quando verificadas lesões de bens jurídicos, no momento em que o Estado intervém na liberdade do indivíduo, por via do Direito Penal. Aqui, chega-se ao ponto fundamental no que se refere à missão do Direito Penal, cuja tarefa, no entendimento de Roxin, sugere fortemente que a intervenção estatal, por via deste Direito, deva estar sempre orientada no sentido de observar a moderação, que se dá pela imposição de limites ao Estado. Eis a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível.³⁷¹

Diante disso, por equilíbrio ou moderação entende-se a limitação do poder estatal. As fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. Este figura no âmbito da proteção de bens jurídicos, tidos como valor pela Sociedade, como forma de intervenção do Estado, via Direito Penal. Essa é a discussão doutrinária em torno do melhor conceito de bem jurídico, conforme exposto na parte inicial.

Assim, se a função ou missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, não se pode admitir que ele viole um direito fundamental. A ordem depende de seguir regras, e cabe indagar, no tema proposto, quais regras devem ser seguidas. É a norma contida no Código Penal que deve ser seguida ou a Constitucional? Acerca desse conflito, é oportuno consignar a analogia de Dworkin:

Se formularmos o objetivo do processo de alguma maneira vaga, afirmando que a lei deve fazer justiça ou promover o Estado justo, então torna-se inevitável perguntar se, como muitos supõem, a justiça requer decisões de acordo com regras preexistentes. Essa questão por sua vez, requer uma análise do que é seguir uma regra.³⁷²

³⁷¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

³⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

O Código Penal é subjacente à Constituição Federal, portanto, deve ser interpretado de acordo com a Constituição.

Sobre a legitimidade dos atuais sistemas penais, Ferrajoli, referindo-se à legislação penal de seu país, faz um questionamento quanto a não consideração dos fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos contidos na ordem constitucional, salientando que o sistema penal deveria observá-los, mas não o faz.³⁷³ Observa-se que as Constituições delineiam um Estado Democrático de Direitos, que, no entanto, tem sua ordem violada por leis ordinárias, tal qual abordamos no presente trabalho. Há, pois, um descompasso, uma vez que, apesar de haverem sido incorporados em todas as Constituições avançadas, esses vínculos são amplamente violados pelas leis ordinárias, em especial por motivos das práticas antiliberais que fomentam.³⁷⁴

A legitimação do Direito Penal, num Estado Democrático, terá seus fundamentos axiológicos centrados em reflexões jurídico-filosóficas. A perda de mira desses valores acarreta o afastamento de uma fundamentação racional, e, conseqüentemente, um Estado dotado de poder absoluto e arbitrário.³⁷⁵

Diante de tais premissas, é importante considerar que os códigos elaborados na segunda metade do século XIX trazem uma novidade: a inclusão de uma parte geral, em que os conceitos de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, sejam claramente disciplinados. Mesmo estando claramente disciplinados os conceitos de pessoa, de bens e de fatos jurídicos, por vezes se verificam casos de incompatibilidades jurídicas. Tais incompatibilidades podem ser solucionadas, na medida em que se estabeleça uma ponderação na interpretação das normas e regras, o que é permitido com a aplicação dos princípios universais, o que é atribuição da Ordem Constitucional, pois é nela que estão afirmados os princípios da dignidade da pessoa e a

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez, 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 21.

³⁷⁴ *Ibid.*, p.21

³⁷⁵ *Ibid.*, p.22

observância dos direitos fundamentais, que devem constituir a base da unidade da ordem jurídica.³⁷⁶

Na concepção de Heringer Júnior, o objeto de consciência postula uma dispensa ao cumprimento de determinado dever legal conflitante com seus valores morais. Frente a esse conflito, a ordem jurídica não precisa mostrar-se rígida, ainda que ausente uma regra específica que o solucione. O reconhecimento constitucional da liberdade de consciência requer, portanto, a viabilização de isenção do cumprimento de comandos ou impedimentos jurídicos por motivos de consciência, sempre que, da ponderação entre as normas em jogo (regras e princípios) resultar uma pré-disposição em prol de um direito individual. Por tais motivos, a colisão entre a liberdade de consciência e determinado dever legal incompatível deve ser resolvido por meio da ponderação das normas jurídicas em questão, aplicando-se-as ao caso concreto.³⁷⁷

A dinâmica da ordem jurídica, reforçada pela força normativa da Constituição, em especial a partir da positivação dos direitos fundamentais, dá azo ao fato de que, em determinadas situações, a solução não venha pré-definida, e isso requer que a norma somente assumam um significado efetivo depois de reinterpretada de acordo com a realidade do caso concreto. Por isso diz-se que a tarefa da Constituição é a sua própria concretização:

[...] por meio da instituição configurada de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos.³⁷⁸

³⁷⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e Codificação: primórdios do binômio*. Organizadora: MARTINS-COSTA, Judith. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

³⁷⁷ HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objeção de Consciência e Direito Penal: Justificação e Limites*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 43.

³⁷⁸ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2.ed. Tradução: NEUMANN, Peter. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 53. Interessante referir a identificação feita pelo autor, no que diz com a normatividade na norma e texto da norma, e a distinção entre esse programa da norma e o âmbito de sua abrangência.

Nesse sentido, Paulo Bonavides estabelece segura relação entre o princípio de proporcionalidade e a Constituição atual, relação esta que estabelece o ponto de partida para o tema proposto: “A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins”.³⁷⁹

Cumprido ressaltar que o presente trabalho não se atém em diferenciar regras de princípios, embora amplamente citados, mas sim, consoante entendimento de Dworkin, no sentido de que o Direito como integridade pede, na medida do possível, a estruturação a partir de um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, de modo a ser dessa forma aplicado nos casos conflitantes, a fim de assegurar que a situação de cada pessoa seja considerada de forma justa e equitativa, tendo por base as mesmas normas.³⁸⁰

Do contrário, estaríamos nos deparando com a discricionariedade do magistrado ou do judiciário, uma vez que o juiz, ao decidir um caso exercendo a discricionariedade, não estará impondo uma obrigação jurídica ao caso.³⁸¹ Daí decorre a inserção de Ferrajoli: “[...] o poder se submete à razão, e não a razão ao poder”³⁸², sendo essa a principal característica a ser observada numa sociedade democrática.

No plano da eficácia, esta será abordada sob a ótica da eficácia dos direitos fundamentais à luz da ordem constitucional, já que o questionamento segue com relação à

³⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 395.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *É o direito um sistema de regras?* Artigo traduzido por Wladimir Barreto Lisboa e publicado na Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 34, nº 92, 2001, p. 121.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez, 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998, p. 68.

possibilidade ou não de uma norma de Direito Penal estar restringindo um direito fundamental.

Com relação a tal restrição, verifica-se, segundo entendimento de Ingo Sarlet, que os direitos fundamentais admitem, sim, determinadas limitações. No entanto, a problemática recai justamente em estabelecer essa limitação, e de que forma ela se apresentará constitucionalmente mais adequada. Daí decorre a afirmação do autor: “Os limites aos limites dos fundamentais funcionam, portanto, nesta perspectiva, garantindo a eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões ou funções”.³⁸³

Dentre tais limites dos limites, despontam, pela sua repercussão teórica e prática, a proporcionalidade (e a razoabilidade), assim como a garantia do núcleo essencial. Na abordagem da proporcionalidade e razoabilidade como limites dos limites aos direitos fundamentais, o autor refere à dupla função da proporcionalidade, em sua qualidade de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.³⁸⁴ Essa é a dupla função do princípio da proporcionalidade, no que se refere à limitação dos direitos fundamentais.

De acordo com a posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina e também acolhida em sede jurisprudencial, na sua função como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos: adequação (ou conformidade); necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (também denominado razoabilidade).³⁸⁵

³⁸³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. p. 395. Sobre isso, é importante referir o esclarecimento do autor referido: “Na Constituição do Brasil, diferentemente de outros países, como é o caso da Alemanha (art. 19, II, da Lei Fundamental de 1949) e Portugal (art. 18, II e III, da Constituição de 1976), não existe, consoante já adiantado, previsão constitucional expressa a respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais. A tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, todavia, ainda que nem sempre da mesma forma, acabou por recepcionar tal noção, objeto de farta análise doutrinária e expressiva (embora muitas vezes extremamente controversa) prática jurisdicional”.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 395.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 116-124. A adequação e conformidade, segundo o autor, é no sentido de um controle da viabilidade isto é, da “idoneidade técnica” de que seja possível atingir o objetivo pretendido por

Na compreensão de Humberto Ávila, a proporcionalidade requer submissão a um exame acerca de sua adequação, de sua necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação (ou ponderação) exige uma relação empírica entre o meio e o fim: “[...] o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o meio possa contribuir para a promoção gradual do fim”.³⁸⁶ O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados: “Por isso, o exame da necessidade envolve também a averiguação do exame da igualdade de adequação aos meios, e o exame do meio menos restritivo”.³⁸⁷ Com relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, esta requer a comparação entre a necessidade da realização do fim e a amplitude da restrição aos direitos fundamentais.³⁸⁸

A configuração dada ao princípio da proporcionalidade, consoante Luciano Feldens, assume, em primeiro plano, uma legitimidade democrática:

Constituição como limite, fonte material e fundamento normativo do
Direito Penal, impõe-se-nos verificar de que forma, bem como até que limite, o

determinados meios, no entanto, é presente ainda o entendimento no sentido de que seja também atendido o critério, quando o poder público cumpra com o dever de fomentar o fim almejado. Sobre o critério necessidade, aufere o autor: “Da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo”. Sobre a proporcionalidade, prossegue o autor: “em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida”. Com relação ao exame da adequação, também definida por Humberto Ávila como ponderação, o termo ponderação é também referido por CAPELO DE SOUZA: “O sistema, aliás, não é incólume à coexistência ou gravitação de preceitos jurídicos potencialmente conflitantes (v.g. em matéria de abuso de direito, colisão de direitos e de legítima defesa), cuja conciliação ou prevalência na regra de direito aplicável ao caso só poderá fazer-se em face de cada situação real, v.g., através da ponderação dos interesses juridicamente protegidos que lhe subjazem. Vide obra de CAPELO DE SOUZA, Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 20.

³⁸⁶ ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 116. Segundo o autor, no plano da adequação, a compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: “O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”

³⁸⁷ Ibid., p. 122.

³⁸⁸ Ibid., p. 124. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, o autor refere que se deve realizar o seguinte questionamento: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

princípio da proporcionalidade pode, ou não, servir como instrumento tendente a sindicat a atuação do legislador penal, cuja liberdade de configuração, ainda que relativa, persiste sendo a regra, haja vista a legitimidade democrática de que está investido.³⁸⁹

Consoante o autor, o principal elemento, apontado junto à evolução e respectiva extensão da proporcionalidade, é o processo gradual de modificações que ocorreram nos países ocidentais no pós-guerra, marcado pelo empenho de ampliar e polir os direitos fundamentais, processo esse que ensejou a vedação de arbitrariedades por parte do Estado. Nesse sentido, refere o autor: “A expansiva virtualidade da proporcionalidade coincide com uma significativa alteração do sentido e da eficácia dos princípios constitucionais, especialmente aqueles relativos aos direitos e liberdades básicos”.³⁹⁰

A partir de então, a submissão da proporcionalidade, com o objetivo de equilibrar direitos ou pretensões colidentes, se realiza em três estágios, que, segundo o autor referido, se distribuem nos seguintes termos: “[...] a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida submetida a controle”.

Importante consignar ainda, segundo entendimento de Feldens, que a aplicação do princípio da proporcionalidade tem uma função primordial, que importa ser observada nessa mesma medida, qual seja a proibição de proteção ineficiente do Estado para com os direitos fundamentais. Segundo entendimento do autor em referência, a garantia que determinada tarefa de proteção estatal não seja dilapidada sob o argumento da política de defesa social é concebida na necessidade de dar funcionalidade ao dever de tutela em face à clássica função de proibição de intervenções. A união e conformação de tais funções, ao mesmo tempo em que representa uma imposição ao legislador, significa grande incitação. Prossegue o autor: “No plano jurisdicional-aplicativo, *mutatis mutandis*, processa-se o

³⁸⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 158..

mesmo: a efetivação da resposta penal haverá de se processar mediante a observância das garantias individuais, que em nenhum momento são jogadas para escanteio”.³⁹¹

Nesse contexto, segundo entendimento de Feldens, no terreno do Estado Democrático de Direitos, a efetivação do projeto garantista acaba por atribuir aos direitos fundamentais um certo padrão de garantias, inacessíveis ao arbítrio estatal, no mesmo compasso em que confere a essas garantias a proteção jurídica contra violações de terceiros. No entendimento do autor “Essa síntese somente pode ser concretizada a partir da compreensão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais”.³⁹² Sendo assim, os direitos fundamentais representam os primeiros elementos ou direitos de uma triagem de direitos, em que sejam objetos da seleção a Constituição e o Direito Penal.³⁹³

No entendimento de Streck tais premissas se apresentam igualmente claras: “Parece não haver dúvida de que o Direito Penal do Estado Democrático de Direitos implica uma indispensável adequação da tipicidade penal aos valores e princípios constitucionais, discutindo-se os limites à criminalização e à vinculação do poder legiferante aos princípios da Constituição”.³⁹⁴

Com relação a essa necessária interpretação ou releitura (adequação), percebemos com Steinmetz, que essa função de reinterpretar se realiza mediante uma necessária mediação entre a literalidade do texto constitucional e a realidade social e política do

³⁹¹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95. Importa citar a analogia feita pelo autor com relação ao tema e a importância do princípio da proporcionalidade como elemento de proibição da proteção ineficiente. “*Cila e Caribdis* é uma paráfrase lendária referida pelo autor para exemplificar o estar entre dois perigos, e, ao vencer um deles, se depara com outro. Vide a obra referida do autor, em nota de rodapé nº 225”.

³⁹² *Ibid.*, p. 72.

³⁹³ *Ibid.*, p. 33.

³⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade. A Sociedade, A Violência e o Direito Penal*. Ney Fayet Júnior e Simone Prates Miranda Corrêa. (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 132

Estado, ou seja, entre o texto literal e o seu real sentido. Para transpor a ideia do autor com maior exatidão: “Interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição”.³⁹⁵

Por conseguinte, em se tratando de colisão, segue o entendimento de Steinmetz:

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, a decisão legislativa ou judicial final, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática. Contudo, embora indispensável, a interpretação constitucional não é suficiente. Por isso, a ponderação de bens é o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão. A aplicação do princípio da proporcionalidade deve compreender a submissão aos juízos de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (princípio parcial da razoabilidade ou justa medida).³⁹⁶

A essa indispensável adequação, em caso de colisão de direitos e deveres, por parte do Estado, e também por parte do detentor dos direitos fundamentais, ou ainda, de terceiros, que o princípio da proporcionalidade, no plano de sua submissão a exames e juízos de admissibilidade, torna possível uma resposta constitucionalmente mais adequada ao caso concreto.

4.3 Direito Comparado

Com relação à supremacia do bem da vida, percebemos, com a análise do Direito Comparado, que o bem da vida não mais comporta o caráter absoluto que o legislador, seduzido pela moral objetiva, lhe conferiu. A jurisprudência do Direito Comparado será apresentada como exemplo de um trabalho hermenêutico e avançado para a ciência penal, não como modelo a ser adotado, mas com o objetivo de demonstrar que o problema proposto pode ser enfrentado.

³⁹⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77.

³⁹⁶ *Ibid*, p. 140.

Conforme o entendimento de Ingo Sarlet, o direito comparado servirá à presente pesquisa, nos seguintes termos:

[...] como fonte de estudo auxiliar na reavaliação de algumas posições práticas habituais e, por vezes, deslocadas ou desatualizadas, bem como a análise da validade da recepção (obviamente filtrada pelo nosso direito constitucional positivo e a ele adaptada) de categorias dogmático jurídica já tradicionalmente aceitas na maior parte dos países desenvolvidos (notadamente europeus) e que, a despeito de sua inequívoca relevância e do interesse que deveriam suscitar também entre nós, continuam sendo desconhecidas ou, no mínimo, subestimadas na esfera do Direito pátrio.³⁹⁷

Por isso, buscamos no Direito Comparado, decisões cuja fundamentação se aproxima do conteúdo tratado no presente trabalho. Na Lei Fundamental Alemã ³⁹⁸, a liberdade religiosa e a garantia do culto são direitos fundamentais reconhecidos. Por isso, no direito germânico, da mesma forma que no brasileiro, os conflitos entre direitos fundamentais não raramente se verificam, como é o caso da Reclamação Constitucional contra decisão judicial que condenou o reclamante às penas do crime de omissão de socorro (§ 330c StGB), por não ter convencido sua esposa a realizar transfusão de sangue. O caso foi julgado pelo Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 19/10/1971 (Reclamação n.º. 1BvR 387/65)³⁹⁹.

³⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 24.

³⁹⁸ GRUNDGESETZ Art. 4. I GG (1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão; religiosa e ideológica são invioláveis; (2) É garantido o livre exercício de religião; (3) Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. SCHWABE, Leonardo Martins Jurgen. Organizador. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira Coletânea. Organização de Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Mastergraf, 2005, Documento eletrônico disponível no site <www.konrad-adenauer-stiftung.sustentavel.inf.br>, acessado no dia 23 de outubro de 2009, pp. 349-377.

³⁹⁹ Ibid., p. 352. O reclamante pertence à associação religiosa “*Evangelischer Brüderverein*” (Irmandade Evangélica). Sua mulher era também membro dessa comunidade. Após o nascimento de seu quarto filho, a esposa, que sofria com uma grave anemia, se negou a submeter-se a tratamento hospitalar de recomendação médica e, principalmente, a permitir a realização de uma transfusão de sangue. Seu marido não procurou convencer sua mulher no sentido de fazer valer a recomendação médica. Um tratamento não foi [destarte] realizado. A mulher, que até o fim permanecera plenamente consciente, faleceu.

No julgamento referido versa a seguinte matéria: “A esposa do reclamante faleceu porque se recusou, por motivos religiosos, a receber uma transfusão de sangue. O reclamante professava a mesma fé de sua mulher. Por isso, deixou de persuadir a esposa a realizar a necessária transfusão, declarando ao médico que realizou o diagnóstico revelador da necessidade da transfusão que confiava em Deus e que eles fariam orações pela saúde.” O reclamante foi condenado a uma pena pecuniária por omissão de socorro. Segundo a acusação, a omissão de socorro consistia no fato de não ter persuadido a esposa a aceitar a prescrição médica, a fim de realizar a necessária transfusão de sangue. Em sua Reclamação Constitucional, alegou que a convicção religiosa comum a ele e a esposa falecida ordenava-lhes a se limitar às orações.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão admitiu e julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando a condenação penal de primeira instância. A base da fundamentação para o efeito de revogar a condenação penal teve como pano de fundo a “eficácia horizontal” do direito fundamental à liberdade de crença do Art. 4 I GG. Com esse entendimento, a corte afastou a tipicidade da conduta do reclamante como omissão de socorro.

Nesse mesmo julgamento, o Tribunal Constitucional Federal também ventilou a distinção entre liberdade interna e liberdade externa de crença, uma importante contribuição para a concretização da área de proteção da liberdade religiosa num panorama geral (de crença e prática do culto).⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Ibid., pp. 355-359. “**I.** O Tribunal Constitucional Federal não tem que, nos moldes da Reclamação Constitucional, examinar as decisões dos tribunais ordinários em toda a sua extensão em face de possíveis erros de aplicação jurídica. No presente caso, deve-se examinar apenas se as decisões impugnadas ignoraram, junto à interpretação e aplicação do dispositivo penal do § 330c StGB, os efeitos dos direitos fundamentais sobre esta norma. **II.** O exame das decisões impugnadas mostra que elas intervêm de modo inadmissível no direito fundamental do reclamante à liberdade de crença e de confissão religiosa (Art. 4 I GG). Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade política, a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa. Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la. Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do

A fundamentação da decisão revogadora valeu-se da figura dogmática do “efeito de irradiação”, melhor traduzido como “eficácia horizontal” do “efeito de irradiação”⁴⁰¹.

Com relação a intervenção do Estado na liberdade pessoal do indivíduo, que goza do *livre arbítrio* para optar pela religião que deseja seguir, ou ainda, se pretende não seguir alguma, de acordo com sua consciência, verifica-se na fundamentação do julgamento do caso referido, pelo TCF, que o Estado, não pode valer-se da medida extrema (Direito Penal) para intervir na convicção do indivíduo, pois não pode impor que ele aja de acordo com premissas que não se conformam com sua pregação religiosa. Nesse sentido, e, em especial ao tema proposto, é muito avançada e interessante a fundamentação que segue.⁴⁰²

indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé.

⁴⁰¹ *Ibid.*, pp. 349-354. A sanção criminal não é – independentemente de sua dimensão – sob nenhum aspecto (retribuição, prevenção, ressocialização do condenado) uma sanção adequada. O dever resultante do Art. 4 I GG de todo o Poder Público de respeitar a crença religiosa séria, nos mais amplos limites, deve ter como consequência o abrandamento do direito penal, toda vez que o conflito concreto – entre um dever jurídico existente segundo as convicções dominantes e um mandamento religioso – provocar, no acusado, uma tal aflição espiritual, que, em face da cominação penal, que o identifica como violador da lei, a sanção passe a representar uma reação social exagerada e, por isso, violadora de sua dignidade humana. 4. A aplicação destes critérios no caso particular tem como resultado que o Tribunal Estadual e o Superior Tribunal Estadual ignoraram a eficácia horizontal do Art. 4 I GG no momento da interpretação e aplicação do § 330c StGB. Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa. Uma vez que as decisões impugnadas já violam o Art. 4 I GG.

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 361-362, Tais razões excluem a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa. A eficácia horizontal do direito fundamental garantido pelo Art. 4 I GG vem aqui na forma de axioma, que pode influenciar o tipo e a extensão da sanção estatal lícita. Para o direito penal, isto significa: Quem, em dada situação concreta, em razão de sua convicção religiosa, se decide por um fazer ou não fazer pode entrar em conflito com os padrões morais dominantes na sociedade e com os deveres jurídicos neles fundados. Se esse alguém, por meio de tal comportamento, de acordo com a interpretação tradicional, realizar uma conduta tipificada penalmente, deve-se perscrutar, à luz do Art. 4 I GG, se, de acordo com as circunstâncias especiais do caso, a aplicação da pena ainda corresponderia, por excelência, ao sentido da cominação penal estatal. Um tal acusado não se insurge contra a ordem jurídica estatal por carência de uma mentalidade cordata, em consonância com a ordem jurídica; também ele quer manter intacto o bem jurídico protegido pela ameaça da pena. Ele se vê, porém, em uma situação limite, na qual a ordem jurídica geral se encontra em conflito com o mandamento da fé pessoal, sentindo-se no dever de seguir, no caso, o mandamento mais elevado da fé. Ainda que esta decisão possa ser objetivamente condenável segundo conceitos axiológicos geralmente dominantes na sociedade, ela não chega

A partir da jurisprudência verificada no Direito Comparado, é possível perceber que, em se tratando de concorrência de direitos fundamentais que estiver competindo com a liberdade religiosa, não será exigido do indivíduo a manutenção de um comportamento incompatível com sua confissão religiosa, ou seja, o indivíduo tem direito de agir em conformidade com sua pregação religiosa, e, nessa esfera pessoal, até mesmo o Estado está limitado a intervir, principalmente se tal intervenção seja procedida pelo Direito Penal.

É o que se verifica também no caso da Reclamação Constitucional nº. 2BvR 75/71, com decisão do Primeiro Senado proferida em 1º de abril de 1972.⁴⁰³ O reclamante foi condenado pelo Tribunal Estadual de *Düsseldorf* a uma pena pecuniária prevista na lei processual penal alemã (§ 70 I StPO) por recusar-se, enquanto testemunha, a prestar juramento. A recusa de prestação de juramento teve motivação religiosa.

Contudo, dentre os casos pesquisados, um deles realça com maior precisão a essência da liberdade religiosa e sua magnitude num Estado laico. Estamos nos referindo a questão dos crucifixos, que são comumente postos nas salas de aula, no centro da parede e acima do quadro negro (para que seja objeto de uma visão central por parte do aluno),

a ser tão reprovável a ponto de justificar a utilização contra o acusado da arma mais poderosa disponível à sociedade, qual seja, do direito penal.

⁴⁰³ *Ibid.*, pp. 369-375. O TCF julgou, em decisão não unânime, procedente a Reclamação: considerou que faz parte da área de proteção do direito fundamental de crença e consciência também o agir de acordo com as regras estabelecidas pela religião, por mais exóticas que sejam. Como se trata de um direito fundamental outorgado sem reserva, a intervenção consubstanciada na aplicação da pena só poderia ser justificada com base na proteção de um bem jurídico constitucional atingido concretamente no caso pelo exercício da liberdade religiosa. Não é o caso: por trás do propósito da regra processual não se encontra um bem jurídico com essa dignidade. No mais, na interpretação e aplicação do § 70 I StPO qualquer juízo ou tribunal deveria trazer à pauta o parâmetro do Art. 4 I GG (eficácia horizontal). Como isso não ocorreu, os tribunais do feito violaram a liberdade de crença e consciência do reclamante. Os autos do processo tiveram que retornar ao Superior Tribunal de *Düsseldorf* para nova decisão sobre as custas processuais. O Estado de *Nordrhein-Westfalen* foi condenado ao pagamento das custas processuais, por ter tido a Reclamação Constitucional êxito. **1.** O juramento prestado sem a invocação de Deus não tem, segundo a concepção do constituinte, nenhuma base religiosa ou, de um outro modo, transcendente. **2.** Uma convicção de fé que rejeite, por motivos religiosos, também o juramento de testemunha prestado sem a invocação de Deus é protegida pelo Art. 4 I GG. O Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição no sentido de se considerar também o direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG como motivo legal, que autoriza à recusa da prestação de juramento.

como é o caso da Reclamação nº 1BvR 1087/91.⁴⁰⁴ Na instância administrativa, os pais e os alunos perderam a causa, todavia, venceram por maioria no Primeiro Senado, em 16 de maio de 1995.⁴⁰⁵

Essa mesma questão dos crucifixos pode ser observada não apenas nas escolas, públicas ou privadas, mas também nas próprias salas de audiência e nos tribunais. Se hoje vivemos num Estado laico, edificado após longa data de conflitos e reivindicações sociais, ao menos numa perspectiva modular, é necessário que seja assimilada a ideia do que seja um Estado laico, e lançar mão dos costumes e práticas corriqueiras, cabíveis no tempo em que havia uma religião oficial, posta pelo Estado.

⁴⁰⁴ Ibid., pp. 374-376. Segundo o claro teor do § 13 I 3 do Regulamento Escolar para Escola Fundamental de Baviera (Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO) “em toda sala de aula deve ser colocado um crucifixo” (*Kruzifix*). Por ocasião da iniciação escolar da Reclamante nº 3, havia em sua sala de aula um crucifixo completo (cruz e corpo de cristo) de 80 cm de comprimento por 60 cm de largura, colocado logo acima e ao meio do quadro negro. Após muitas discussões entre os pais da Reclamante e a Administração da escola, estes chegaram a um acordo provisório: troca do crucifixo com corpo por uma cruz sem corpo de tamanho menor colada lateralmente, acima da porta de entrada. Com a iniciação dos dois filhos menores e troca de ano o conflito veio novamente à tona. Os pais das crianças (Reclamantes 3 a 5) ajuizaram, no mês de fevereiro de 1991, em nome próprio e em nome de seus filhos, uma ação contra o Estado da Baviera requerendo a retirada dos crucifixos, com pedido de medida liminar. O Tribunal Administrativo indeferiu o pedido liminar.

⁴⁰⁵ Ibid., pp. 366-375. O Art. 4 I GG, protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa. A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. A cruz é símbolo de uma determinada convicção religiosa e não apenas uma expressão da cultura ocidental co-marcada pelo Cristianismo. Em razão da duração e da intensidade, o efeito das cruzes nas salas de aula é ainda maior que o seu efeito nas salas de tribunal. Já em relação à coerção de participar de uma lide sob a cruz, contrariando convicções religiosas ou ideológicas pessoais, o Tribunal Constitucional Federal vislumbrou uma intervenção na liberdade de crença de um litigante judeu, que enxergava ali uma identificação do Estado com a fé cristã.

CONCLUSÃO

A objeção de consciência é parte do Direito fundamental à liberdade de consciência e o Direito Penal tem de se relacionar com a referida proteção constitucional. Esse relacionamento merece profunda análise porque afeta a legitimidade da exceção contida no tipo penal invocado. Buscou-se demonstrar os limites que a lei ordinária, por vezes, não observa, impondo restrições aos direitos reconhecidos na Constituição. No caso em questão, referiu-se à liberdade pessoal do indivíduo, como pressuposto ao exercício da liberdade religiosa.

Considerando que a objeção de consciência é entendida no que se refere à imposição de prestação ao serviço militar como uma isenção aos eclesiásticos, por motivos de cunho filosófico e religioso, da mesma forma que a liberdade de pensamento, garantia fundamental, igualmente afirmada na Constituição Federal, não seria também primordial ponderar o respeito a esta liberdade religiosa, frente à exceção contida no Art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal, que restringe o exercício desse Direito?

A partir de então, é possível questionar os limites da exceção contida no tipo penal abordado. Até que ponto uma norma de Direito Penal pode restringir a liberdade pessoal do indivíduo, pressuposto da liberdade religiosa, na sua perspectiva de exercício livre e com respeito?

Nossa legislação não apresenta uma solução, apenas aponta a colisão de direitos fundamentais; por um lado protege o bem da vida, por outro, estabelece a liberdade de consciência, desde que fundada em motivos de convicção filosófica, política e religiosa. Isso porque a Carta Maior recepciona a liberdade religiosa enquanto convicção da pessoa, assegurando, inclusive a prática do culto. Quais seriam os limites dessa liberdade de consciência, se a Lei ordinária legitima a ação médica, independente do consentimento do

indivíduo para a prática de determinado procedimento, desde que necessário para salvar-lhe a vida?

Com efeito, a amplitude dos direitos e garantias fundamentais catalogadas, não raras vezes representa a colisão entre direitos e deveres, e a solução deste conflito implicará a supressão de um direito fundamental em detrimento do outro. Neste aspecto, o problema maior a ser enfrentado é identificar o interesse do indivíduo ou do Estado, e qual deles prevalecerá, entre o bem suprimido e aquele que permanecerá. Certamente, tal apontamento implica um debate de caráter eminentemente subjetivo.

Com exceção às isenções reguladas no âmbito da prestação do serviço militar, já regulamentada por lei ordinária no ordenamento interno, o assunto não dispõe, no Brasil, da devida atenção, principalmente na esfera jurisprudencial, ao passo que as questões relativas à liberdade de consciência são ladeadas por manifesta ausência de critérios sólidos para seu enfrentamento, uma vez que o bem da vida é visto como indisponível e de forma dissociada da dignidade.

A própria conceituação da objeção de consciência só é alcançada a partir de seu instituto jurídico e, para tanto, sua análise implica a indicação dos requisitos inerentes à viabilização do tratamento jurídico a ser aplicado. Tais requisitos se verificam a partir da interpretação conjunta dos princípios constitucionais, com aplicação do princípio da proporcionalidade, necessário para ponderar a relevância dos bens jurídicos tutelados e conflitantes.

Certamente as questões relativas à liberdade de consciência não comportam mais ser contornadas, devem ser enfrentadas, e a ausência dos critérios seguros para sua análise não podem sustentar esta escusa dos operadores do Direito; ao contrário, devem justamente informar os motivos e as técnicas adotadas para a solução do conflito.

Neste sentido, segue a proposta da presente pesquisa, não para solucionar o impasse, mas para provocar um debate necessário e útil, a interessar aos operadores do Direito e à sociedade. Consigna-se ainda que, nesse enfrentamento, será necessário considerar que o momento Constitucional requer a assimilação do modelo de Estado que se buscou com o processo de laicização.

De igual sorte, não podemos desconsiderar os ensaios jusfilosóficos contemporâneos, que buscam representar exatamente a ideia aqui desenvolvida. Uma vida digna compreende um conjunto de elementos, um deles, e o essencial, é que o homem não é um complexo físico apenas, mas sim, um ser dotado de personalidade e características imanentes, e a religião vem representada como uma qualidade pessoal. Assim, a liberdade de consciência religiosa deve ser preservada, sob pena de violação desse direito fundamental, e conseqüente comprometimento da dignidade da pessoa (vida, família, sociedade e a comunicação do homem com o ser supremo).

O objetivo do legislador foi afastar a exclusão de minorias. Diante do óbice, o instituto da desobediência civil permite que o indivíduo incida em um não agir, se este agir contrariar sua liberdade de consciência. Uma desobediência singular representa o direito de resistência, espécie do gênero da desobediência civil. O indivíduo pode não agir de forma contrária à sua consciência, e expressa essa inconformidade ao negar consentimento em práticas que vêm ao desencontro de sua liberdade de consciência religiosa.

Com efeito, o enfrentamento do tema proposto não encontra experiência madura nos casos julgados pela corte Pátria; por tais motivos, e, à guisa de conhecimento e comparação, buscamos respostas produzidas ao problema em si e em questões com pano de fundo semelhante no Direito Comparado.

REFERÊNCIAS

A SENTINELA. **O que Significa Nascer de novo?** Revista A Sentinela, vol. 130, nº 7, abril de 2009.

ALBUQUERQUE E SOUZA, Nuno José, **A liberdade e o Direito**. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. III. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial, 1984.

ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal**. Tradução: publicada pelo Departamento da Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn. Wiesbadener Grafische GmbH, 6200 Wiesbaden, 1979.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3 reimpressão. Madrid: Dentro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Constituição e Codificação: primórdios do binômio**. Organizadora: MARTINS-COSTA, Judith. A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e Modernidade em Habermas**. São Paulo: Loyola, 1996, pp.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Tradução de Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida, Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução de José Volkmann, São Paulo: Editora Perspectiva, 1973

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado.** Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AROSIO, Ernesto. **A Liberdade Religiosa no Terceiro Milênio.** Revista Mundo e Missão, Vol. 68, n.º 50, 2001.

ARRICHI, Giovanni. **Adam Smith em Pequim: Origens e Fundamentos do Século XXI.** Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** Série Acadêmica. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1992.

BÍBLIA SAGRADA. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 14ª ed. Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade,** 1ª ed. São Paulo: Forense, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 2-6.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Tradução de Sérgio Bath. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília - UNB, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de Direito Público e de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Oscar de Macedo Soares. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1910.

BRASIL, Código Penal; **Código de Processo Penal**; Legislação Penal e Processual Penal; Constituição Federal Organização de Luiz Flávio Gomes. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, **Lei nº 4898, de 9 de dezembro de 1995**. consulta eletrônica: site www.planalto.gov.br, consultado em 22 de outubro de 2009.

BRASIL, **Resolução nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988**. Código de Ética Médica

BRASIL. **Resolução nº 217ª A (III) Adotada e Proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas** em 10 de dezembro de 1984. Disponível no site < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>, acessado no dia 02 de setembro de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPELO DE SOUSA, Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASABONA, Carlos M. Romeo. **La objeción de Conciencia em la práxis médica**. Universidad de La Laguna.

CEPEC. **Centro de Estudos Políticos Econômicos e Culturais. Ateus batem na porta das religiões.** Artigo eletrônico consultado no site www.cepec.org1@gmail.com, no dia 01 de outubro de 2009. Autor: Leonardo Boff.

CHARBONNEAU, Paul-Eugéne. **O Homem à procura de Deus.** São Paulo: Editora Pedagógica Universitária Ltda, 1984.

CLOTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto, FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

COPETTI, André. **Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social.** Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Vol. 1, nº. 4, 2006.

CORREIA, Eduardo. Com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias. **Direito Criminal.** Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Maria Emília Corrêa da. **Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado Laico.** In. LOREA, Roberto Arriada. (org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos de Personalidade.** Campinas: Romana Jurídica, 2004.

CURVO LEITE, Rita de Cássia. **Transplantes de órgãos e Tecidos e Direitos da Personalidade.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 67.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado,** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUMONT, Louis. **O Individualismo.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **É o direito um sistema de regras?** Artigo traduzido por Wladimir Barreto Lisboa e publicado na Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 34, nº 92, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPIRITO SANTO, Gilda Lopes de Figueiredo do. **Entre dois universos, Direito público e direito privado: convergências e antinomia.** Publicado na Revista Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 36, nº 97, 2007.

FACHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1996.

FEBVRE, Lucien. **O problema da incredulidade no século XVI. A Religião de Rabelais.** Tradução de Maria Lúcia Machado e José Eduardo dos Santos Lohren. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDEZ, Gonzalo D. **Al Outro Lado del Código**. 2ª ed. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Traducido por Perfecto Andrés Ibañez, 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral**. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FORSTER, Nestor. **Erro Médico**. Coleção Aldus. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

FREUD, Sigmund. **O ego e o id. Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, XIX**. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Estudos MP, 1ª edição, 1993.

HECK, José. **A Liberdade em Kant**. Porto Alegre: Movimento, 1983.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **A Objeção de Consciência e o Direito Penal: Justificação e Limites**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

HERRERO, Javier Francisco. **Religião e História em Kant**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1991.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ITÁLIA, **Constituição da República Italiana**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoria de la imputación**. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho penal funcional**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASUÁ, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. **Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Penal Comparada**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

JUAN J. Bustos Ramires, MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Leciones de Derecho Penal**. Vol. 1, Madrid: Editorial Trotta, 1997.

JUNGUES, José Roque. **A concepção kantiana de dignidade humana**. The Kantian view of human dignity. Publicado na Revista de Estudos Jurídicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vol. 40, nº 2, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. Edição bilingüe. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. 9ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLOEPFER, Michael. **Vida e dignidade da pessoa humana**. Tradução de Rita Dostal Zanini. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**, 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Tradução de Miguel Serras Pereira e Ana Luisa Faria. Lisboa: Editions Gallimard, 1983.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido por Quintiliano Saldaña. Primero Volumen, 3ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1909.

LOCKE, John. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**, Vol. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LÓPEZ, Carlos Cázares y HOYOS, José Luis Peña. **Los Testigos de Jehová Y La Objeción de Conciencia**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie L: Cuadernos del Instituto,c) Derechos Humanos, nº 3. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1998.

LOREA Arriada Roberto (org.). **Em defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O Direito à Identidade Genética do ser Humano**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MICHEL, Thomas. **Liberdade Religiosa em Questão**. Cadernos Adenauer, Vol. 4, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 1993, p.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 7ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.

MORIN, Edgar. **Journal de Californie**. Paris: Seuil, 1970.p. 158. *apud*. CHARBONNEAU, O Homem à procura de Deus, p.
MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução de Peter Neumann. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

Nações Unidas no Brasil. **Declaração dos Direitos Humanos**. Consultada no site http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, consultado no dia 02 de setembro de 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Obras incompletas**. Seleção de textos: Gérard Lebrun. Tradução de Rubens Rodrigues Filho Torres. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Organizador: SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina; jurisprudência selecionada; conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**. São Paulo: Saraiva, 1956.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

Revista A Sentinela, São Paulo: **Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados**. Vol. 130, nº 7, abril de 2009.

RIBEIRO, Nilo Júnior. **Sabedoria da Paz: Ética e Téo-lógica em Emmanuel Levinas**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade Religiosa: Uma proposta para debate**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

RODIRIGUEZ, César. **La Decisión Judicial: El Debate Hart – Dworkin**. Santafé de Bogotá: Sigilo del Hombre Editores: Faculdade de Dereho , Universidad de los Andes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e Outros Escritos**. Introdução e Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1988.

ROXIN Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoria del delito**. Traducción de Diego-Manuel Luzón Penal, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 2ª ed. Barcelona: Civitas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAPINI, José. **A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1978.

SCHWABE, Leonardo Martins Jurgen. Organizador. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira Coletânea. Organização de Konrad Adenauer Stiftung - Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Mastergraf, 2005, Documento eletrônico consultado no site www.konrad-adenauer-stiftung.sustentavel.inf.br, no dia 23 de outubro de 2009.

SILVA PEREIRA, Maria Margarida. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização. Manuel da Costa Andrade; José de Faria Costa; Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. **Bens Jurídicos Coletivos e Bens Jurídicos Políticos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Bien Jurídico, Proporcionalidad y libertad del Legislador Penal. La teoría del bien jurídico**. Org. Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade. In A Sociedade, A Violência e o Direito Penal**. Ney Fayet Júnior e Simone Prates Miranda Corrêa. (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WALLAUER, Erno. **Uma Condição Humana Básica: Imanência e Transcendência, Enraizamento e Desenraizamento do ser Humano**. São Leopoldo: Calábria, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEEKS, Albert. **Do civilizations hold? Foreign Affairs**, v. 72, n. 4, set, out, 1993. *Apud*, VER NOTAS DE RODAPÉ Nº 182 E 183 DO CAP. 1 E RETIRAR APUDS.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A Edificação Constitucional do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese (Doutorado em direito) PUCRS, Fac. de Direito, 2006.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material.** Traducción del alemán por Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1979.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Nova Perspectiva para a Proteção Penal da Vida Humana. Direito Penal Contemporâneo.** Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. Coordenação de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 4.ed. rev. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.