

# Concorrência de Direitos Fundamentais em Direito de Família

## Conflito entre Intimidade Genética do Menor e Interesses Familiares e Conflitos referentes à Liberdade Religiosa no Seio Familiar

Bruno Torquato de Oliveira Naves  
Maria de Fátima Freire de Sá

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Situações jurídicas em conflito; 3 Axiologia e normatividade; 4 Conclusão; 5 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família talvez seja um dos ramos mais afetados pelas mudanças sociais e culturais empreendidas na sociedade, nos últimos tempos. A tradicional família abre espaço para novas formas de entidades familiares. Se antes falávamos em igualdade nas relações patrimoniais, hoje, o mesmo princípio se estende às relações pessoais entre cônjuges e entre estes e sua prole ou à prole de cada um. Assistimos a uma “diminuição” da autoridade parental e a uma crescente afirmação de que o poder parental deve se apresentar muito mais como uma função, exercida em benefício dos filhos. E, por fim, mas não menos importante, deparamos com uma nova visão da realidade do menor, visto, principalmente, como sujeito pleno de direitos fundamentais, que busca autonomia através do discernimento, que procura uma melhor inserção no seu núcleo familiar.

Essas poucas assertivas são material suficiente para este artigo, que pretende discutir a concorrência de direitos fundamentais no Direito de Família. Fato é que o “mágico” princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado em todos ou quase todos os julgados que envolvem o Direito de Família e, a crítica que denunciamos, é a aplicação muitas vezes inconsistente do mesmo princípio, disfarçado de princípio, mas que, na realidade, traduz-se em valores do aplicador do Direito. Assim, como trabalhar o princípio da dignidade da pessoa humana? Possui ele um substrato axiológico, ou sua aplicação deve se dar por uma visão procedimental?

No próximo item, trataremos de situações que envolvem a concorrência de direitos fundamentais, muitas vezes traduzidos em princípios/valores jurídicos, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 2 SITUAÇÕES JURÍDICAS EM CONFLITO

O problema da “Concorrência de Direitos Fundamentais em Direito de Família” pode ser vislumbrado em algumas questões polêmicas, que, para efeitos didáticos, serão divididas em três itens:

I. Uma primeira controvérsia se verifica quando do consentimento de incapazes, especificamente em relação a pesquisas genéticas. A presunção de ausência de discernimento faz deles pessoas vulneráveis, mas não deve afastar-lhes da partilha dos benefícios do diagnóstico e tratamento genéticos.

Salientamos, todavia, que os benefícios da pesquisa genética não se limitam ao pesquisado, podendo ser úteis à sua família, à sua comunidade ou, até mesmo, à humanidade como um todo. Mas até onde um pretense interesse familiar ou coletivo poderia justificar a dispensabilidade do consentimento? Pesquisas genéticas que tragam benefícios a terceiros podem ser autorizadas sem consentimento do pesquisado-incapaz?

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada pela UNESCO em 1997, trata do assunto, abordando a questão do consentimento, principalmente, na alínea “e” do artigo 5º:

Art. 5º [...]

e - Se, conforme a legislação, um indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento, a

pesquisa envolvendo seu genoma apenas poderá ser realizada para benefício direto à sua saúde, sujeita à autorização e às condições de proteção estabelecidas pela legislação. Pesquisa sem perspectiva de benefício direto à saúde apenas poderá ser efetuada em caráter excepcional, com máxima restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incômodo mínimos e quando essa pesquisa vise contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética, sujeita às determinações da legislação e desde que tal pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos do indivíduo. (UNESCO, 1997, grifos nossos).

Em um primeiro momento, parece-nos existir uma preocupação com o paciente, pois intromissões no material genético somente serão permitidas para beneficiá-lo, estando de acordo com o princípio da beneficência. No entanto, a mesma alínea e prossegue informando que o incapaz poderá ser sujeito da pesquisa, independentemente de benefícios diretos à sua saúde, desde que beneficie a saúde de outro indivíduo, e o mais corriqueiro é que seja um familiar, com aspectos genéticos similares. Não há um aparente contra-senso em afirmar que os capazes de fornecer o consentimento só estarão sujeitos às pesquisas se assim entenderem conveniente, e os incapazes poderão ser submetidos a pesquisas pela perspectiva de beneficiar terceiros?

Mais uma vez nos apresenta a questão de quem tem legitimidade para determinar aquele que deve submeter-se à pesquisa em âmbito tão íntimo. Lembramos que referido artigo afirma que a pesquisa poderá ser realizada, independente de benefícios ao incapaz que a ela se submeta.

O ser humano não deve ser “objeto” de experiência da ciência, mas participe do processo de conhecimento, como ser racional que é, capaz de fazer suas escolhas e determinar seus interesses. Poderíamos, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, justificado no benefício da pesquisa a familiares do incapaz, violar sua intimidade genética? Acaso o princípio da dignidade seria eleito apenas para benefício de uma das partes, sob um pano de fundo de um típico Estado Social? Se pensarmos a dignidade humana como a busca por iguais liberdades fundamentais jamais poderíamos concordar com tal escolha porque a saúde de alguém não pode ser comprometida em nome de um interesse familiar. Esta decisão não seria jurídica.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de aferição do discernimento, que será melhor trabalhado no item três deste tópico.

II. Outro aspecto que podemos enfrentar é o relativo ao direito à informação genética. Uma vez realizada a pesquisa com o consentimento do sujeito ativo, o resultado desta deve ser-lhe disponibilizado. Mas, e se houver recusa quanto à vontade de saber a verdade sobre os dados genéticos? O que fazer se o indivíduo se nega a conhecer o resultado da pesquisa e ainda não permite que se disponibilize a informação aos familiares que poderiam se ver afetados?

Determinadas análises genéticas podem gerar informações essenciais não só ao interessado, sujeito da pesquisa, mas também a terceiros, como seus familiares. Sobre esse assunto Julio César Galán Cortés (2001, p. 348) invoca o Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina, e afirma que em casos assim, a informação deve ser passada aos familiares, todavia, respeitando ao máximo o direito de não saber do sujeito da pesquisa. Admite, como solução, notificação aos familiares que permita impedir que padeçam de uma enfermidade grave, que, provavelmente, não poderia ser evitada de outro modo.

O conflito não é fácil de ser resolvido. Nosso entendimento é no sentido de que os dados genéticos obtidos do estudo do genoma de uma pessoa, a ela pertencem e não aos seus familiares. Contudo, relembramos o leitor de que o direito de acesso aos dados genéticos e o direito a intimidade não são absolutos, razão pela qual, no caso concreto, pode haver razão para que, em via de exceção, a informação seja disponibilizada à família. O modo melhor de manter equilíbrio entre interesses da pessoa que participa da pesquisa, submetendo-se às provas, e os interesses dos familiares é através da persuasão, e quando necessário, enfatizando o conflito de deveres, que se verifica quando o único modo de impedir um prejuízo grave a terceiros é a comunicação da informação, mas, ainda assim, garantindo ao pesquisado o seu direito de não saber.

Na seara da identidade pessoal, caso emblemático é o ocorrido aqui no Brasil, na cidade de Goiânia. Uma mulher de nome Vilma dizia ser mãe de Roberta. Ocorre que ficou provado que a suposta filha era, na realidade, Aparecida, subtraída dos braços de sua verdadeira mãe de uma maternidade, quando do seu nascimento. O fato foi provado graças à atuação da Polícia Civil de Goiás que procedeu a coleta do material genético de Roberta, cuja finalidade era provar os laços de parentesco com a mãe biológica.

A atitude seria corriqueira se um dado importante não estivesse em cena: Roberta negou-se

a ceder material para a realização do exame, porquanto não tinha interesse em comprovar sua verdadeira filiação. O exame foi realizado sem o seu conhecimento, cujo material foi colhido da saliva encontrada em guimba de cigarro consumido por Roberta, e jogado fora, nas dependências do prédio da delegacia.

O caso levantou polêmica em relação aos métodos utilizados pelo delegado. Contudo, sua justificativa foi no sentido de que, em momento algum, houve invasão à privacidade ou à intimidade de Roberta, eis que o material foi coletado através de objetos abandonados por ela própria.

Mas será que Roberta não deveria autorizar a coleta de material, ainda que a guimba do cigarro tenha sido jogada, aleatoriamente, em um cinzeiro da delegacia? Acaso ela não era vítima de uma situação? Pelo que se sabe, contra ela não pairava qualquer tipo de acusação criminal. Por outro lado, não se trataria de res derelictae? Certo é que já havia se instaurado inquérito policial para averiguação de crime. Isto, por si só, não justificaria o exame, mormente quando a mãe, usurpada do direito de criar a filha, teria também direito fundamental a conhecer sua descendência? É flagrante a concorrência de direitos fundamentais em direito de família.

Fato incontroverso é que houve um crime. Se por um lado não podemos permitir a invasão à intimidade e à privacidade das pessoas a qualquer custo, por outro, o Direito foi desrespeitado no momento em que houve a prática de fato definido como crime e que precisa de solução. No entanto, nem todos os meios de obtenção de provas são legitimados pela ordem jurídica. O delegado não poderia valer-se de suas prerrogativas na persecução criminal para obter provas ilícitas, que atingem direitos de personalidade sem autorização judicial.

Um direito só pode ceder lugar a outro quando, no caso concreto, a adequação ao sistema de direitos fundamentais se faz em um procedimento jurisdicional e não em um procedimento axiológico de ponderação. Não podemos tentar solucionar a questão pelo confronto de valores da mãe e de valores de Roberta, senão incorreríamos no erro de buscar soluções pela valoração de dores. Tentar perceber nuances subjetivas das partes envolvidas não é tarefa para o Direito.

O material deixado por Roberta continha sua carga genética e, naquela circunstância, mesmo fora de seu corpo, dele fazia parte. Na forma como procedeu o delegado, houve violação dos princípios da intimidade e da privacidade, constitucionalmente assegurados. As provas processuais não podem ser buscadas através de procedimentos escusos, sob pena de retornarmos a uma época na qual toda sorte de abusos acontecia, cujos fatos gostaríamos de esquecer.

Por outro lado, a autorização judicial para a análise do material coletado legitimaria o exame com preservação, ao menos temporária, do direito de não saber de Roberta. Se positiva a identificação familiar, caberia a Roberta escolher entre a filiação sócio-afetiva e a biológica. A mãe, entretanto, só teria a similitude genética dos dados de ascendência, sem implicação necessária em maternidade. Este seria o efeito do fato criminoso, sem adentrar em questões axiológicas de justiça ou injustiça.

III. Por fim, (III.1) como abordar o conflito entre a liberdade religiosa do filho frente à autoridade parental que tem como limite o princípio da proteção integral do menor? (III.2) E o contrário, podem os pais impor aos filhos o seguimento religioso de sua preferência? Talvez, o que possamos trazer a debate é a questão da transfusão sanguínea em Testemunhas de Jeová. Por fim, (III.3) a liberdade religiosa dos pais seria subjugada ao exercício da autoridade parental? Professando a fé dos Testemunhas de Jeová, ficariam os pais compelidos à transfusão de sangue em razão do dever de cuidar dos filhos menores?

III.1 A incapacidade influi no exercício de direitos e liberdades fundamentais, mas será que influi na titularidade dos mesmos? Claro que não. Sabemos, por outro lado, que aos pais cabe educar seus filhos, através de uma formação integral, garantindo-lhes o livre desenvolvimento de sua personalidade. Estamos diante de outro aparente conflito de direitos fundamentais. A questão que teremos que responder aqui é a seguinte: a obrigação de oferecer aos filhos uma formação integral abrange, necessariamente, a obrigatoriedade de educá-los em valores religiosos? Estaria abrangido no conteúdo da autoridade parental, a possibilidade e até, necessidade, de transmitir aos filhos a própria educação religiosa, ou esta escolha é do próprio filho?

Asensio Sánchez defende a autoridade parental como função, o que bem caracteriza o aspecto dúplice dessa situação jurídica:

El carácter de función de la patria potestad supone una doble vertiente de

deber/derecho, teniendo en cuenta que el derecho se concede, exclusivamente, para facilitar el cumplimiento del deber. El deber que impone la patria potestad a sus titulares consiste en su ejercicio “en beneficio del hijo de acuerdo con su personalidad” (art. 154 CC [de España]), es decir, teniendo en cuenta el interés del menor. A su vez, la faceta de derecho, la menos importante por tener un carácter funcional subordinado al cumplimiento del deber, supone la facultad de los progenitores de ejercitar dicha potestad en relación con sus hijos (art. 154 CC [de España]). (ASENSIO SÁNCHEZ, 2006, p. 57-58)

Ora, o caráter funcional do direito fica subordinado à garantia do livre desenvolvimento da personalidade do menor. Segundo Asensio Sánchez, “No es que el padre tenga la obligación legal de educar religiosamente a sus hijos, sino que el precepto constituiría la cobertura legal para proporcionársela sin lesionar sus derechos” (2006, p.101). A situação concreta revelará se houve desrespeito ao desenvolvimento do filho, diante da imposição de uma religião, ou se tal educação contribuiu para a formação do caráter do menor. O fato de existir, em um caso concreto, a opção pela educação religiosa do filho, não exclui ou impede a liberdade de formação da consciência religiosa do incapaz.

Uma vez mais, ressaltamos a importância do discernimento. Se o incapaz possui discernimento, não vemos como falar em colisão ou concorrência de direitos fundamentais, sendo seu o direito de exercitar sua liberdade religiosa e, neste contexto, extinguir-se-iam quaisquer direitos dos pais de eleger a educação religiosa dos filhos. Não há que se falar em supressão da vontade do incapaz mas, quando muito, em orientação dos pais, sob pena de extrapolação da autoridade parental.

Outra seria a situação diante da falta de discernimento do incapaz. Aí, a concorrência (ou conflito) se daria entre a liberdade religiosa do filho e a possibilidade do livre desenvolvimento de sua personalidade ou consciência religiosa e o direito de os pais escolherem, por sua conveniência, a educação religiosa dos seus filhos. Em princípio, como já dissemos, em não havendo discernimento, a escolha cabe aos pais, porém, não através de representação, porquanto a titularidade do direito é do filho, mas pelo exercício da situação jurídica própria, qual seja, o poder parental, traduzido na funcionalização do direito à liberdade religiosa dos pais. Assim, a religião não pode ser pensada como imposição mas, muito mais, como informação e formação do incapaz.

Asensio Sánchez refere-se a uma sentença da Corte de Cassação espanhola, de 11 de junho de 1991, em que se discutiu a possibilidade de uma menor mudar de religião sem o consentimento dos pais. Segundo o autor: “La sentencia consideró que la menor debía esperar a la mayoría de edad para cambiar de religión al ser la elección de la religión del hijo una facultad inherente a la patria potestad” (2006, p.105). Inobstante este caso específico, o autor afirma que, em Espanha, ao menor que, reconhecidamente, possua discernimento, é-lhe dado a faculdade de trocar de religião, sem necessidade de consentimento dos pais.

Relata, ainda, caso emblemático cuja sentença foi proferida pelo Tribunal de Menores de Gênova, de 9 de fevereiro de 1959(!), que reconheceu o direito de liberdade religiosa da menor por a mesma possuir maturidade e suficiente discernimento. A menor de dezessete anos, desde o nascimento, foi batizada na religião católica. Em razão de ter sua mãe se casado com um judeu, aos nove anos, foi convertida ao judaísmo. Depois de sofrer maus tratos do padrasto, saiu de casa e abraçou a religião católica, fato que o padrasto tentou impedir sob a alegação de que a moça tinha formação judaica e era essa a religião da família. A decisão do tribunal se baseou no seguinte:

La elección de la propia religión es una cuestión tan delicada y personal que nadie puede ni debe constreñir para influir o modificarla. Ni siquiera a los padres está permitido usar medios coercitivos para inducir a los hijos a practicar o seguir una fe religiosa no querida por ellos. Podrán emplear medios de persuasión y de convicción, pero el uso de la violencia física o moral no está permitido. Ello daría lugar a un exceso de poder y no tendría ninguna justificación en la hipótesis en que el menor haya elegido libremente, con pleno conocimiento, una religión que no es contraria a la moral y a las buenas costumbres (ASENSIO SÁNCHEZ, 2006, p. 106)

III.2 No conflito entre a vontade dos pais e uma possível autonomia privada do menor,

tormentosa é a questão de crianças cujos pais professam religiões que proíbem transfusões de sangue. Nessas circunstâncias, não seria o caso de proteger uma autonomia futura da criança, e a forma de fazê-lo seria garantindo-lhe a vida? Não se sabe se, no futuro, os filhos seguirão a religião na qual foram criados. Cabe ao médico, portanto, realizar os procedimentos que o caso requeira, com ampla liberdade e independência.

Países da Europa e América do Norte discutem o tema. França, Portugal e Espanha entendem que no caso de oposição dos pais ao tratamento do filho menor, por razões de consciência, há que se proteger o menor. Afirmam que este tem direito a especial proteção por parte da sociedade e do Estado, contra todas as formas de discriminação e opressão, e contra o abuso de autoridade da família e de terceiros.

### **Segundo Carlos María Romeo Casabona:**

Es unánime la opinión de que el ejercicio de la patria potestad no faculta a los padres para tomar decisiones irreversibles que puedan poner en serio peligro la vida de sus hijos menores al dar prioridad a otros intereses, incluso aunque sean relevantes y pretendidamente en favor del propio menor, por ejemplo, mantenerse tanto los padres como al hijo, fieles al credo religioso profesado por aquéllos y en el que previsiblemente habría sido o estaría siendo educado su hijo. (2002, p. 30)

A Constituição italiana afirma, no artigo 32, que a proteção da saúde se insere no rol dos direitos fundamentais. O parágrafo segundo deste mesmo artigo assegura que ninguém poderá ser obrigado a determinado tratamento médico se não houver disposição legal. Diz ainda que a lei não poderá, em nenhum caso, violar os limites impostos por respeito à pessoa humana. Inobstante a construção legal, em se tratando de menores e incapazes, doutrina e jurisprudência vêm entendendo que se houver conflito entre o direito à liberdade religiosa e o bem jurídico “vida”, tal conflito deve ser resolvido em favor do segundo.

Para ilustrar a questão Julio César Galán Cortés traz à baila sentença da Corte de Casación de Cagliari, datada de 13 de dezembro de 1983, que condena os pais da menina Isabella Oneda, ambos Testemunhas de Jeová, como responsáveis pela sua morte, a três anos e oito meses de prisão. Restou demonstrado que os pais não concordaram com a ordem médica de proceder transfusões de sangue na menina que sofria de anemia grave, apesar da determinação do Tribunal Tutelar de Menores. Diante da demora na realização do procedimento, o falecimento foi inevitável. (GALÁN CORTÉS, 2001, p. 258-259)

Os tribunais estadunidenses trazem casos ricos sobre a recusa dos pais a tratamento médico dos filhos, por professarem fé que não permite a transfusão de sangue. No caso *In re Sampson*, a Suprema Corte de Nova Iorque confirmou a autorização outorgada por juiz da vara de família para que Kevin Sampson, de quinze anos de idade, fosse operado para correção de deformidade física que o afastou da escola desde os nove anos. A mãe, Testemunha de Jeová, recusava-se a autorizar a cirurgia, que requeria transfusão de sangue. (GALÁN CORTÉS, 2001, p. 262-263)

Mas, sabemos bem que situações como essas não podem ser vistas de maneira tão simples. Será que não poderíamos distinguir capacidade de discernimento? Parafraseando o Professor João Baptista Villela, alguém dorme incapaz com dezessete anos, e no dia seguinte acorda capaz? Claro que por questões de política legislativa precisamos determinar quando começa a capacidade plena do indivíduo. Mas isto não quer dizer que seu discernimento deva ser sempre atrelado à capacidade ditada pela norma, de forma a impossibilitar o exame de questões polêmicas pelo Judiciário.

Portanto, somos pela transfusão de sangue em menores no intuito de garantir sua futura autonomia, mesmo que seus pais professem religiões que a proíbam. Entendemos, todavia, que há adolescentes que, mesmo incapazes legalmente, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ao tratamento médico preconizado. Em casos assim, esgotadas as medidas de persuasão, a decisão final deverá ser proferida pelo Judiciário, que deverá buscar a justiça para o caso concreto.

III.3 Quanto ao último aspecto (liberdade religiosa dos pais subjugada ao exercício da autoridade parental), questões intrincadas vêm sendo suscitadas pelos tribunais estadunidenses. A relevância da autoridade parental se faz presente em alguns julgados. Para a jurisprudência deste

país, ante a recusa de tratamento médico, deve-se respeitar a oposição livremente expressa pelo paciente, a não ser que a presença de um “interesse público de maior importância” reclame intervenção judicial.

Assim, quando se tratar de adulto, capaz e sem filhos, os tribunais norte-americanos sustentam a legitimidade da decisão pessoal. Neste sentido é o caso *Matter of Melideo*. A Suprema Corte de Nova Iorque negou pedido de autorização feito pelo hospital para transfusão de sangue em Kathleen Melideo, casada, de vinte e três anos, que sofria hemorragia uterina em consequência de cirurgia, e que, por isso, precisava urgentemente do procedimento. Segundo a Corte, não se pode ordenar judicialmente transfusões de sangue contra os desejos de um adulto que as recusa em razão de crença religiosa, se não for possível provar a existência de conflito de interesses que justifique a intromissão do Estado. (GALÁN CORTÉS, 2001, p. 248)

Contudo, diante de situações que envolvam pacientes que tenham filhos incapazes, a jurisprudência estadunidense, através do *compelling state interest*, toma para si a responsabilidade da tutela do bem-estar dos filhos menores ordenando a transfusão de sangue nos progenitores. Apesar de interessante o posicionamento ora relatado, imperioso deixar claro que tais aspectos restam subjetivos. Poderíamos deparar com casos em que pais não estivessem com a guarda dos filhos. E aí? Estaria, nesse caso, configurada a ausência de interesse público? Ou melhor, quem definiria interesse público?

### 3 AXIOLOGIA E NORMATIVIDADE

Perdura, ainda, grande confusão sobre a interpretação e aplicação jurídicas no pós-positivismo. Há certa unanimidade entre os teóricos contemporâneos em se reconhecer o ordenamento jurídico como um sistema aberto, isto é, que não se fecha sobre si mesmo, com regras que pretendem uma regulação precisa e auto-suficiente. No entanto, não convergem os autores sobre qual a composição desse sistema jurídico aberto. Quais os instrumentos desse sistema? Como aplicá-los?

Forte corrente formou-se sobre a doutrina da Jurisprudência dos Valores e suas variações. Gustav Radbruch e Karl Larenz foram precursores de destaque nessa concepção, que hoje conta com Robert Alexy dentre seus mais influentes defensores.

Para a Jurisprudência dos Valores, o Direito é produto cultural e, portanto, incorpora elementos sociais, que devem ser levados em conta na interpretação. Os valores participam do processo jurídico, que tem como finalidade a conduta ética e a justiça.

Larenz chega a dizer que

«compreender» uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o «caso». (1997, p. 298)

Continua Karl Larenz afirmando que a aplicação jurídica pode decorrer desse procedimento de valoração ou pode advir de uma mera subsunção. A subsunção ocorrerá quando houver suficiente previsão dos termos fáticos da norma ou a situação fática apresentar a determinação de todos seus elementos capazes de se amoldar ao conteúdo normativo. (LARENZ, 1997, p. 294-298)

Logo, compreender não implica em sempre interpretar, pois a interpretação é “uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático” (LARENZ, 1997, p. 283-284). Se houver um “acesso imediato” ao sentido do discurso em razão de prévios conhecimentos, sua compreensão será irreflexiva e exigirá apenas uma aplicação por subsunção.

Este afastamento entre compreensão e interpretação não é mais a posição dominante na Teoria do Direito. Como afirma Hans-Georg Gadamer, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”. (1999, p. 459 [p. 312]) A busca pelo sentido do texto não é irreflexiva, por mais simples que ele seja. Representa sempre um esforço de compreensão de signos e ordem, e pressupõe um conhecimento prévio acerca do idioma e da linguagem utilizada.

A tese de que existem enunciados que dispensam a interpretação pauta-se sobre uma base ontológica, de que a realidade pode ser descrita precisamente e, conseqüentemente, pode ser

apreendida pela razão sem esforço interpretativo.

Não há como se considerar o mundo em si mesmo, pois não conseguimos atingir a essência ou substancialidade das coisas. Lida-se apenas com a linguagem, e as palavras expressam sempre sentidos ambíguos.

A ambigüidade, como salienta Zygmunt Bauman, é inerente à linguagem:

A função nomeadora/classificadora da linguagem tem, de modo ostensivo, a prevenção da ambivalência como seu propósito. O desempenho é medido pela clareza das divisões entre classes, pela precisão de suas fronteiras definidoras e a exatidão com que os objetos podem separar-se em classes. E no entanto a aplicação de tais critérios e a própria atividade cujo progresso devem monitorar são as fontes últimas de ambivalência e as razões pelas quais é improvável que a ambivalência jamais se extinga realmente, sejam quais forem a quantidade e o ardor do esforço de estruturação/ordenação. (BAUMAN, 1999, p. 10)

Por isso, a doutrina atual majoritária rechaça o brocardo *interpretatio cessat in claris*, dizendo que toda norma deve ser interpretada. Todavia, mesmo os que reconhecem a necessária relação entre compreender e interpretar, às vezes recaem em posturas ontologizantes, especialmente quando afirmam que há uma essência em dado instituto jurídico ou mesmo um conteúdo mínimo inderrogável.

A pressuposição de um conteúdo mínimo da norma jurídica prende-se ainda à noção de que há algo que não precisa e não pode ser interpretado, sob pena de se violar essa essência ou esse mínimo. O recurso a tais artifícios remete o intérprete a um conteúdo imanente do Direito, e, ainda que involuntariamente, compreende o destinatário da norma como mero observador e não como partícipe, já que não contribui para a construção do Direito ou, pelo menos, não pode se libertar do que seja natural ou ontológico na norma jurídica.

Dworkin também relata a experiência naturalizante do Direito quando expõe as teorias semânticas em *O Império do Direito*. Sob a expressão de teorias semânticas, o autor coloca desde as concepções que explicitamente ligam o Direito ao fato puro e simples - como se o Direito pudesse ser conhecido pela simples observação - quanto às concepções baseadas na Filosofia da Linguagem que defendem que a exposição do Direito não se faria em termos de definição dos termos, mas de descrições dos “usos” dos conceitos jurídicos. Assim, a verdade ou falsidade das proposições jurídicas dependeria do contexto histórico. No entanto, a História não é ciência exata, capaz de apreender o conteúdo de eventos pretéritos. A História também é uma versão dos fatos, já que se expressa pela imperfeição lingüística.

Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo a qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. (DWORKIN, 1999, p. 41)

Volte-se à questão dos elementos jurídicos utilizados na aplicação jurídica.

Enquanto a maior parte dos seguidores da *Jurisprudência dos Valores* chega a afirmar que o ordenamento é composto por normas e valores jurídicos, Robert Alexy afasta, pelo menos em um primeiro momento, esta concepção, explicando que norma e valor não podem ser confundidos. Diz, mesmo, que o juiz só aplica valores na medida em que estão contidos em normas jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 147)

Assim, à primeira vista, parece que Alexy aparta-se da *Jurisprudência dos Valores*, posto que diferencia a norma - em suas espécies de regra jurídica e princípio jurídico - do valor. Aquela possui conteúdo deontológico e este pertence ao campo axiológico. As normas podem possuir valores, sem, entretanto, com eles se identificar.

No entanto, a metodologia de aplicação normativa adotada por Alexy é, sem dúvida, axiológica, o que o aproxima da *Jurisprudência dos Valores*. Mesmo o sistema de “ponderação jurídica” que, segundo Alexy, é de normas e não de valores (1993, p. 147) é a consideração da graduação axiológica em um sistema definido por ele mesmo como não-axiológico em sua aplicação.

Mas qual o problema em ser axiológico? A disseminação da ponderação na resolução dos

conflitos fez crer normalidade em um procedimento que é, normativamente, incoerente.

O valor possui sistema gradual de validade, isto é, é hierarquizado absolutamente. Dito de outra forma: o valor encontra seu grau de aplicação na subjetividade do aplicador, que elege, aprioristicamente, uma gradação dentro do sistema axiológico. E não podia deixar de ser diferente, a prevalência do valor é particular e pressupõe estimativa.

André Lalande, no Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia, dá os seguintes sentidos ao vocábulo “valor”:

- A. (subjetivamente). Característica das coisas que consiste em serem elas mais ou menos estimadas ou desejadas por um sujeito ou, mais comumente, por um grupo de sujeitos determinados. [...]
- B. (objetivamente e a título categórico). Característica das coisas que consiste em merecerem elas mais ou menos estima. [...]
- C. (objetivamente, mas a título hipotético). Característica das coisas que consiste em satisfazerem ela certo fim [...]
- D. (especialmente, do ponto de vista econômico). Característica das coisas que consiste no fato de, em determinado grupo social e em determinado momento, serem trocadas por uma quantidade determinada de uma mercadoria tomada como unidade. Valor, neste sentido, quer dizer preço comumente praticado. [...]
- E. (id.) Preço pelo qual se estima, do ponto de vista normativo, que um objeto ou serviço devem ser pagos. [...]
- F. Lóg. Ao falar de uma palavra ou de uma expressão, a sua significação não só literal, mas efetiva ou implícita. [...]
- G. Est. 1º: Na música, duração relativa das notas.  
2º: Nas artes plásticas, claridade ou obscuridade relativa dos tons. [...]
- H. Mat. Expressão numérica, ou pelo menos algébrica, que determina uma incógnita ou representa um estado de uma variável. (LALANDE, 1999, p.1188-1190, grifos nossos)

Em quase todos os sentidos destacados por Lalande, avulta a característica da estimativa, da quantidade. E mesmo nos sentidos classificados como filosoficamente objetivos (“B” e “C”), destacam-se verbos como “merecer” ou “satisfazer”, o que os liga à subjetividade. Além disso, há certo utilitarismo indisfarçável, pois se volta, sempre, ao cumprimento de uma vontade, satisfação, estima ou desejo; ou, ainda, como em “C”, sua valência existe enquanto “satisfizerem certo fim”.

Assim, o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização. As tentativas de se estabelecer critérios objetivos para aplicação jurídica de valores não conseguem negar a fluidez subjetiva do próprio elemento valorativo trabalhado. Ponderar valores é admissível no campo da Moral, mas não no âmbito do Direito, pois qual o valor a ser escolhido?

Se se responder que o ordenamento já escolheu e “positivou” o valor, volta-se à controvérsia: quais os valores definidos pelo ordenamento? E no caso de valores concorrentes?

Se se pensar em hierarquização prévia, retorna-se ao sistema jurídico fechado. Se se deixar a hierarquização para o julgamento do caso concreto, não há como se definir qual preponderará segundo critérios objetivos, pois valores não são objetivos.

Da mesma forma que é impossível a aplicação jurídica de valores, não é válido o procedimento de ponderação de princípios ou regras jurídicas. Neste caso, estar-se-ia utilizando uma metodologia axiológica para uma ordem que não a comporta, na aplicação.

O valor, como se viu nas definições de Lalande, é voltado à persecução de fins específicos, isto é, volta-se a utilidades. Não valem em si mesmos, mas segundo uma comparação; daí falar-se em ponderação.

A norma jurídica, em sua elaboração, recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Daí a necessidade de distinguir-se o plano da justificação do plano da aplicação normativa.

No Estado Democrático de Direito, as diversas forças sociais devem ter acesso à elaboração legislativa, por meio da mídia, dos grupos de pressão, de seus representantes eleitos e outros meios. Neste momento, a diversidade de opiniões e valores deve ser levada em conta. No momento da aplicação, entretanto, permite-se que apenas os elementos normativos incidam.

Em Alexy, a impropriedade da valoração normativa fica clara na própria metodologia de aplicação do princípio jurídico. O princípio é definido como mandado de otimização. Em caso de conflito entre princípios, será a diferença de graus entre eles que resolverá qual vai prevalecer. (1993, p. 89-91)

Habermas (1997, p. 314-323) critica Alexy dizendo que, apesar da diferenciação empreendida entre norma e valor, a solução da tensão entre princípios na teoria alexyana é um procedimento axiológico, pois

Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. (GALUPPO, 2002, p. 180)

Haveria uma contradição entre a diferenciação norma/valor e o funcionamento dos princípios, feitos por Alexy.

Habermas vê a diferenciação em três pontos: 1) A norma jurídica possui um agir obrigatório, enquanto no valor o agir é teleológico, pois busca a adequação dos meios aos fins; 2) A norma possui validade binária e o valor validade gradual; 3) A norma possui obrigatoriedade absoluta e o valor obrigatoriedade relativa. (1997, p. 316-317)

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários. (HABERMAS, 1997, p. 321)

Otimizar princípio é estabelecer graus de valência típicos dos valores e não da imperatividade típica da norma jurídica. Do mesmo lado, não é legítima a aplicação de princípios bioéticos na solução de conflitos a que o Direito é chamado a solucionar.

De forma semelhante, a utilização do “interesse público” para justificar o afastamento de um direito fundamental é razão política e moral. O interesse é elemento utilitarista, ligado à teleologia de Jhering e preso a elementos subjetivos e psicológicos, trazido ao âmbito do imanente e universal.

Dessa forma, pode-se dizer que o ordenamento contém instrumentos para salvaguarda de vários interesses, mas estes não se constituem como elementos legítimos na aplicação do Direito. A tensão entre validade e faticidade demonstra bem que o Direito requer, em sua incidência, a utilização de elementos normativos. Esses elementos, porém, são formados por discursos de justificação que não se afastam, e nem podem se afastar, da faticidade.

Interesses são valores, isto é, elementos sociais, econômicos, religiosos e políticos ligados à utilidade que desempenham na vida das pessoas. São fatos e não normas e, como tais, podem fazer parte do conteúdo da norma jurídica, mas não são elementos jurídicos que podem incidir no caso concreto.

## **4 CONCLUSÃO**

No primeiro caso relatado, avalia-se se a intimidade genética do menor cederia lugar ao interesse público ou familiar de conhecer seus dados genéticos. Assim, justificar-se-ia a pesquisa em menor, independentemente de sua vontade ou mesmo de seus representantes. Não há, verdadeiramente, colisão entre direitos fundamentais e nem mesmo entre normas jurídicas. Revela-se um aparente conflito entre o direito fundamental de intimidade genética do menor e o valor “interesse público”.

Dizer que interesses públicos são os “valores fundamentais” ou “primordiais” do ordenamento já demonstra muito bem sua localização no mundo da Moral. Para que um dado valor seja primordial, deve ele prevalecer a priori sobre demais valores. Assim, o ordenamento é tratado como um conjunto de valores hierarquizados de antemão e aplicados segundo uma prevalência subjetiva, já que o ordenamento não deixa expresso essa ordem de predominância axiológica.

Como afirmamos, a garantia de iguais direitos fundamentais impede que, sob a justificativa

da dignidade de alguns, sacrifique-se a dignidade do menor.

No segundo caso estamos diante de concorrência de direitos fundamentais, notadamente, o direito de não-saber (privacidade genética) e o direito de conhecer as informações genéticas comuns. Como real conflito de princípios jurídicos, não há que se falar, de antemão, em prevalência de um sobre o outro e nem haverá consideração dos aspectos valorativos que circundam a aplicação jurídica em cada caso.

O exemplo do caso de investigação de ascendência genética de Roberta não pode ser generalizado, porque construído como um esquema hermenêutico com particularidades que refletem na esfera penal. Em princípio, e pelos dados colhidos, a revelação da similitude genética seria a decisão que preserva a integridade do Direito, garantindo iguais liberdades fundamentais.

Por fim, o caso da liberdade religiosa pode ser desmembrado em conflito de liberdade religiosa do filho versus liberdade religiosa dos pais no qual encontramos concorrência principiológica e liberdade religiosa versus poder parental, situação em que não há propriamente uma concorrência principiológica, mas um direito fundamental do filho que encontra obstáculo em uma situação jurídica de poder. No primeiro aspecto, vale a consideração anterior no sentido de que, não podemos, aprioristicamente, preencher o conteúdo do princípio, fora do procedimento.

De outra sorte, não vislumbramos conflito entre o poder parental e a liberdade religiosa do filho, porque esta é protegida por aquele. Dito de outra forma, o poder parental deve ser exercido na preservação dos direitos fundamentais do incapaz, inclusive de sua liberdade religiosa.

## 5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. Madrid: Tecnos, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade e ambivalência. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. Os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. In: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 2ª parte, Cap. 2, p. 400-556. (Pensamento Humano)

GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad médica y consentimiento informado. Madrid: Civitas, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Tempo Universitário)

ITÁLIA. Constituição (1948). Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2007.

LALANDE, André. Valor. In: LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1188-1192.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de; FIUZA, César Augusto de Castro. Direito à Identidade Genética. In: FIUZA, César. (Org.). Curso Avançado de Direito Civil. São Paulo: IOB, 2007. v. 2. p. 109-123.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Libertad de conciencia y actividad biomédica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1-70.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Protección jurídica del genoma humano en el Derecho Internacional: el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). Genética y derecho. Madrid: Consejo General del Poder judicial, 2001, p. 297-328.

SÁNCHEZ-CARO, Javier. El consentimiento previo a la intervención y la protección de los incapaces. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). El convenio de derechos humanos y biomedicina. Bilbao/Granada: Carlos María Romeo Casabona, 2002. p. 120-138.