

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ESPANHOLA: O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO CASO 154/2002

Eduarda Peixoto de Azevedo*

Orientadores: Carlos Alberto Plastino e Fábio Carvalho Leite

Introdução

Em 18 de julho de 2002, vinte e três anos após a entrada em vigor da Constituição espanhola (CE), e vinte e dois depois da promulgação da *Ley Organica de Libertad Religiosa* (LOLR), a decisão do caso 154/2002 revisou uma sentença que condenava por homicídio os pais do menor Marcos Vallés, testemunhas-de-jeová, por terem se negado a obrigar o filho, também membro da mesma igreja, a receber uma transfusão de sangue, conduta proscria por sua religião¹. A sentença, que condenava os pais, proferida pela *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* (TS), considerava a omissão do casal, motivada por razões estritamente religiosas, como a conduta responsável pelo seu falecimento, que poderia ter sido evitado mediante a consecução da transfusão, desprezando a apreciação da objeção ao tratamento como um legítimo exercício do direito à liberdade religiosa, tanto dos pais como do menor.

O texto da decisão² do caso 154/2002-STC ordenou e sistematizou diversos pronunciamentos anteriores estabelecendo as vertentes objetiva e subjetiva da liberdade religiosa como direito fundamental, sopesando a neutralidade com a laicidade estatal, e vinculando a liberdade religiosa à valorização da autonomia de consciência.

Ao longo deste relatório, percorrendo os fundamentos da decisão, encontraremos como limite principal à liberdade religiosa o instituto da ordem pública. A Constituição espanhola faz referência à ordem pública como balizador para dois dispositivos: além da liberdade religiosa, constitui-se causa para limitar o exercício da liberdade de reunião inscrita no art. 21.2³ CE. Neste último preceito, tratar-se-á de uma ordem pública “material”, concreta, direta; enquanto a ordem pública aplicável à liberdade religiosa, adotada pela LOLR se inclina a uma concepção “formal”, entendida como um respeito aos direitos e liberdades fundamentais⁴. Ainda sobre a questão da “ordem pública”; Barreto Ortega definiu o caráter estrito do conceito, a ser “*limitado pelas leis, entendendo-se como tais as normas gerais emanadas do Legislativo [...]*”, a fim de que qualquer intervenção do poder público no âmbito

* Aluna do 5º período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Membro do grupo de pesquisa (PIBIC) sobre “*Estado e Religião na Constituição Brasileira de 1988*”, sob a orientação dos professores Fábio Leite e Carlos Alberto Plastino.

¹ “*Os testemunhas-de-jeová têm origem no final do séc. XIX na América do Norte, e hoje possuem seguidores em grande parte do mundo europeu, assim como na América do Sul. Seus integrantes consideram proibida a transfusão de sangue e se baseiam em algumas passagens da Bíblia. Assim, no livro do Gênesis (9:3-4) está escrito: ‘Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma – seu sangue – não deveis comer.’ Também no Levítico (17:10) outra passagem é aclamada: ‘todo israelita ou todo estrangeiro que habita no meio deles, que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, exterminá-lo-ei do meio de seu povo.’* TEIXEIRA e SÁ. Responsabilidade Médica e Objeção de Consciência Religiosa. p.130.

² <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2002/STC2002-154.html>

³ “*Artículo 21. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes*”.

⁴ Classificação das naturezas formal e material da ordem pública desenvolvida por Oliveras Jané, professora titular da Universidade de Rovira i Virgili.

da liberdade religiosa que invoque a cláusula de ordem pública demande, necessariamente, adequada fundamentação legal. E mais, confirmando a intangibilidade da liberdade religiosa lícita: “*toda manifestación de libertad religiosa está, a principio, permitida, salvo prohibición por lei formal e materialmente constitucional*”.⁵

A decisão do caso objeto deste trabalho destaca a fundamentação do limite à liberdade religiosa quando há incidência sobre outros titulares de direitos e bens protegidos constitucionalmente, ou sobre os elementos integrantes da ordem pública protegida pela lei, tal como estabelecido no art. 16.1⁶ da CE. Cite-se também o texto da LOLR, em seu art. 3.1⁷, que determina esta ordem pública como um marco da sociedade democrática, consistindo no direito dos demais de exercer seus direitos fundamentais, na proteção à segurança, à saúde e à moralidade públicas.

A LOLR, promulgada pouco mais de um ano após a Constituição, veio estabelecer os parâmetros para a tolerância e a cooperação estatal com as Igrejas, configurando jurídica e socialmente as confissões religiosas objeto da tutela legal.

Ante o conflito de direitos presente no caso 154/2002 o STC espanhol dispôs:

A resposta constitucional à situação crítica resultante da pretendida dispensa ou exceção ao cumprimento de deveres jurídicos, a intenção de adequar e conformar a própria conduta ao modelo ético ou plano de vida resultante de suas crenças religiosas, somente pode resultar de um juízo ponderado que atenda às peculiaridades de cada caso⁸

É sabido que determinar com exatidão as faculdades garantidas pela liberdade religiosa não é uma questão banal; ao revés, sua complexidade é proporcional ao volume e relevância de suas variáveis, daí o interesse despertado pelo caso em estudo.

1 – Histórico dos fatos

O caso consiste no recurso de *amparo* ao Supremo Tribunal Constitucional pelo casal, Pedro Alegre Tomás e Lina Vallés Rausa, pais do menor Marcos Alegre Vallés, de 13 anos, sobre sentença condenatória da *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*. A sentença sobre a

⁵ No mesmo artigo (2005), Barreto Ortega resume as linhas mestras da liberdade religiosa constitucional, o art.16 da CE: art.16.1 como direitos fundamentais à liberdades ideológica e religiosa: “*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin mas limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*”; art.16.2 como a “privacidade das crenças” estabelecendo a garantia à privacidade e igualdade, na medida em que “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*”; e a laicidade estatal expressa literalmente no art.16.3 “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”. Já as “relações de cooperação” entre o Estado e a Igreja Católica e outras confissões vêm concretizar a promoção dos direitos fundamentais do art.9.2 CE “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”.

⁶ “*Artículo 16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin mas limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*”.

⁷ “*Artículo 3. 1. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único limite la proteccion del derecho de los demas al ejercicio de sus libertades publicas y derechos fundamentales, asi como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad publica, elementos constitutivos del orden publico protegido por la ley en el ambito de una sociedad democrática.*”

⁸ “*La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso.*” STC 154/2002 – FJ7.

qual se interpôs o recurso consistia na anulação de sentença absolutória pelo crime de homicídio de Marcos, pronunciada em primeira instância, na *Audiencia Provincial de Huesca*.

Para uma correta apreciação do caso é imprescindível percorrer todos os seus acontecimentos, em seqüência cronológica, desde o primeiro atendimento médico recebido pelo menor até a data de seu falecimento; desta feita, torna-se necessário à avaliação dos fatos recapitular todos os passos de seus personagens.

Em 6 de setembro de 1994, três dias após sofrer uma pequena queda, o menor Marcos Vallés teve uma hemorragia nasal e foi atendido em um pronto socorro de seu município, onde não se identificou nenhum problema de saúde. Dois dias depois, ao apresentar uma hemorragia mais intensa, o menino foi levado pela mãe à Policlínica de *Fraga*, de onde foi imediatamente transferido para o Hospital *Arнау de Lérida*.

Neste hospital foi diagnosticada uma situação de alto risco hemorrágico, sendo prescrita uma transfusão de sangue, recusada pelos pais e pelo menor, que, por razões religiosas, alegaram não ser possível, sob hipótese alguma, receber sangue, ao que solicitaram um tratamento “alternativo”, tratamento este que médicos do Hospital alegaram desconhecer. Os pais solicitaram a alta do menor, pedido negado pelo hospital por considerar-se em risco a vida do menino caso fosse liberado no estado em que se encontrava. Na madrugada do dia seguinte, dia 9, o Juizado de Menores, atendendo a solicitação do Hospital de *Lérida*, concedeu autorização judicial para realizar a transfusão. Notificados pela autorização judicial, os pais acataram prontamente a decisão, de modo que nada fizeram para impedir sua execução, aceitando-a como uma vontade que lhes estava sendo imposta. O menor, no entanto, sem nenhuma interferência de seus pais, recusou a transfusão com “*auténtico terror*”⁹, reagindo violentamente, em um estado de grande agitação, agravando o risco que corria. Diante das circunstâncias, os médicos acabaram por desistir da transfusão contra a vontade do paciente por considerá-la absolutamente contraproducente, descartando também a possibilidade de realizá-la através de procedimentos anestésicos por avaliá-la, devido “*aos riscos envolvidos*”, nem médica nem eticamente correta.

Na mesma manhã, algumas horas mais tarde, os médicos concederam alta ao menor, após consulta ao Juizado de Menores, considerando-se que não havia nenhum outro tratamento alternativo a realizar. Permaneceram os pais e o menor neste hospital até cerca de 14h, aguardando seu histórico médico, de onde partiram ao fim da tarde, levando o menor de volta para casa.

Após o fim de semana, na segunda-feira dia 12, conforme piorava a situação do menor, seus pais o levaram ao Hospital Universitário Materno-infantil *del Valle d’Hebrón* em *Barcelona*, no qual diagnosticou-se uma “*síndrome de pancetopenia grave devido a uma aplaxia medular ou a infiltração leucêmica*” sendo novamente solicitada a transfusão de sangue como urgente, solicitação recusada mais uma vez pelos acusados e pelo próprio menor. Cite-se o fato de que neste hospital nenhum médico viu procedência em solicitar ao Juizado de Menores uma nova autorização para fazer a transfusão à revelia, nem se tentou realizá-la utilizando novamente a autorização judicial já existente pelo Juizado de *Lérida*, nem tampouco tentou-se fazer a transfusão por decisão dos próprios médicos, sobrepondo a defesa da vida à decisão tomada pelos pais e pelo paciente.

No mesmo dia, seguiram os pais do menor do hospital de *Hebrón* para o Hospital Geral da *Cataluña*, onde mais uma vez foram informados que era imprescindível e urgente realizar a transfusão, tendo em vista não haver nenhum tratamento alternativo disponível, orientações mais uma vez rechaçadas pelos acusados e por seu filho. De forma semelhante ao acontecido em *Hebrón*, novamente nenhum médico ou assistente social tomou a decisão de realizar a transfusão contra a vontade do menor e de seus pais, ou optou por utilizar a autorização do

⁹ Expressão utilizada pelo STC no relato dos fatos. Doravante considere-se todas as citações sem identificação como extraídas do texto da decisão STC 154/2002.

Juiz de *Lérida*, ou solicitou uma nova autorização ao Juizado correspondente na cidade de *Barcelona*.

Os pais do menor retornaram a sua casa, onde chegaram na madrugada do dia seguinte, dia 13. Enquanto o menor encontrava-se em casa, corria pela população da vila a notícia de sua enfermidade. Naquela ocasião, a doença “*já havia se tornado muito mais que um rumor pelas ruas de Ballobar*”, segundo o jornal *El Mundo*.¹⁰ No dia seguinte, ocorreu uma mobilização de professores que convocaram o Conselho Escolar, a Associação de Pais e Alunos e a prefeita do município para pedir providências. Na quarta-feira, dia 14, houve a denúncia ao *Juzgado de Instrucción de Fraga* contra os pais do menor por “*negação de auxílio*”. Horas depois, escoltados pela guarda civil, a juíza de Fraga, junto com um médico e um oficial de justiça foram à casa do menor para levá-lo. Os pais, ainda declarando suas convicções religiosas, acataram a vontade do Juizado, sendo o próprio pai do menor quem, após manifestar sua intenção de não lutar contra a lei, o levou à ambulância, que o conduziu até o Hospital de *Barbastro*, onde já chegou em coma profundo, procedendo-se a transfusão autorizada judicialmente. Isto sem haver qualquer intervenção dos acusados, os quais, como anteriormente, não tentaram em nenhum momento impedi-la. Após a transfusão, o menino foi trasladado para o Hospital *Miguel Servet de Zaragoza*, onde chegou já apresentando sinais de morte cerebral, vindo a falecer às 21h do dia seguinte.

O episódio casou grande comoção na época do falecimento do menor em 1994. Seu sepultamento, a despeito de ocorrer no pequeno cemitério do município de *Ballobar*, foi acompanhado por centenas de fiéis testemunha-de-jeová¹¹, e a visibilidade do fato na mídia gerou uma onda de reprovação por parte da opinião pública. Cite-se, a título de ilustração da visibilidade e polêmica do caso, uma enquête produzido pelo jornal madrilenho *El Mundo*, por ocasião da morte do menor arrolando depoimentos e críticas entre representantes de diversas igrejas.¹²

Ressalte-se também que a repercussão do episódio não ficou restrita à circunstância da morte do menor, mas gerou notícia no jornal *El País* a decisão do Tribunal Constitucional, oito anos depois, quando foi proferida a decisão que reformou a condenação dos pais¹³.

2 – Histórico jurisdicional

2.1 Decisão da *Audiência Provincial de Huesca* (1ª instância)

¹⁰ <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/17/sociedad/3883.html> (consultado em 27/05/2007)

¹¹ http://www.elpais.com/articulo/sociedad/TESTIGOS_DE_JEHOVA/LEUCEMIA/joven/anos/testigo/Jehova/muere/rechazar/familia/transfusion/elpepisc/19940917elpepisc_1/Tes. (consultado em 31/05/2007), <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/17/sociedad/3883.html> (consultado em 27/05/2007)

¹² “O arcebispo da Igreja Ortodoxa grega na Espanha, Dimitri Tsiamparlis, afirma que a negativa às transfusões de sangue por parte dos testemunhas-de-jeová é ‘um erro de sua doutrina’ [...]. Já para os evangélicos, segundo um pastor membro da Igreja apostólica pentecostal de Madri, o caso ‘carece de justificação bíblica ou de qualquer outro tipo’ [...]. Por sua vez o secretário geral da Comissão Islâmica espanhola, Riay Tatari, afirma ‘qualquer coisa que possa salvar a vida humana é obrigatória’ [...]. Para a comunidade judaica ‘as crenças dos testemunhas-de-jeová cessam de ser corretas a partir do momento que deixam morrer uma pessoa’ palavras de Ionel Mihalovici, diretor do Centro de Estudos Judaico-Cristãos de Madri. [...] Para a Igreja anglicana, a autoridade vicarial Carlos López Lozano defende que ‘acima dos ideais está a vida das pessoas [...]’ tratando-se de um problema de interpretação ‘esta leitura literal das escrituras sagradas é equivocada e os leva a cometer atrocidades’. Apenas a Igreja Católica não rechaçou os testemunhas-de-jeová. O monsenhor Ramón Torrella, arcebispo de Tarragona declarou: ‘para a Igreja católica, a consciência e, em caso concreto, a consciência religiosa, deve prevalecer sobre qualquer outra consideração e, inclusive, sobre qualquer lei civil [...]’ <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/17/sociedad/3883.html> (acesso em 27/05/2006)

¹³ http://www.elpais.com/articulo/sociedad/TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL/Constitucional/ampara/testigos/Jehova/cuyo/hijo/murio/negarse/transfusion/elpepisc/20020720elpepisc_4/Tes

Os pais do menor foram absolvidos em primeira instância, dispondo a sentença que: “os fatos declarados e provados [...] não constituem delito algum.” [...] “devemos absolver e absolvemos livremente os acusados [...] do delito a eles imputado, deixando sem efeito tantas resoluções (medidas), pessoais ou reais, que tenham se acordado nesta causa, e em suas peças, contra suas pessoas e contra seus bens, declarando de ofício o pagamento das custas da causa.”

O delito absolvido foi “homicídio por omissão”, conforme o disposto nos art. 138, na forma do art. 11 do Código Penal de 1995¹⁴, estimada como norma mais favorável aos acusados, concorrendo com circunstância atenuante “agir sob estímulos tão poderosos que chegam a produzir obsessão, havia a agravante do parentesco [...]”

Como fundamentos para a absolvição foram considerados a capacidade do menor em face ao seu direito de auto determinação e a relativização da tutela dos pais sobre ele. Foi questionado em qual momento e em quais casos se daria a aquisição de discernimento e consciência por menores, apresentando-se como exemplo o instituto previsto no art.92 do Código Civil que prevê o direito do menor ser ouvido em questões que digam respeito aos seus interesses¹⁵ assumindo que os menores possam ter “suficiente juízo”. O outro fundamento, a tutela não absoluta dos pais, expõe-se no texto da própria sentença, que estabelece “não ser exigível dos pais uma conduta”, – seja de aprovar ou de pedir para que o filho aprove a transfusão – “que seja contrária às suas convicções religiosas e de consciência e aos ensinamentos que, em prática e exercício [...] de sua liberdade religiosa, haviam sido transmitidos a seu filho desde muito antes do acidente ocorrido”.

Uma vez conferida à sociedade a oportunidade efetiva de substituir os pais, mediante a reclamação de assistência médica pelos motivos convencionais, aqueles “perderiam sua condição de garantidores, mesmo não aprovando [...] a transfusão de sangue, por não tentar impedi-la, caso de alguém decidir efetuá-la”, desconstituindo a imputabilidade dos pais como únicos garantidores.

2.2 Decisão da Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (2ª instância)

A sentença condenatória expressamente aceitou os fundamentos fáticos da sentença da Audiência Provincial de Huesca, considerando os fatos provados e partindo deles para concluir que houve omissão por parte dos pais: “[...] devemos e condenar e condenamos [...] como autores responsáveis do delito de homicídio, com a concorrência, de caráter muito qualificado, da atenuante de obsessão ou estado passional [...]”

Na argumentação do Ministério Fiscal (MF) contra a absolvição, insistiu-se que aos pais nunca teriam deixado de ser garantidores do menor por terem “reclamado assistência médica

¹⁴ “Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

[...] Artículo 11. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

[...] Artículo 138. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.”

¹⁵ “Artículo 92 1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos [...].

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. [...]

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

[...] dando oportunidade efetiva à sociedade de substituí-los”, e nem pelo fato de o menor por si também haver se oposto à transfusão; assim como não caberia argumentar que os pais não tenham continuado a exercer suas funções e deveres próprios de pátrio poder, em momentos cruciais para a vida do menor, quer seja na sua recusa à transfusão, ou na opção por retirar o menor do centro hospitalar e levá-lo para casa, onde permaneceu do dia 9 até o dia 12, data em que foi levado a *Barcelona*.

Ao não autorizar a transfusão, os pais não evitaram, como lhes seria exigido, o resultado morte, de modo que, com tal omissão, “*se gerou uma situação equivalente à causa do resultado típico*” devendo a sentença afirmar o dolo eventual, que não é excluído pelo desejo veemente de que não se houvesse produzido tal resultado.

3 – Supremo Tribunal Constitucional Espanhol

O texto da decisão do caso 154/2002, a ser descrita a seguir, possui grande relevância tanto como construção doutrinária quanto como fundamentação jurisprudencial. Para uma melhor apreciação da riqueza de seu conteúdo optou-se por manter sua estrutura e ordem, dispondo primeiramente os argumentos sobre o pedido, e, discorrendo sobre a posição do Tribunal Constitucional destacar em tópicos os conceitos arrolados como fundamentos da decisão.

3.1 Considerações iniciais sobre pedido de *amparo*

Alegou-se no pedido de *amparo* que a sentença condenatória dos pais do menor teria sido uma “*violação dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e à integridade física e moral, protegidas pelos artigos 16.1 e 15 da CE.*” A dita violação teria se produzido:

ao haver baseado-se a sentença recorrida na culpabilidade dos pais e a suposta exigibilidade destes a que, abdicando suas convicções religiosas, atuassem sobre a vontade expressa de seu filho, de negar-se a receber a transfusão de sangue, infringindo assim a liberdade religiosa e de consciência deste, seu direito à sua integridade física e moral e a não sofrer tortura nem tratamento desumano ou degradante.”¹⁶

Foram pontualmente questionados no pedido os dois argumentos que sustentaram a condenação penal imposta: 1) a irrelevância do consentimento ou oposição de um menino de 13 anos estando em jogo sua própria vida; 2) a exigibilidade aos pais de uma ação persuasiva sobre o seu filho, a tal ponto de imputar-lhes, por conta de sua conduta omissiva, o resultado da sua morte.

Em relação ao primeiro argumento, o pedido citou que o alcance e o conteúdo dos direitos contemplados pelo art. 16.1 da CE têm de ser interpretados em concordância com o disposto no art. 10.2¹⁷ da CE, ou seja, em conformidade com tratados e convênios internacionais assinados pela Espanha, em particular o *Pacto Internacional de Derechos Civis e Políticos* (PIDCP), cujo art. 18 que proclama o direito de toda pessoa a “*liberdade de pensamento, consciência e de religião*”.

¹⁶ “[...] *Se afirma, al efecto, que dicha violación se produjo al haber basado la Sentencia recurrida la culpabilidad de los recurrentes en la supuesta exigibilidad a éstos de que, abdicando de sus convicciones religiosas, actuaran sobre la voluntad expresa de su hijo, negativa a la transfusión de sangre en su persona, conculcando así la libertad religiosa y de conciencia de éste y su derecho a su integridad física y moral y a no sufrir tortura ni trato inhumano o degradante*”

¹⁷ “*Artículo 10. [...] 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Os limites à liberdade religiosa previstos no art. 3 da *Ley Organica de Libertad Religiosa* se referem à “proteção do direito dos outros”¹⁸ e à “salvaguada da segurança, da saúde e da moral pública, elementos constitutivos da ordem pública protegida pela lei.” Sustentou-se que tais limites não deveriam ser considerados no caso individual de um paciente que se nega a receber uma transfusão de sangue, pois estes protegem bens públicos e não individuais, indicando que, neste caso, não há risco algum à saúde pública.

A favor da consideração da capacidade do menor, citou-se a *Convenção dos Direitos da Criança* (CDC) e a *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, (LOPJM) art. 6¹⁹, estabelecendo que o menor “tem direito à liberdade de ideologia, consciência e religião” e igualmente o direito a ser ouvido tanto no âmbito familiar como em qualquer procedimento administrativo ou judicial em que esteja diretamente implicado e que conduza a uma decisão que afete sua esfera pessoal, direito que poderá ser exercido pelo próprio menor ou através de pessoa que o represente até possuir suficiente capacidade.

Incluiu-se a reação aterrorizada do menor – quando lhe foi proposta a transfusão – e sua recusa veemente, mesmo contra a argumentação da equipe médica, como o exercício de seu direito constitucional a “não sofrer tratamentos desumanos ou degradantes”, art. 15, CE²⁰. Conclui o texto do pedido que estaria ocorrendo evidente violação aos direitos constitucionais do menor Marcos, ao negar-se a validade e a relevância de sua livre e consciente vontade, manifestada negando o consentimento ao tratamento médico.

A refutação ao segundo argumento da condenação dispôs que a abordagem da questão em termos de um presumido conflito entre as convicções religiosas dos pais e a vida do menor não corresponderia aos fatos pois, nem o menor desejava se suicidar e nem seus pais desejavam sua morte; a contradição ocorreu entre a consciência religiosa do menor e a indicação do tratamento médico. E ainda, não pareceria razoável exigir de pais religiosos que renegassem absolutamente sua fé e obrigassem a seu filho de 13 anos, contra sua manifesta e responsável vontade, a receber este tratamento. Consta que os próprios médicos haviam desistido de realizar a transfusão à revelia, mediante efeito de anestesia, “por razões éticas e médicas”.

O pedido de revisão da condenação também recorreu à imunidade à coação, instituto que protege contra a prática obrigatória de atos de culto contrários a suas próprias crenças, art. 2.1 b) da LOLR²¹, baseado na dignidade constitucional das pessoas, art. 10.1 CE²².

A obrigação de prestar total assistência à seus filhos durante sua menoridade e em outros casos previstos em lei, art. 39.3 CE²³, não se oporia, ao contrário, ao art. 6.3 da

¹⁸ “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como unico limite la proteccions del derecho de los demas al ejercicio de sus libertades publicas y derechos fundamentals, asi como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad publica.”

¹⁹ “Ley Orgánica 1/1996. - Artículo 6. Libertad ideológica.

1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.

2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”.

²⁰ “Artículo 15.- Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

²¹ “Artículo segundo – Uno –. La libertad religiosa y de culto garantizado por la constitucion comprende, cón la consiguiente inmunidad de coaccion, el derecho de toda persona a: [...]. B) practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesion; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminacion por motivos y no ser obligado a practicar ectos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convecciones personales.”

²² “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

LOPJM, que determina o pleno exercício dos direitos constitucionais que são reconhecidos ao filho, dentre eles ignorar a representação legalmente atribuída a seus pais, caso haja divergência no âmbito da liberdade de consciência. Desta forma, encontrando-se o menor consciente e lúcido, não caberia aos pais fazê-lo mudar de idéia, mas prestar-lhe assistência no exercício de seus próprios direitos constitucionais de liberdade de consciência e religião, de proteção à sua integridade física e moral, e contra tortura.

O pedido expôs como um exagero considerar-se o dever ou exigibilidade da conduta dos pais como pressuposto de uma omissão punível, e como determinante de uma morte que eles nunca quiseram nem aceitaram, tendo os pais tentado e esgotado todas as possibilidades ao seu alcance para salvar a vida e a dignidade de seu filho. Fez-se referência ao papel, previsto em lei, de garantidor dos pais, mas ressalvando este “*não pode extrapolar as exigências da racionalidade, nem os direitos fundamentais do agente e nem de terceiros*”, ao citar que nem os médicos levaram seus deveres de garantidores às últimas conseqüências.

3.2 Posição do Ministério Fiscal contra o recurso de *amparo*

Argumentou-se sobre a impossibilidade da interpretação dada à sentença condenatória da *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* como uma violação aos direitos fundamentais previstos nos arts. 15 e 16.1 da CE, e o reconhecimento obrigatório da incapacidade legal de um menor para adotar qualquer decisão irrevogável acerca de sua própria vida ou morte. O desempenho fático do pátrio poder, no qual os pais deveriam sempre responder, em qualquer situação, pela vida e saúde do menor, seria absoluto, segundo art.2 da LOPJM²⁴ e art. 154 do Código Civil²⁵.

Dispôs o MF que os pais mantiveram o pleno domínio da situação tanto na solicitação da alta do filho, em todas as ocasiões de recusa a realizar a transfusão, assim como sobre o traslado do menor para seu domicílio, de onde saiu apenas por denúncia da autoridade pública; tomaram os pais, em todos os momentos, suas próprias decisões, não delegando nem transferindo o dito domínio nem à autoridade judicial e nem aos médicos. Esta manifestação constituiu uma situação fática que, já resolvida pelo Tribunal Superior em forma legal, careceria de dimensão constitucional.

Neste caso, o tratamento específico “transfusão de sangue” configuraria uma limitação válida do direito fundamental à liberdade religiosa dos recorrentes, não apenas em contraposição ao direito fundamental à vida dos próprios, mas quando o titular do direito à vida for uma terceira pessoa com a qual há uma relação especial de responsabilidade, decorrente do pátrio poder.

Segundo o MF, um dos limites ao direito fundamental da liberdade religiosa seria a saúde – vida – do menor, responsabilidade de seus pais como garantidores, considerando a incapacidade legal do menor para tomar uma decisão tão transcendental e definitiva sobre sua própria vida.

²³ “Artículo 39. [...] 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”

²⁴ “Artículo 2. Principios generales.

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

²⁵ “Artículo 154 - Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.”

Neste caso, havendo a relação específica de sujeição, o pátrio poder, não obstante a obrigação de respeitar o consentimento do paciente, que deve prevalecer sobre imposição coativa de tratamento médico, *Ley General de Sanidad* (LGS), arts. 10.1.6²⁶, sustenta o MF que os pais teriam a obrigação legal de zelar para que a saúde do filho não sofresse qualquer ônus, e mais ainda tratando-se de disposição sobre sua vida. Ao não fazê-lo, ainda que tendo sido motivados por convicções religiosas, os pais do menino deixaram de atender à obrigação de guarda e custódia compreendida no dever de salvar a vida de seu filho menor de idade, ainda que esta obrigação limite ou contrarie o pleno exercício da liberdade religiosa.

É digno de menção o argumento apresentado pelo Ministério Fiscal de que, no curso do processo penal, no âmbito do TS, não havia sido invocada a possível violação a preceito constitucional. Cabe perscrutar a pertinência de se levantar questões constitucionais fora de sua competência processual.

3.3 Doutrina e jurisprudência citadas na decisão

A titularidade dos direitos fundamentais alegadamente violados atribui-se tanto aos recorrentes do recurso de amparo como ao menor falecido. Dado que o recurso de *amparo* se dirige contra pronunciamento condenatório dos pais do menor, há que entender-se que a violação constitucional denunciada neste pedido é do direito fundamental à liberdade religiosa dos pais, por mais que a conduta que lhes tenha sido exigida na sentença agora impugnada pudesse comportar o desconhecimento dos direitos do menor (especificamente a respeito de suas crenças e a sua integridade moral e física).

O objeto do recurso pedido centra-se na relação que pode haver entre a condição de garantidor (nos termos expostos) e o direito fundamental à liberdade religiosa dos pais do menor, e, neste caso, o efeito do princípio da legalidade sobre esta relação, dentro da perspectiva constitucional.

Ao enfrentar o caso aqui relatado, ao STC coube, com preciosismo, percorrer quais seriam o conteúdo e os limites próprios do direito à liberdade religiosa, e quais as características peculiares do caso que afetariam o exercício do direito à liberdade religiosa.

A Constituição espanhola reconhece o direito à liberdade religiosa tanto para os indivíduos como para as comunidades, art. 16.1 CE “[...] *sem mais limitações, em suas manifestações, que as necessárias à manutenção da ordem pública protegida por lei*”. Em sua dimensão objetiva, a liberdade religiosa comportaria dupla exigência: art. 16.3 CE “*por uma lado, a neutralidade dos poderes públicos, ínsita à laicidade; por outro lado, a manutenção das relações de cooperação dos poderes públicos com as diversas Igrejas.*” Neste sentido, foram citadas as decisões STC 46/2001²⁷ e STC 177/1996²⁸. Em dimensão subjetiva, a liberdade religiosa guardaria dupla natureza: interna, ao “*garantir a existência de um claustro íntimo de crenças [...] um espaço de autodeterminação intelectual frente ao fenômeno religioso, vinculado a sua própria personalidade e dignidade individual*”, STC 177/1996, e externa: “*esta liberdade [...] inclui também uma dimensão externa de agere*

²⁶ “*Ley 14/1986 - Artículo. 10 todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones publicas sanitarias: [...]*

6. A la libre eleccion entre las opciones que le presente el responsable medico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realizacion de cualquier intervencion, excepto en los siguientes casos: A) cuando la no intervencion suponga un riesgo para la salud publica. [...] “

²⁷ Recurso (provido) impetrado pela “*Iglesia de la Unificación*” contra a recusa à sua inscrição no registro oficial de entidades religiosas. <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC2001-046.html>

²⁸ Recurso (não provido) impetrado por don Francisco Esteban Hernández Sánchez e outros, solicitando anulação de sentença condenatória por indisciplina e insubordinação de oficiais militares que haviam se recusado a participar de evento religioso.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0177

licere que faculta aos cidadãos atuar de acordo com suas próprias convicções e mantê-las frente a terceiros”.

O reconhecimento deste âmbito de liberdade e ação se daria “*com plena imunidade de coação do Estado ou de quaisquer grupos sociais.*” STC 46/2001, STC 166/1996²⁹; âmbito complementado, em dimensão negativa, pela prescrição do art. 16.2 da CE de que “*ninguém será obrigado a manifestar-se sobre sua ideologia, religião ou crenças*”.

Portanto, em sua vertente subjetiva, o Tribunal Constitucional definiu a liberdade religiosa dentro do grupo de direitos denominados de “*autonomia*”, descrevendo sua dupla dimensão – interna e externa – ao caracterizar a liberdade religiosa como um direito subjetivo de caráter fundamental que se concretizaria externamente no reconhecimento do âmbito de liberdade de ação, na esfera do *agere licere* individual, assumindo o Estado a proteção ao exercício desta liberdade frente a outras pessoas e grupos sociais. A dimensão interna, por sua vez, consistiria num “*claustró íntimo de crenças*” de natureza privada e absolutamente autônoma, vinculando-se aos direitos da personalidade em sua configuração de poder de autodeterminação. Seria a faculdade de agir de acordo com as próprias convicções, direito de todos os cidadãos, incluindo a defesa destas convicções frente a terceiros. A vertente subjetiva do direito se complementaria, em dimensão negativa, com a prescrição do inciso 2 do art. 16 da Constituição, segundo o qual ninguém poderá ser obrigado a declarar-se sobre sua ideologia, religião ou crenças.

Para demonstrar o alcance de um direito frente à incidência de seu exercício sobre outros titulares de direitos e bens constitucionalmente protegidos, citou-se a decisão STC 141/2000³⁰: “*o direito que assiste ao crente de acreditar e comportar-se conforme suas convicções não se encontra submetido a mais limites que os que impõem o respeito aos direitos fundamentais alheios e outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente.*”

Ainda sobre os limites à liberdade religiosa, foi arrolada a legislação específica, já reproduzida neste relatório: LOLR, art. 3.1; e a previsão constitucional de incidência dos tratados e acordos internacionais, art. 10.2 CE, citando, especificamente o art. 9 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais, (CEDH), que dispõe: “*a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções não poderá ser objeto de mais restrições além das que, previstas pela lei, constituem medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde ou da moral públicas, ou a proteção aos direitos ou liberdades alheios.*”³¹ e o art. 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, (PIDCP), de 1966, “*a liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita unicamente aos limites prescritos por lei que sejam necessários à proteção da segurança, a ordem, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais alheios.*”³²

²⁹ Recurso (não provido) interposto por Miguel Angel Amézqueta, testemunha-de-jeová, que havia pleiteado tratamento médico público diferenciado por motivo religioso. http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0166

³⁰ Recurso (provido) interposto por don Pedro Carrasco frente à sentença que havia reduzido o regime de visitas a seus filhos, a pedido de sua ex-esposa, alegando a influência da religião de Carrasco como motivo. <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2000/STC2000-141.html>

³¹ “*Artículo 9 1) Libertad de pensamiento, de conciencia y de religion 1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religion ; este derecho implica la libertad de cambiar de religion o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religion o sus convicciones individual o colectivamente, en publico o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las practicas y la observancia de los ritos.*

2) La libertad de manifestar su religion o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democratica, para la seguridad pública, la proteccion del orden, de la salud o de la moral publicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

³² “*Artículo 18*

3.4 Fundamentos da decisão do STC

Como a exigência feita aos pais para que atuassem convencendo o próprio filho, ou permitindo diretamente a transfusão, seria na realidade uma violação de suas convicções religiosas, coube concluir lembrando que estas convicções não se configuraram como um obstáculo à proteção da vida do menor, citando o fato de que, quando foi exercida ação tutelar por parte do poder público, ao seu exercício em nenhum momento se opuseram seus pais.

O Tribunal Constitucional considerou que a exigência de uma ação persuasiva ou permissiva com a transfusão confrontaria a essência do direito à liberdade religiosa, indo além do dever exigível em virtude de sua posição jurídica para com o menor, não cabendo à condição de garantidor dos pais se estender ao cumprimento de tais exigências. A atuação dos recorrentes encontrar-se-ia integralmente amparada no direito fundamental à liberdade religiosa, prevista no art. 16.1 CE, resguardando a incolumidade de sua atitude omissiva.

I – O menor como titular do direito à liberdade religiosa

O texto do art. 16.1 da CE é genérico, em favor “*dos indivíduos e das comunidades*”, sem mais especificações, assim como a LOLR, desenvolvida a partir do preceito constitucional, reconhece este direito a “*toda pessoa*”, no art. 2.1. Confirma-se a inclusão dos menores neste rol nos termos do art. 10.2 da CE, pelo disposto na Convenção dos Direitos da Criança, 1989, em virtude da qual ficam os Estados obrigados ao respeito “*do direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião*”, art. 14.1; sem prejuízo aos “*direitos e deveres dos pais e, em seu caso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício de seu direito conforme a evolução de suas faculdades*”, art. 14.2, prescrevendo no art. 14.3 que “*a liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita unicamente às limitações previstas em lei que sejam necessárias à proteção da segurança, da ordem, da moral ou saúde públicas ou os direitos e liberdades fundamentais alheios*”³³.

No plano interno, a Lei nº1/1996, de Proteção Jurídica ao Menor, em seus arts. 3º e 6º sanciona qualquer discriminação de menores de dezoito anos por razões religiosas, e lhes reconhece explicitamente “*direito a liberdade de ideologia, consciência e religião*”, cujo exercício “*tem apenas as limitações prescritas em lei e pelo respeito aos direitos e liberdades fundamentais alheios*”. Ainda sobre este direito, art.6.3 “*os pais ou tutores tem o direito e o dever de cooperar para que o menor exerça esta liberdade de modo a contribuir com seu desenvolvimento integral*”.

Sobre a titularidade de direitos dos menores, STC 141/2000:

sob a perspectiva do art. 16.1 da CE, os menores de idade são titulares plenos de seus direitos fundamentais, neste caso, seus direitos à liberdade de crenças e a sua

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

2. *Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.*

3. *La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás [...].*”

³³ “Artículo 14

1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

3. *La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*”

integridade moral, sem que o exercício dos mesmos e a faculdade de dispor sobre estes sejam abandonadas integralmente aos que respondem pela sua guarda e custódia, como neste caso, seu pátrio poder, cuja incidência sobre a fruição do menor de seus direitos fundamentais será flexível em função da maturidade da criança e os distintos estados que a lei gradua sua capacidade de agir

Além das razões religiosas, pode-se considerar que, ao opor-se o menor à ingerência alheia sobre seu próprio corpo, estaria ele exercendo seu direito de autodeterminação, tendo como objeto o próprio substrato corporal – distinto do direito à saúde e à vida – traduzido em princípio constitucional como um direito fundamental à integridade física, no art. 15 CE.

II – Capacidade do menor

O recurso de *amparo* alega, expressamente, o erro de estabelecer “*a irrelevância do consentimento ou oposição de um menor de treze anos de idade, ainda mais, estando em jogo sua própria vida*”.

Há que se considerar: 1) o fato de o menor exercer determinados direitos fundamentais de que era titular: à liberdade religiosa e à integridade física; 2) a prevalência e prioridade do interesse do menor, tutelado pelos pais e por órgãos judiciais; 3) o valor da vida, bem afetado pela decisão do menor; 4) os efeitos previsíveis da decisão do menor, irreversíveis e irreparáveis, de perda da vida.

Partindo de considerações anteriores e pela falta de dados suficientes, não havia como afirmar que o menor falecido tivesse a maturidade de juízo necessária à decisão do caso; ainda assim, a decisão do menor não teria o condão de vincular seus pais. Assinale-se a reação do menor às tentativas dos médicos, demonstrativa de sua convicção e consciência, que não poderiam ter sido ignoradas ou desconhecidas pelos pais, na avaliação da exigibilidade da conduta de colaboração com os médicos e contrária ao menor.

Discorreu o STC sobre os direitos e obrigações que surgem no âmbito das relações humanas – concentrados nas normas da legislação ordinária – e que devem ser validados caso eficazes, na medida em que seu conteúdo não ultrapasse a esfera constitucional, respeitando os limites próprios dos direitos fundamentais. Os órgãos judiciais não poderiam (nem deveriam) configurar um conteúdo estrito para os “*deveres do garantidor*” a partir de uma abstração dos direitos fundamentais, tal como o direito à liberdade religiosa, art. 16.1. Lembrando-se que as normas de ações, cujo descumprimento gera um delito omissivo, acabariam por restringir a liberdade em maior medida que as proibições de ações, cuja infração gera delitos de ação.

III – Conflito entre direitos fundamentais

Confrontando o direito à vida do menor e o direito à liberdade religiosa dos pais, deve-se considerar fato incontestável a vida como um valor superior dentro do ordenamento jurídico constitucional. O direito à vida possui um conteúdo de proteção positiva que impede a configuração de um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte – este seria não um direito fundamental, mas um princípio geral de liberdade constitucional.

No presente caso, no confronto entre os valores constitucionais, a efetividade do direito preponderante – a vida do menor – não teria sido impedida pela atitude de seus pais, que, sempre que solicitados, acataram as decisões judiciais que autorizavam a transfusão; desta feita, a contraposição entre os direitos à vida do menor e ao exercício da liberdade religiosa dos pais não chegou a se concretizar.

Levando-se em conta que o recurso interposto se dirigiu contra o pronunciamento condenatório contra os pais de Marcos, a violação à liberdade religiosa a ser invocada incorre sobre os pais, ainda que o exercício da liberdade religiosa do menor também integre o histórico do caso e tenha dado azo à consequência imputada como crime aos pais.

IV– Saúde pública como saúde em geral

A partir do disposto nos art. 9.2 da CEDH e no art. 18.3 PIDCP deve-se interpretar o instituto “ordem pública” à luz dos conceitos legais de segurança, saúde e moral públicas, integrando estas definições ao texto do art. 3.1 da LOLR, que também invoca a ordem pública como limitador à expressão liberdade religiosa.

O caso médico do menor Marcos não chegou a afetar a segurança ou moral públicas, e nem tampouco a saúde pública, lembrando-se que as normas internacionais citadas consideram saúde pública como saúde em geral.

Os princípios gerais que norteiam a bioética expressam que jamais será lícito fazer o mal, mas às vezes pode não ser igualmente lícito fazer o bem; a lei sanitária espanhola, *Ley General de Sanidad* (de 1986), dispôs que o direito à vida teria perdido sua preeminência frente ao direito à liberdade. Os doentes possuem legitimidade para recusar quaisquer tratamentos, cabendo aos médicos responsáveis apenas o ônus de informar sobre as eventuais conseqüências de sua liberalidade.

Segundo a mesma lei, podem ocorrer situações em que circunstâncias exteriores ao indivíduo adquiriram relevante interesse social e desta forma seja plenamente justificável limitar a sua autonomia e liberdade decisória pessoal, como nos casos envolvendo riscos à saúde pública, que podem afetar todo um grupo social e envolvem interesses de toda coletividade. Entretanto, quando a decisão de quem assume um risco sobre sua própria saúde é um ato que somente a ele afeta, como ocorreu com o menor Marcos, pode-se sustentar a ilicitude de um tratamento médico contra sua vontade expressa, não se justificando a coação do paciente em nome da ordem pública.

V– Conduta dos pais e nexos de causalidade com o resultado morte

Obrigar os pais a autorizar a transfusão e tentar convencer seu filho a aceitar a transfusão constituíram condutas específicas absolutamente contrárias às suas convicções religiosas, assim como contrárias à vontade manifestada conscientemente pelo filho. Ao apreciar-se a omissão dos pais deve-se considerar que tentar convencê-lo seria uma hipótese de improvável eficácia ou possibilidade de êxito.

Destaque-se em defesa do interesse dos pais no bem-estar do filho o fato de terem procurado inúmeras vezes os hospitais, submetendo-o a cuidados médicos, e não se opondo à atuação do poder público, ao acatarem as decisões que autorizaram obrigar a transfusão.

Cabe observar que a doutrina penal espanhola, semelhante, neste aspecto, à brasileira, entende o crime comissivo por omissão como um crime de resultado, não sendo bastante operar-se somente o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o fato criminoso resultante: é imprescindível que o sujeito tenha a obrigação de impedir a produção de tal resultado, devido à sua posição de garantidor. É preciso constatar que este mesmo agente-omissivo tenha, por sua conduta, poderes para evitar o resultado, sendo um elemento imprescindível à caracterização do papel de garantidor a evitabilidade do resultado através de sua eventual ação. Pode-se concluir que os riscos para a vida do menor aumentaram, certamente, na medida em que passavam os dias sem proceder-se à transfusão, mas o pátrio poder tem que ser exercido, segundo o Código Civil espanhol, em seu art. 154 “*de acordo com sua personalidade [do filho]*”.

Considerações finais

Um editorial do jornal madrileno *El Mundo*, publicado na semana da morte do menor, fez um conciso retrato da opinião pública sobre o caso, destacando haver duas espécies de reações extremadas, sob duas correntes de pensamento, ambas igualmente equivocadas. A primeira sustentaria que a recusa à transfusão de sangue por parte dos Testemunhas de Jeová deveria ser absolutamente proibida por lei, atendendo-se ao fato de a

vida ser um direito que teria precedência sobre qualquer tipo de crença. Afirma o jornal, com pertinência e propriedade, que o direito à vida não poderia equivaler a um dever de viver, não cabendo obrigar ninguém a viver ou lhe impor um inferno em vida, inferno este de que padeceria um Testemunha de Jeová que recebesse sangue, equivalendo esta circunstância, conforme professa sua fé, a uma condenação eterna e definitiva de sua alma. Entretanto, o respeito às crenças religiosas precisa de uma fronteira, um parâmetro: não causar danos a terceiros. Segundo o jornal, o arcebispo de *Tarragona* teria se equivocado ao sustentar que a consciência religiosa pode e deve prevalecer sobre qualquer opinião, ideal ou lei. Esta seria a segunda posição ou corrente de opinião pública, também desprovida de razão e sob uma chave simplificadora, precarizando o debate técnico-jurídico, que neste caso não só é necessário como inevitável.

Descontando-se a simplificação da opinião jornalística provocada pela comoção pública, resta seu conteúdo de razoabilidade: uma ponderação entre extremos. Seguindo o argumento do professor Barreto Ortega, que em seu artigo invoca Alexy para sustentar que “*o conflito não se soluciona declarando-se a invalidade de um dos bens em confronto, mas que, atendidas as circunstâncias de cada caso, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada. [...] indicar as condições sob as quais um bem pode preceder a outro.*” deve-se contrapor os direitos cuidando de perscrutar sua essência concreta.

É fato que não há indiferença possível frente à vida de um indivíduo, mais exaltada a demanda por tutela por tratar-se de vida de um menor. Há muito incômodo sob a forma de perguntas que não comportam respostas claras, mas é mister da construção jurisprudencial e doutrinária recolher estes pontos e articulá-los, sem temer os confrontos e contradições circunstanciais. O debate sobre o protagonismo de um menor com treze anos de idade, seu discernimento e capacidade frente à crença religiosa que se pode creditar aos seus pais, deve considerar sua autonomia à luz da sua formação. É legítimo invadir o âmbito privado da consciência ao levar em conta a dogmatização imposta involuntariamente pelos pais ao menor? Cabe julgar esta esfera de ação, ainda que sob o interesse legítimo de defender o menor Marcos Vallés? Por que e como se deve julgar alguém que, conscientemente, se recusa a medicar-se por motivos de consciência?

Com algum reducionismo, mas sem ferir a verdade, deve-se refletir sobre os princípios da liberdade e igualdade – manifestadamente fundamentais à relação entre o Estado e a religião – que permanecerão como a dicotomia sobre a qual deve resolver e ponderar o Tribunal Constitucional, permanecendo imprescindíveis e obrigatoriamente aplicáveis à todas as instituições jurídicas.

Caberia incluir no debate sobre a importância do direito à liberdade religiosa uma apreciação de seu momento atual na Europa, neste início do século XXI, seja para cumprir a integração de novos coletivos de imigrantes que professam suas próprias religiões, estendendo a estes o respeito aos direitos fundamentais, ou quando os afetados forem apenas mais sujeitos em posições mais vulneráveis. Deve-se destacar uma das finalidades intentadas pela liberdade religiosa, identificável em outras decisões sobre direitos fundamentais: construir um mecanismo de proteção das minorias frente às maiorias em meio ao pluralismo e à diversidade cultural presente na Espanha. A este respeito, convém destacar que muito comumente se presume as instituições públicas como neutras, enquanto na realidade são representativas de suas maiorias, de forma que atuam camufladas de uma universalidade que pode vir a excluir ou estigmatizar os grupos minoritários. É o que parece ocorrer quando se entende a configuração do domingo como o dia do descanso semanal laico, ou com a valoração de determinadas manifestações religiosas como tradicionais e culturais e, em consequência deste fato, consideradas como neutras. É preciso avaliar o quanto os padrões e objetivos comuns são, na realidade, crenças representativas da maior parte de uma população. Evidentemente que não cabe questionar a legitimidade de qualquer maioria, seja ela política,

econômica ou cultural, muito menos a viabilidade de encontrar soluções que acolham satisfatoriamente todas as minorias. Mas considere-se que, por outro lado, o registro sobre o qual devemos entender o direito público, a proteção e a tutela estatal, tem como dever concretizar-se para todos, como um bem a todos garantido, manifestando-se na prática como uma equalização desta sociedade cada vez mais multicultural.

Integrar demandas particulares na prática sem perder o escopo geral do bem comum é, talvez, uma das missões estratégicas do direito público atual, sem a qual a profundidade e a força dos direitos e garantias constitucionais se dispersariam em teorias e debates doutrinários estéreis. A despeito de sua aparente impossibilidade concreta, uma justiça caracterizada pela equidade e equilíbrio, sem perder de vista as características essenciais de cada situação, tem o condão de se realizar em casos como o mencionado 154/2002, que arrematou doutrina e jurisprudência em favor do exercício do direito constitucional à liberdade religiosa, sob forma extrema, entre vida e morte.

BIBLIOGRAFIA:

- 5 - CASTILLO, Antonio López. **Libertad de Conciencia y de Religión**. Revista Espanhola de Derecho Constitucional. nº 63, Septiembre/Diciembre, 2001.
- 6 - JANÉ, Neus Olivera. **La Evolución de la Libertad Religiosa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Revista Catalana de Dret Públic. nº 33, Novembre de 2006.
- 7 - ORTEGA, Abraham Barreto. **Libertad Religiosa y Deber de Garantizar la Vida del Hijo**. Revista Espanhola de Derecho Constitucional. nº 75, Septiembre/Diciembre, 2005. págs. 325–356.
- 8 - TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e SÁ, Maria de Fátima Freire. **Responsabilidade Médica e Objeção de Consciência Religiosa**. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano VI, nº21, Janeiro/Março, 2005. págs.121–139.

ARQUIVOS JORNALÍSTICOS

- 9 - http://www.elpais.com/articulo/sociedad/TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL/Constitucional/ampara/testigos/Jehova/cuyo/hijo/murio/negarse/transfusion/elpepisoc/20020720elpepisoc_4/Tes (consultado em 31/05/2007)
- 10 - http://www.elpais.com/articulo/sociedad/TESTIGOS_DE_JEHOVA/LEUCEMIA/joven/anos/testigo/Jehova/muere/rechazar/familia/transfusion/elpepisoc/19940917elpepisoc_1/Tes (consultado em 31/05/2007)
- 11 - <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/18/ultima/4385.html> (consultado em 27/05/2007)
- 12 - <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/16/sociedad/3061.html> (consultado em 27/05/2007)
- 13 - <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/09/17/sociedad/3883.html> (consultado em 27/05/2007)

LEGISLAÇÃO:

- 14 - Constituição espanhola:
<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>
- 15 - Código Civil espanhol: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>
- 16 - Código Penal espanhol: <http://constitucion.rediris.es/legis/1995/lo10-1995.html>
- 17 - Lei de Proteção ao Menor: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.html
- 18 - Lei Orgânica Liberdade Religiosa:
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo7-1980.html
- 19 - Lei Geral de Saúde: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-1986.html

- 20 - Convenção Europeia de Direitos Humanos:
- 21 - <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/Basic+Texts/The+European+Convention+on+Human+Rights+and+its+Protocols/>
- 22 - Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos:
<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>
- 23 - Convenção sobre *Derechos del Niño*:
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm

JURISPRUDÊNCIA Supremo Tribunal Constitucional espanhol:

- 24 - 154/2002: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2002/STC2002-154.html>
- 25 - 46/2001: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC2001-046.html>
- 26 - 141/2000: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2000/STC2000-141.html>
- 27 - 177/1996:
http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0177
- 28 - 166/1996:
http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0166