

FACULDADE UNIDA DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DAS RELIGIÕES

LEONARDO DA COSTA BIFANO

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE:
IMPLICAÇÕES DIALÓGICAS CONSTITUCIONAIS, RELIGIOSAS,
BIOÉTICAS E DO BIODIREITO.

LEONARDO DA COSTA BIFANO

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE:
IMPLICAÇÕES DIALÓGICAS CONSTITUCIONAIS, RELIGIOSAS,
BIOÉTICAS E DO BIODIREITO.



Trabalho Final de
Mestrado Profissional
Para obtenção do grau de
Mestre em Ciências das Religiões
Programa de Pós-Graduação
Linha de pesquisa: Religião e
Esfera Pública.

Orientador: Prof. Dr. Osvaldo Luiz Ribeiro

Vitória
2015

Bifano, Leonardo da Costa

Testemunhas de Jeová e a recusa à transfusão de sangue / Implicações dialógicas constitucionais, religiosas, bioéticas e do biodireito / Leonardo da Costa Bifano. – Vitória: UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2015.

vi, 108 f. ; 31 cm.

Orientador: Osvaldo Luiz Ribeiro

Dissertação (mestrado) – UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2015.

Referências bibliográficas: f. 103-108

1. Ciências das religiões. 2. Religião e esfera pública. 3. Testemunhas de Jeová. 4. Religião e direitos fundamentais. 5. Religião e bioética. 6. Transfusão de sangue. 7. Direitos fundamentais. - Tese. I. Leonardo da Costa Bifano. II. Faculdade Unida de Vitória, 2015. III. Título.

LEONARDO DA COSTA BIFANO

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE:
IMPLICAÇÕES DIALÓGICAS CONSTITUCIONAIS, RELIGIOSAS, BIOÉTICAS E
DO BIODIREITO

Dissertação para obtenção do grau de
Mestre em Ciências das Religiões no
Programa de Mestrado Profissional em
Ciências das Religiões da Faculdade Unida
de Vitória.



Doutor Osvaldo Luiz Ribeiro – UNIDA (presidente)



Doutor Cleinton Roberto Perpeto de Souza – UNIDA



Doutor Humberto Ribeiro Júnior – UVV

RESUMO

Este trabalho abordará a questão da recusa dos seguidores da comunidade religiosa Testemunhas de Jeová em se submeter ou deixar que se submetam – eles – e seus descendentes à transfusão de sangue completa, mesmo que disso, e só disso, dependa suas vidas, provocando, dessa forma, um diálogo entre o direito constitucional, a religião, a liberdade religiosa, a bioética e o biodireito. O objetivo desta pesquisa, que será dividida em 03 capítulos, é analisar, discutir e confrontar os Direitos à vida e à saúde, o princípio da autonomia da vontade, a liberdade religiosa e de consciência, a doutrina das Testemunhas de Jeová e a postura destas em recusar a transfusão de sangue. Observaremos que parte da doutrina e da jurisprudência entende que ao médico é dado o direito e o dever de proceder à transfusão de sangue contra a vontade do paciente, caso este se encontre em iminente risco de vida, já que esta corrente, embora pregue a equivalência de valores entre os Direitos Fundamentais, bem como seu caráter personalíssimo, muda o discurso quando o direito à vida se choca com o Direito Fundamental à liberdade religiosa e autodeterminação. Todavia, a análise dos princípios que norteiam a relação entre médico e paciente, princípios estes garantidos em nosso ordenamento jurídico, leva-nos a crer que o homem carrega consigo valores que dão sentido à sua vida, e mitigar tais valores é na verdade uma afronta à dignidade do ser humano, comparada a submeter alguém a tratamento desumano e degradante, o que afronta totalmente o disposto nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso, III da Constituição da República. Constataremos que a religião faz parte do íntimo de cada um, mas não fica adstrita ao interior da pessoa. Ela extrapola esse limite, pois tem em ínsita a si a necessidade de ser exercida, o que só pode ocorrer no mundo onde se vive em sociedade. Daí, comprovou-se, a necessidade de ordenação, a fim que de que as Testemunhas de Jeová possam conviver da forma mais harmônica e equânime possível.

Palavras-chaves: Testemunha de Jeová. Religião. Transfusão de sangue. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of refusal of the followers of the religious community Jehovah's Witnesses to submit or fail to undergo - they - and their descendants to complete blood transfusion even if that, and only that, dependent on their lives, causing thus a dialogue between the constitutional law, religion, religious freedom, bioethics and biolaw. This research, which will be divided into 03 chapters, is to analyze, discuss and confront the rights to life and health, the principle of freedom of choice, freedom of religion and conscience, the doctrine of Jehovah's Witnesses and the posture of these to refuse blood transfusion. Observe that part of the doctrine and jurisprudence understands that the doctor is given the right and the duty to carry out a blood transfusion against the will of the patient, if it is in imminent risk of life, since this current, although preach equivalence values between the Fundamental Rights as well as its personal basis, changes the speech when the right to life collides with the fundamental right to religious freedom and self-determination. However, the analysis of the principles that guide the relationship between doctor and patient, principles guaranteed in our legal system, leads us to believe that man carries values that give meaning to your life, and castrate these amounts is actually an affront the dignity of the human being, compared to subject anyone to inhuman and degrading treatment, which totally insult the provisions of Articles 1, III, and 5, item, III of the Constitution. We note that religion is part of the heart of each one, but is not enrolled to the interior of the person. It goes beyond this limit, it has inherent in himself the need to be exercised, which can only take place in the world where we live in society. Hence, it was shown the need for ordination in order that Jehovah's Witnesses can live in the most harmonious and equitable as possible.

Keywords: Jehovah's Witness. Religion. Blood transfusion. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO E A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO: IMPLICAÇÕES DIALÓGICAS CONSTITUCIONAIS, RELIGIOSAS, BIOÉTICAS E DO BIODIREITO	10
1.1 Direitos Fundamentais do ser Humano	10
1.1.1 Conceito de Direitos Fundamentais e sua diferença em relação aos Direitos Humanos	10
1.1.2 Os Direitos Fundamentais e sua relação de interdependência.....	13
1.2 Direitos da pessoa ou da personalidade.....	15
1.2.1 Os direitos da personalidade e seu titular	17
1.2.2 Atos de disposição do próprio corpo	18
1.2.3 Tratamento médico	20
1.3 Possibilidade de restrição dos direitos fundamentais e da personalidade	20
1.3.1 Limites Impostos às Restrições dos Direitos Fundamentais	21
1.3.2 Regra da Proporcionalidade	23
1.4 Renúncia a Direitos Fundamentais	25
1.5 Dignidade da pessoa humana como luz dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade	27
1.6 A Recusa a Tratamento Médico, a Bioética e o Biodireito	28
1.7 Natureza da relação médico-paciente	30
1.8 Princípios pertinentes à relação médico-paciente.....	33
1.8.1 Princípio da Beneficência ou não Maleficência	33
1.8.2 Princípio da Autonomia da Vontade do Paciente	36
1.8.3 Princípio do Consentimento Informado	38
1.9 Apontando os pontos controvertidos	43
2 TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE E A QUESTÃO DA RELIGIÃO E DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	45
2.1 Religião: tentativa de conceituação	45
2.1.1 Religião e Ciência: faces de uma mesma realidade.....	51
2.2 Espécies de Liberdades inerentes à Liberdade Religiosa	53
2.2.1 Liberdade de Pensamento.....	56
2.2.2 Liberdade de Consciência.....	57
2.2.3 Liberdade de Crença.....	58

2.2.4 Liberdade de Culto	58
2.2.5 Liberdade de Organização Religiosa.....	59
2.2.6 Liberdade Religiosa.....	60
2.3 Liberdade religiosa como Direito Fundamental e da Personalidade	63
2.4 Os limites ao direito de Liberdade Religiosa	65
2.5 A doutrina das Testemunhas de Jeová e a recusa à transfusão de sangue.....	67
3 O ALCANCE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO – O CASO DA RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUÍNEA POR PARTE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	71
3.1 Considerações iniciais sobre o assunto.....	71
3.2 Testemunha de Jeová maior, capaz, consciente sem risco de morte	73
3.3 Testemunha de Jeová maior, capaz, consciente sob risco de morte	74
3.4 Paciente testemunha de Jeová maior, capaz, inconsciente sob risco de morte.....	85
3.5 Testemunha de Jeová menor de idade	92
3.6 A responsabilidade criminal do médico que se submete a vontade expressa do paciente testemunha de Jeová em não receber transfusão de sangue	97
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a questão da recusa dos seguidores da comunidade religiosa Testemunhas de Jeová em se submeter ou deixar que se submetam – eles – e seus descendentes à transfusão de sangue completa, mesmo que disso, e só disso, dependa suas vidas, provocando, dessa forma, um diálogo entre o direito constitucional, a religião, a liberdade religiosa, a bioética e o biodireito.

O objetivo desta pesquisa, que será dividida em 03 capítulos, é analisar, discutir e confrontar os Direitos à vida e à saúde, o princípio da autonomia da vontade, a liberdade religiosa e de consciência, a doutrina das Testemunhas de Jeová e a postura desta em recusar a transfusão de sangue.

A recusa a se submeter a tratamento médico gera grande conflito entre a obrigação moral médica de agir em benefício das pessoas (princípio da beneficência) e a liberdade religiosa e a autonomia do paciente (princípio da autonomia). Para solucionar tal conflito entre médico e paciente, é comum recorrer-se ao judiciário, que, pelo princípio constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, não pode se esquivar de decidir sobre tal conflito.

O pensamento “jeovista” acerca desse assunto baseia-se em uma interpretação livre do texto bíblico, realizada por estes religiosos, onde creem que o sangue representaria a “alma” do indivíduo, e introduzir sangue pela boca ou pelas veias violam as leis de Deus, sendo que entendem que a interpretação deve ser estendida para tratamentos médicos. Afirmam que a proibição consta em diversas passagens da bíblia, ainda que não expressamente descrita desta forma. Creem, ainda, que aquele que ingerir sangue por via oral ou venosa, será considerado impuro, de forma que o pecado deste membro será julgado pelos conselhos de anciões, podendo até mesmo ser expulso do grupo.

A situação, porém, se agrava quando o paciente é menor ou incapaz e não tem capacidade/competência para aceitar ou recusar o tratamento. Os pais se recusam a autorizar a transfusão de sangue, enquanto que os médicos insistem em realizar o procedimento, por ser condição *sine qua non* para sua sobrevivência.

À primeira vista, o tema da liberdade religiosa poderia soar como uma questão interna da pessoa, ligada somente ao espírito e ao íntimo de cada um, alheia ao mundo jurídico. Entretanto, não se pode olvidar que o interior da pessoa e o mundo que a cerca estão

em constante troca de informações. Como bem escreveu Celso R. Bastos¹, “é necessário observar que a vida espiritual não se desenvolve em comportamentos estagnados, pois as condições sociais, econômicas, históricas e culturais exercem, sem dúvida alguma, influência direta sobre o pensamento individual”. De fato, a religião, ou a opção por religião alguma, extrapola o âmbito interno da pessoa e desemboca no mundo social. Exatamente para que se torne possível a convivência pacífica entre as pessoas e as várias ideologias é que a liberdade religiosa deve ser tratada no mundo do *dever-ser*, encontrando o seu reflexo na ordem jurídica.

De fato, a religião faz parte do íntimo de cada um, mas não fica adstrita ao interior da pessoa. Ela extrapola esse limite, pois tem em ínsita a si a necessidade de ser exercida, o que só pode ocorrer no mundo onde se vive em sociedade. Daí a necessidade de ordenação, a fim que de que as Testemunhas de Jeová, os crentes de todas as religiões – e os que não tem religião alguma – possam conviver da forma mais harmônica e equânime possível.

Observará que parte da doutrina e da jurisprudência entende que ao médico é dado o direito e o dever de proceder à transfusão de sangue contra a vontade do paciente, caso este se encontre em iminente risco de morte, uma vez que esta corrente, embora pregue a equivalência de valores entre os Direitos Fundamentais, bem como seu caráter personalíssimo, muda o discurso quando o Direito à vida se choca com o Direito Fundamental à liberdade religiosa e autodeterminação.

Porém, não há um consenso, e sempre que um médico se vê na obrigação de fazer uma transfusão de sangue em um paciente membro desta comunidade religiosa ele terá que recorrer ao judiciário para obter autorização para salvar a vida deste paciente. Mas, como é público e notoriamente sabido, uma decisão judicial pode não ser tão rápida quanto se necessita e, em caso de risco de morte, qualquer minuto perdido pode ser fatal.

Com isso, se vê que as Testemunhas de Jeová e a sociedade reclamam por uma resposta imediata à seguinte indagação: podem as Testemunhas de Jeová recusarem-se à transfusão de sangue em nome da religião e do Direito Fundamental à liberdade religiosa, mesmo que isso custe suas vidas? E quais são os seus limites? Essa é a problemática aqui enfrentada. O presente trabalho não pretende responder categoricamente a essa questão, mas sim subsidiar importantes elementos e dados aptos a formarem o arcabouço necessário à modelagem desse direito.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicção Religiosa. *Revista dos Tribunais* -787 – Maio de 2001. p. 495. No mesmo sentido: NETO, Luisa. 2004. p. 133-132.

Pela análise dessas amostras, se nota que a questão está longe de ser pacífica, social ou juridicamente falando. Inúmeras são as polêmicas, as posturas ideológicas e os entendimentos sobre a religião e a liberdade religiosa, das Testemunhas de Jeová, e a posição que os médicos e o Estado devem manter em relação a ela. Essa é a problematização do presente trabalho, que procurará elucidá-la por meio do estudo dos fundamentos da liberdade religiosa, promovendo um diálogo entre o direito constitucional, a religião, a bioética e o biodireito. O texto não ambiciona anunciar a solução à questão apresentada, mas sim analisar as suas características, com vistas a possibilitar e amparar eventual solução do problema.



1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO E A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO: IMPLICAÇÕES DIALÓGICAS CONSTITUCIONAIS, RELIGIOSAS, BIOÉTICAS E DO BIODIREITO

No decorrer deste capítulo, serão explanados, dentro da reserva do possível, fatores referentes aos Direitos Fundamentais e seus reflexos, pertinentes ao deslinde do presente trabalho.

1.1 Direitos Fundamentais do ser Humano

Com escopo para melhor compreendermos os Direitos Fundamentais, bem como seus mecanismos de existência dentro de nosso ordenamento jurídico, será brevemente apresentada sua conceituação, origem, distinção e interdependência com os chamados Direitos Humanos, suas características e especialmente a sua órbita essencialmente privada pertinente ao que nos parece dentre os Direitos Fundamentais os mais importantes, a saber, os Direitos da Personalidade.

Não podemos esquecer da linha mestra que guia os Direitos em debate: a Dignidade da Pessoa Humana. Esta perspectiva sobre os mecanismos dos Direitos Fundamentais, em especial os da Personalidade, nos permitirá, juntamente com outros elementos que serão tratados neste trabalho, compreender o direito reconhecido pelo nosso ordenamento de um paciente recusar tratamento médico.

1.1.1 Conceito de Direitos Fundamentais e sua Diferença em Relação aos Direitos Humanos

No curso das divagações propostas sobre a natureza, o conceito e as características dessa categoria jurídica a que denominamos direitos fundamentais², uma questão se antepõe: o porquê da opção terminológica por essa expressão, em detrimento de outras, que igualmente povoam a literatura jurídica, como, por exemplo, direitos humanos fundamentais, Direitos Humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas. Além disso, cumpre estabelecer que

² ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.107.

qualquer opção terminológica deve guardar o objetivo de melhor refletir a relação de correspondência sgnica entre a expressão eleita e a realidade que por ela se pretende traduzir.

Ao longo da história, a denominação Direitos do Homem ou Direitos Humanos acumulou um significado próprio e distinto. A locução indica predicados inerentes à natureza humana e, enquanto tais, independentes de um sistema jurídico específico, mas de uma dimensão ingênita e universalista.³

Para o propósito de aplainar conceitos, convém transcrever a lição de J. J. Gomes Canotilho, assim escrita:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurisnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁴

Contudo, não é pacífica a aceitação daquela denominação. Por exemplo, José Afonso da Silva, que prefere chamar o feixe de direitos essenciais ao homem de “Direitos Fundamentais do Homem”⁵, reconhece a existência de dificuldades em se estabelecer uma conceituação para os mesmos, oriunda da diversidade de expressões que lhes são atribuídas pela doutrina. É o que se colhe da lição do autor:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.⁶

Ao exarar sua preferência pela expressão “Direitos Fundamentais”, para apontar o feixe de direitos necessários à persecução da dignidade humana, também Ingo Wolfgang Sarlet aponta a diversidade de nomenclaturas utilizadas pela doutrina para se referir aos direitos em foco. Assim se manifestou o autor:

No que concerne à terminologia e ao conceito adotado, a própria utilização da expressão “direitos fundamentais” no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma

³ ARAÚJO; JÚNIOR, 2009, p.107.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p.529.

⁵ Direitos Fundamentais do Homem é a expressão adotada e utilizada por José Afonso da Silva como título do segundo capítulo referente à segunda parte de seu Curso de Direito Constitucional positivo dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 .ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.177).

⁶ SILVA, 1998, p.179.

justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, “liberdades fundamentais”, e “direitos humanos fundamentais”, apenas para referir algumas das mais importantes.”⁷

Para melhor compreensão do assunto, ao levarmos em consideração a variedade de expressões de que lança mão a doutrina para identificar o mesmo feixe de direitos conferidores de dignidade à existência do ser humano, é necessário fazermos uma breve distinção entre as duas nomenclaturas mais utilizadas no meio jurídico, a saber, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Sem a pretensão de esgotar o tema que toca à diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, mas, todavia, reconhecendo a utilidade da mencionada distinção, podemos afirmar com base na doutrina hodierna, conforme se viu acima, que os primeiros estão intimamente relacionados com documentos de direito internacional, têm validade universal, atemporal e caráter supra legal, uma vez que reconhecem ao ser humano, a qualquer tempo, independentemente de nacionalidade ou vinculação à ordem constitucional, direitos inatos oriundos da natureza humana. Os segundos são a materialização, a positivação dos primeiros em determinada ordem constitucional⁸, que passa a reconhecê-los e protegê-los em seu ordenamento jurídico, assentando, portanto, na esfera doméstica a existência de direitos inerentes ao seres humanos, Direitos que lhes são vitais para a existência digna.

Pode-se afirmar sem exagero, portanto, que os Direitos Fundamentais dão vida, efetividade aos Direitos Humanos, nas esferas constitucionais, investindo-os do peso que lhes é peculiar. Neste sentido, Vicente de Paulo Barretto bem asseverou:

Os direitos humanos podem, sim, ser considerados uma moralidade mínima universal e, também, um regime jurídico supranacional, constituído por instituições formais e informais. (...) Isto porque, os direitos humanos supõem uma fundamentação ético-racional para que possam ser considerados como a expressão de valores e direitos da pessoa humana, que se situam como fonte do próprio poder constituinte. Os direitos fundamentais expressam somente a consagração constitucional dessa categoria de direitos e para que tenham relevância político-institucional necessitam de argumentos hermenêuticos que se fundamentem em valores e princípios morais e racionais.⁹

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.33.

⁸ SARLET, 2008, p.35.

⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Para Além dos Direitos Fundamentais. In: *Diretos Fundamentais e Novos Direitos*. Coordenadora Renata Braga Klevenhunsen. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005, p.172-173.

Ao lume dos esclarecimentos acima colacionados, fica transparente a interação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, posto que os primeiros, ao declarar em esfera internacional a existência de direitos sem os quais a existência do ser humano fica despida de dignidade, acabam por induzir aos Estados que se adéquem às tendências apontadas internacionalmente, fazendo com que as ordens constitucionais fixem muitos destes direitos declarados em seu ordenamento jurídico, o que por sua vez dá efetividade ao que por ser internacional, “de todos e de ninguém”, por vezes não gozava de prestígio dentro da esfera doméstica de cada Estado.

Todavia, embora interligados, fica também clara a diferença entre, de um lado, o que se convencionou chamar Direitos Fundamentais e, de outro, os Direitos Humanos. Esta distinção permite que situemos o tema do presente trabalho no universo jurídico, pois como veremos, embora os bens jurídicos envolvidos nesta pesquisa sejam declarados em diversos documentos internacionais, deve-se observar também que a Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu em seu texto Direitos Fundamentais ao ser humano, tais como o direito à vida, à saúde, à liberdade e à liberdade religiosa.

Logo, repete-se, o termo Direitos Fundamentais parece afigurar-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo “fundamentais” traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano.¹⁰

Neste mesmo diapasão, Bulos fixa e conceitua direitos fundamentais como sendo um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.¹¹ Enfatiza o autor que, sem os Direitos Fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive.

1.1.2 Os Direitos Fundamentais e sua Relação de Interdependência

Um aspecto de muita relevância no desenrolar deste trabalho é a questão da importância atribuída a cada Direito Fundamental existente no catálogo de nosso ordenamento ou que possa advir de princípios que o esteiam.

¹⁰ ARAÚJO; JÚNIOR, 2009, p.107.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.515.

Atualmente, conforme Ana Maria D'Ávila Lopes, a doutrina nacional tende a reconhecer que entre as normas de direitos fundamentais há um equilíbrio de importância, ou seja, não comporta hierarquia. Admite-se apenas distinção entre normas oriundas do poder constituinte originário e as oriundas do poder derivado¹². Ao apontar a lição de Van Boven¹³, Lopes assenta a preferência doutrinária pela ausência de hierarquização entre os direitos fundamentais:

A idéia de indivisibilidade implica, segundo Van Boven, que os direitos fundamentais formam um bloco único, não podendo ser colocados um sobre o outro como em uma escala de hierarquia. Com efeito, um grande setor da doutrina rejeita qualquer referência a uma possível hierarquização dos direitos do homem por considerar a todos essenciais e, sobretudo, pelo temor de que, através dessa teoria, pretenda-se relegar alguns sob a argumentação da sua menor importância.¹⁴

É bem verdade que em algumas situações apontadas pela legislação internacional e pela própria Constituição Brasileira há a possibilidade de se enxergar uma hierarquia entre direitos declarados como fundamentais. Todavia, esta visão hierárquica não atinge um conjunto de Direitos Fundamentais, que de forma alguma poderão ser feridos. É o caso salientado por Ana Maria D'Ávila Lopes, posto que em ocasiões muito específicas, fica autorizada uma distinção entre Direitos Fundamentais, classificando-os como direitos suspendíveis e direitos irrevogáveis. Exemplifica a autora da seguinte forma:

Temos por exemplo, o artigo. 27.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que prevê que: “Em caso de guerra pública, ou de outra emergência que ameace a independência do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Contudo, no art. 27.2 enumera-se expressamente um núcleo básico intangível de direitos irrevogáveis cuja suspensão não é autorizada mesmo em situação de emergência: A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito a reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito a Integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família, 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.¹⁵

Nota-se no caso em tela que se admite uma hierarquia entre os direitos que não podem ser restringidos sobre os que poderão sofrer restrição. Contudo, há entre os direitos

¹² LOPES, 2001, p. 169

¹³ VAN BOVEN, Theodor C. Critérios distintos de los derechos humanos. Ensayos sobre derechos humanos. Madri. Vasak. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 34, jan-mar, p. 174-175, 2001.

¹⁴ LOPES, 2001, p. 173-174.

¹⁵ LOPES, 2001, p. 177-178.

que não poderão sofrer restrição igualdade hierárquica, posto que estes são realmente considerados essenciais.

Ainda levantada por Ana Lopes, hipótese semelhante é a da possibilidade de apenas os direitos individuais serem considerados cláusulas pétreas, portanto, mais importantes para a Constituição do que os demais. Todavia, dentre os Direitos Fundamentais Individuais, não há hierarquia¹⁶. Destarte há que se concluir que, mesmo que por conta de uma inflação de direitos fundamentais, algumas situações possam apontar para uma maior importância para determinados direitos, os direitos essencialmente fundamentais guardam entre si ausência hierárquica.

O fato de os Direitos Fundamentais se equivalerem é de extrema relevância no presente estudo, uma vez que, em se entendendo existir conflito entre Direitos Fundamentais, sendo a opção da Constituição Brasileira não atribuir diretamente peso decisivo a este ou aquele Direito Fundamental, em caso de direitos personalíssimos, como o caso dos direitos Fundamentais da Personalidade, caberá ao único titular dos direitos em colisão decidir qual direito pretende preservar.

1.2 Direitos da Pessoa ou da Personalidade

Dentre os Direitos Fundamentais, apresenta-se um grupo de direitos especial e de muita visibilidade na doutrina e em nosso ordenamento jurídico: são os chamados Direitos da Personalidade. Estes estão vinculados intrinsecamente ao ser humano e, por tal motivo, convencionalmente chamados de Direitos da Personalidade.

Os Direitos da Personalidade foram apresentados inicialmente nos textos chamados fundamentais como direitos naturais inatos ao homem. Por sua vez, ao serem tipificados nos textos constitucionais, os Direitos Humanos passaram a receber a denominação de Direitos Fundamentais, tendo como escopo principal proteger o homem contra as arbitrariedades do Estado.¹⁷

Dentre os Direitos Fundamentais, destacam-se os Direitos da Personalidade, que visam tutelar valores essenciais da personalidade do homem, a exemplo da honra, da vida, da liberdade, da crença e etc. Esses direitos se caracterizam por serem agarrados ao homem, não

¹⁶ LOPES, 2001, p. 177-178

¹⁷ SARLET, 2008, p.33.

podendo ser arrancados do ser humano e não pertencendo ao patrimônio econômico de seu titular.¹⁸

Diferenciando os direitos da personalidade dos direitos fundamentais, Francisco dos Santos Amaral leciona:

Alguns desses direitos humanos são positivados nos textos constitucionais, passando a chamar-se direitos fundamentais, como objeto de especial garantia em face do Estado. Os direitos fundamentais “seriam um núcleo ou círculo mais restrito de direitos humanos especialmente protegidos pela Constituição”. Dentro da categoria dos direitos fundamentais surge um conjunto de direitos subjetivos que se distinguem ou caracterizam, não só pelo processo de sua formação, já que foram “identificados e desenvolvidos pela doutrina jurídico-civil do séc. XIX, à frente Otto Von Gierke”, como também pelo objeto de sua tutela, os valores essenciais da personalidade humana. Nesta perspectiva,¹⁹ todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas não o inverso.

Nos ensinamentos de Sílvio Rodrigues, os Direitos da Personalidade estão situados dentre aqueles direitos subjetivos do ser humano que são inerentes à sua condição humana, não podendo ser destacados do seu titular, ao contrário de outros direitos subjetivos fundamentais ao ser humano, mas que dele podem ser separados. É a lição do mencionado autor:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular, ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e aquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade”.²⁰

Ou como salienta Francisco dos Santos Amaral, utilizando-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda e outros renomados mestres, “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.²¹

Segue o mencionado jurista ao analisar e conceituar os direitos da personalidade:

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

¹⁹ AMARAL, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 257.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.61.

²¹ AMARAL, 2004, p. 249.

personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.²²

Pela conceituação dos direitos da personalidade é de se observar que os mesmos não pertencem, a princípio, ao que se entende por direitos patrimoniais do ser humano, estando, portanto, incluídos no âmbito dos direitos extrapatrimoniais, sendo, assim, em regra, irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis e intransmissíveis, características estas apontadas pelo Código Civil Brasileiro em vigor e gravadas no artigo 11: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

1.2.1 Os Direitos da Personalidade e seu Titular

É latente em nosso ordenamento jurídico que, em ocorrendo ofensa ou ameaça a direitos da personalidade, o titular poderá tomar medidas judiciais para que cesse a ofensa ou ameaça e exigir a reparação do dano por ventura experimentado, como se denota do *caput* do artigo 12 do novo Código Civil.²³

Para que a proteção aos direitos da personalidade atinja seu objetivo, é necessário que seja efetiva e plena, e em nosso ordenamento esta proteção se manifesta por meio de uma tutela inibitória. Sobre a questão expôs Danilo Doneda:

A tutela dos direitos da personalidade deve ser integral, garantindo a sua proteção em qualquer situação. O artigo 12 responde a esta necessidade de ampliação da tutela com um mecanismo que já vinha sendo utilizado para minimizar ou evitar danos à personalidade, que é a tutela inibitória. Esta tutela faz-se acompanhar, no enunciado do artigo, de um meio já tradicional de tutela dos direitos da personalidade, que é a responsabilidade civil.²⁴

Destarte, sendo os direitos da personalidade estribados na dignidade da pessoa humana, além do que um destes direitos da personalidade é justamente o direito à vida, o titular dos direitos da personalidade é todo o ser humano vivente, durante toda a sua

²² AMARAL, 2004, p. 252.

²³ Art. 12, CC “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2008, p.19)

²⁴ DONEDA, Danilo. O direito da personalidade no novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº. 6, junho de 2005, p. 48.

existência, todavia recebendo alguns direitos da personalidade proteção até mesmo após a morte de seu titular, conforme reza o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.²⁵

Sobre a titularidade dos direitos da personalidade e a legitimação *post-mortem* leciona Francisco do Santos Amaral:

Sujeitos titulares dos direitos da personalidade são todos os seres humanos, no ciclo vital de sua existência, isto é, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização *in vitro* ou intrauterina), como decorrência da garantia constitucional do direito à vida. A personalidade humana extingue-se com a morte, o que não impede o reconhecimento de manifestações da personalidade *post-mortem* como ocorre nos casos do direito ao corpo, à imagem, ao direito moral do autor, e o direito à honra. Neste caso, cabe aos herdeiros a sua defesa contra terceiros.²⁶

Por este ponto, podemos enxergar a importância dos Direitos da Personalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, visto que sua incidência persiste durante toda a existência física do ser humano e até mesmo após a morte de seu titular.

1.2.2 Atos de Disposição do Próprio Corpo

O atual Código Civil abre o tema tratando dos atos de disposição do próprio corpo vivo no *caput* do artigo 13, onde reza que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. O parágrafo único do mencionado artigo costura a possibilidade da disposição do próprio corpo ao afirmar que “o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

Maria Helena Diniz comentando o mencionado artigo em consonância com a legislação específica ensina:

Disposição de partes separadas do próprio corpo, em vida, para fins terapêuticos: É possível doação voluntária, feita por escrito e na presença de testemunhas, por pessoa capaz, de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo para efetivação de transplante ou tratamento, comprovada a necessidade terapêutica do receptor, desde que não contrarie os bons costumes, nem traga risco a integridade física do doador, nem comprometa suas aptidões vitais, nem lhe provoque deformação ou mutilação, pois não se pode exigir que alguém se sacrifique em benefício de terceiro (Lei. 9.434/97, art. 9^o, §§ 3^o a 7^o).²⁷

²⁵ Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. (BRASIL, 2008, p.19)

²⁶ AMARAL, 2004, p. 253-254.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26-27.

Ocorre que casos podem surgir que causem polêmica sobre a possibilidade de se dispor do próprio corpo, mesmo em se tratando de situação manifestamente desejada e perseguida pelo titular do direito. Sílvio Rodrigues trouxe o exemplo dos transexuais, que transformam seus órgãos genitais no afã de se tornarem idênticos a um ser do sexo oposto. Por exemplo, Sílvio Rodrigues dá a saber caso ocorrido em São Paulo, há tempos idos. Naquela oportunidade, um cirurgião renomado praticou uma cirurgia de mudança de sexo em um homem, extirpando seus órgãos masculinos e lhe moldando órgãos femininos. Relata o doutrinador que o cirurgião fora condenado em primeira instância por lesão corporal de natureza grave, todavia, em sede recursal, seria posteriormente absolvido por maioria, sob o argumento de que “a vítima apresentava uma personalidade feminina, pensava como mulher e ao depor no processo revelou-se extremamente feliz com o resultado do tratamento que lhe havia devolvido seu verdadeiro sexo”.²⁸

Nota-se claramente que a mencionada decisão judicial está em uníssono com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que, no seu contexto, reconheceu a necessidade da operação realizada para se conferir dignidade ao titular do direito de disposição do corpo, que, na verdade, em se vendo o fato como uma patologia, nada mais é do que um caso terapêutico.

Não só o corpo vivo pode ser objeto de disposição, mas também o corpo morto. O artigo 14 do Código Civil abre a possibilidade do ato “com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Fica evidente, portanto, que a disposição do próprio corpo para depois da morte só será permitida sem contraprestação alguma, posto que deve ser gratuita. Para fins de estudo científico, deve de preferência, ser doado para centros de estudos científicos e para transplantes em casos de pessoas que necessitam de órgãos para continuar vivendo, sendo, assim, um ato de altruísmo.

Cumprido ressaltar que o parágrafo único do artigo 14 do Código Civil garante ao doador a possibilidade de revogar a doação *post mortem* a qualquer tempo.

Há que se lembrar que as disposições do Código Civil devem ser conjugadas com a legislação especial, como a lei 9.434/77 e o Dec. 2. 268/97.

²⁸ RODRIGUES, 2003, p. 69.

1.2.3 Tratamento Médico

Segundo disposto no artigo 15 do Código Civil, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

Segundo Sílvio Rodrigues, “essa regra, que sob o ângulo do paciente se situa no campo dos direitos da personalidade, no campo da responsabilidade civil constitui um mandamento ao médico para que nos casos graves não atue sem expressa autorização do paciente”.²⁹ Tal possibilidade está protegida pelos princípios da beneficência, da autonomia da vontade do paciente ou da autodeterminação, bem como do consentimento informado e dignidade da pessoa humana, que veremos no próximo capítulo.

Todavia, no próximo tópico será demonstrada a possibilidade de os Direitos Fundamentais serem restringidos, confirmando a característica relativa destes direitos. Veremos, ainda, que em alguns casos o exercício de tais direitos poderá ser até mesmo renunciado por seu titular, o que, ao contrário de ser uma afronta a tais direitos, é na verdade uma forma de melhor aplicação e exercício dos mesmos.

1.3 Possibilidade de Restrição dos Direitos Fundamentais e da Personalidade

Cristina M. M. Quiroz afirma que restrição “é toda a interpretação e aplicação de direito que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”.³⁰ Para Edilson Farias, “a restrição de um Direito Fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato desse Direito Fundamental”.³¹ Esta visão sobre restrição, vinculada à limitação do âmbito de proteção e do pressuposto de fato, também é defendida por Canotilho³² e, para melhor entendermos o sentido de restrições aos direitos fundamentais, devemos antes de tudo compreender o que vem a ser âmbito de proteção e pressuposto de fato.

Entende-se por pressuposto de fato o próprio direito garantido pela lei. Um exemplo de pressuposto de fato é o do artigo 5º, VIII, da CRFB 88 que assenta: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação

²⁹ RODRIGUES, 2003, p. 71.

³⁰ QUIROZ, M. M. Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Teses e Monografias, Volume 4, Coimbra: Coimbra, 2002, p. 199.

³¹ FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. *Revista Sequência*, n.º. 41, Dez. 2000 – Ano XXI, p. 68.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 449-450.

alternativa, fixada em lei”. Neste, o pressuposto de fato é o direito da pessoa a não ser privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Todavia, o artigo acima exemplificado não garante o direito ali estabelecido em casos que o seu titular o utilizar como recusa para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei. Fica evidente, portanto, que o âmbito de proteção do direito garantido sofre uma demarcação.

Assim, podemos afirmar que o âmbito de proteção do “direito” pressuposto de fato é a delimitação das fronteiras de seu exercício, não do conteúdo em si do Direito Fundamental.

Valiosa é a elucidação feita por Cristina M. M. Quiroz:

Temos como exemplo o disposto no artigo 47º da Constituição. Aí se afirma, no seu nº 1, que “(t)odos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade”. Aqui o “pressuposto de facto” descreve simplesmente o “direito” à liberdade de escolha de profissão. Só que o “pressuposto de facto” e o âmbito de proteção” podem não coincidir. A Constituição Autoriza o Legislador a restringir o “âmbito de proteção” do direito, mas não o respectivo conteúdo, estando em causa o interesse coletivo” ou o “bem comum”, v. g., estabelecendo restrições legais não ao direito, mas ao seu livre exercício, (...).³³

Adotando-se a posição de que as restrições ao Direito Fundamental se estribam na delimitação do seu âmbito de proteção, podemos entender que as restrições aos direitos fundamentais são, portanto, limites impostos ao exercício do pressuposto de fato ou direito resguardado.

1.3.1 Limites Impostos às Restrições dos Direitos Fundamentais

Durante todo o tópico acima foi afirmada a possibilidade de os direitos, mesmo que fundamentais, sofrerem restrições. Todavia, não podemos ser ingênuos a ponto de imaginarmos que a possibilidade do legislador restringir tais direitos está imune a excessos e a desmandos.

Destarte, para evitar a ocorrência de restrições descabidas, indesejáveis, que ao final podem funcionar como verdadeira castração ao Direito Fundamental garantido, o legislador ou quem estiver exercendo o mister de restringir o direito deverá observar um núcleo vital, chamado pela doutrina de *núcleo essencial*, e valer-se também de um critério de proporcionalidade, chamado na doutrina de *máxima de proporcionalidade*.³⁴

³³ QUIROZ, 2002, p.199-200.

³⁴ QUIROZ, 2002, p. 200

É evidente a necessidade de se utilizar mecanismos para limitar o poder de restringir direitos fundamentais, posto que, em alguns casos, as restrições impostas podem simplesmente inviabilizar o exercício de um direito líquido e certo.

Não se pode conceber, por exemplo, que um direito tal qual o direito a férias sofra condicionamentos exacerbados, tais como: o funcionário só poder o exercer em caso de doença na família ou na dependência do empregador colocar um substituto no lugar do funcionário que deverá gozar férias. Tais restrições ou exigências tornariam praticamente impossível que o empregado conseguisse sair de férias.

Não há dúvida de que as restrições aos Direitos Fundamentais devem respeitar um núcleo essencial do direito para que o mesmo não perca seu valor ou seu sentido. A doutrina levanta questões pertinentes sobre o assunto: 1) Qual o objeto do núcleo essencial? 2) Qual o Valor do núcleo essencial (máxima da proporcionalidade)? Quanto ao objeto do núcleo essencial apresentam-se geralmente duas correntes, a defendente da teoria objetiva e a defendente da teoria subjetiva.³⁵

Nos moldes da teoria objetiva, o objeto do núcleo essencial a ser observado é a proteção geral e abstrata gravada na norma para que o Direito Fundamental não seja reduzido a ponto de perder a sua importância para os indivíduos ou para grande parte deles.

Por sua vez, a teoria subjetiva aponta para a proteção do Direito Fundamental do particular, defendendo que em hipótese alguma este direito subjetivo pode ser sacrificado a ponto de perder o significado para o seu titular.

Canotilho reconhece uma necessidade de se equilibrar as teorias objetiva e subjetiva, como aponta:

A solução do problema não pode reduzir-se a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a função dos direitos na vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora desta função, designadamente pelas conseqüências daí resultantes para a existência da própria comunidade, quotidianamente confrontada com a necessidade de limitação de direitos fundamentais mesmo no seu núcleo essencial (ex.: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso). Todavia, a protecção do núcleo essencial não pode abdicar de evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjectivo individual (ex.: proibição de prisão perpétua ou pena de morte, pois estas penas violariam o núcleo essencial do direito a liberdade ou do direito a vida).³⁶

E no tocante ao valor do núcleo essencial do Direito Fundamental? Mais uma vez evidenciam-se duas teorias a absoluta e a relativa.

³⁵ FARIAS, Edilson. *Restrição de Direitos Fundamentais*. Revista Sequência, nº 41, dez. 2000 – Ano XXI.

³⁶ CANOTILHO, 2003, p. 449-450.

Edílson Farias³⁷ afirma que para a teoria absoluta, o núcleo essencial consistiria num núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato. Por sua vez, a teoria relativa reconduziria o núcleo essencial ao atendimento da máxima da proporcionalidade. Isto é, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência imponha ao Direito Fundamental.

Para o Mestre Português, o limite absoluto que constitui o núcleo essencial é o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3.2 Regra da Proporcionalidade

Mello ressalta que o Princípio da Proibição do Excesso, ou Regra da Proporcionalidade, surgiu ligado à idéia de limitação do poder no século XVIII, sendo considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito, visando garantir a liberdade individual das ingerências administrativas. Esse critério de proporcionalidade tem suas raízes mais profundas na época dos iluministas, como Montesquieu (Charles de Secondat), autor do *Espírito das Leis*, obra que lhe deu grande reputação. Como também Cesare Beccaria, pois ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos praticados.³⁸

Esta regra de proporcionalidade nada mais é do que uma proibição de restrições excessivas aos direitos fundamentais, podendo ser vista também como princípio da vedação do excesso. Isto quer dizer que o poder dado ao legislador ou ao magistrado para restringir direitos fundamentais não pode se transformar em intervenção desarrazoada e desproporcional à sua função, sob pena de ser interpretada como inconstitucional, e acabar por trazer um efeito deletério à existência do Direito Fundamental que por ventura venha sofrer a restrição³⁹.

³⁷ FARIAS, 2000 – Ano XXI.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 495.

³⁹ Julgado: Apelação Cível nº 0197588-58.2013.8.13.0701 (1), 3ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Elias Camilo. j. 19.03.2015, Publ. 30.03.2015. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CODAU - FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - VAZAMENTO NO SISTEMA DE ESGOTO - INUNDAÇÃO DA CASA DA AUTORA - CASO FORTUITO E/OU FORÇA MAIOR - INOCORRÊNCIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS - ARBITRAMENTO - PARÂMETROS - ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - RECURSO PROVIDO, EM PARTE. 1. A inundação em residência da usuária em decorrência de problema no encanamento do esgoto na via pública, não isenta a prestadora de serviços da responsabilidade civil pelos resultados danosos decorrentes, a qual tem o dever de manuten o do equipamento e fiscaliza o, além de reparar eventuais defeitos com a eficiência e a celeridade que a situa o exige. 2. Não havendo parâmetros legais para a determina o do valor do dano moral, cabe ao Juiz fixá-lo sob seu prudente arbítrio, evitando que seja irrisório ou de molde a converter o sofrimento em móvel de capta o de lucro. 3. As altera oes

Como ventilado por Edilson Farias, utilizando-se dos ensinamentos de Canotilho:

A regra da proporcionalidade agindo como barreira às leis restritivas de direitos fundamentais, na sua configuração atual não constitui um standard difuso, mas um conceito operacional cujo conteúdo encontra-se em grande parte delineado nas exigências de adequação, necessidade e ponderação da medida restritiva. É o que a doutrina denomina de requisitos intrínsecos ou máximas parciais da regra da proporcionalidade. A regra da adequação ou da idoneidade, como máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo, impõe que a medida restritiva de direito fundamental deva ser idônea e adequada ao fim proposto baseado no interesse público. (...) A regra parcial da necessidade ou exigibilidade, como máxima parcial da regra da proporcionalidade em sentido amplo, exige que a medida restritiva de direito fundamental utilize, tendo em vista o esquema meio-fim, o meio menos gravoso ou mais suave para a consecução do fim baseado no interesse público. Aqui a doutrina acrescenta ainda outros elementos para dotar a regra da necessidade de maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos”. Fundamentais; b) a exigibilidade parcial aponta para a necessidade limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.⁴⁰

O princípio em comento, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados.

Segundo Lenza, como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos:

Necessidade: por alguns denominada *exibibilidade*, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; *Adequação*: também chamado de *pertinência ou idoneidade*, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; *Proporcionalidade em sentido estrito*: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.⁴¹

introduzidas no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, pela Lei nº 11.960/09, aplicam-se às ações ajuizadas após a sua vigência, nos termos do precedente instaurado no STJ, pelo REsp nº 706.287. Fonte: STJ. Disponível em: <<http://www.wv2.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

⁴⁰ FARIAS, 2000, p.72-79.

⁴¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 11ª ed. Editora Método: São Paulo, 2007, p. 696 e 697.

Finalmente, lembramos que o princípio da proporcionalidade, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva – art. 5º, LIV).

1.4 Renúncia a Direitos Fundamentais

No que toca às características dos Direitos Fundamentais, como apontado, a doutrina tradicional reconhece uma irrenunciabilidade dos mesmos, muito em razão de serem tais direitos armas de defesa do indivíduo contra os desmandos do Estado ou até mesmo de particulares que lhe ameace direitos essenciais à persecução da dignidade humana. Ressalta-se, porém que num caso concreto e excepcional estes Direitos poderão ser mitigados, como veremos.

Contudo, não é difícil imaginarmos que por serem Direitos Fundamentais, com o mesmo grau hierárquico, em caso de colisão destes, poderão ocorrer situações em que o titular de tais direitos em colisão terá de decidir qual Direito Fundamental preservar, abdicando, portanto, do outro.

Tais situações são mais comuns do que se imagina, tanto que a doutrina moderna vem se esforçando em encontrar mecanismos de solução para o caso de conflitos entre Direitos Fundamentais, sejam de um mesmo titular ou de titulares distintos. Um bom exemplo é a técnica da ponderação, que, nas palavras de Ana Paula Barcelos, “corresponde à técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁴².

A doutrina lusitana não fecha os olhos para a técnica da ponderação a fim de resolver conflitos entre Direitos Fundamentais. Jorge Reis Novais lança luz a esta possibilidade:

A partir do momento em que concluímos pela admissibilidade, *prima facie*, da renúncia a direitos fundamentais, então o resultado definitivo será apurado através desse processo de ponderação de valores e bens jurídicos, nos vários níveis em que se exija a sua realização, ou seja, no plano da previsão normativa infraconstitucional da possibilidade ou impossibilidade da renúncia, no plano do exercício do direito concreto, pelo particular, do seu poder de disposição sobre as próprias posições de direitos fundamentais, no plano da restrição concreta de uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental efectuada com base no consentimento do particular e, por fim, no plano da verificação judicial da regularidade constitucional dos procedimentos anteriores.⁴³

⁴² BARCELOS, Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 268.

O simples fato de se buscar técnicas para solucionar conflitos entre Direitos Fundamentais que em dado momento são incompatíveis, ou seja, o exercício de um exclui obrigatoriamente o do outro, é motivo para acreditar que, em momentos específicos, os Direitos Fundamentais podem ser renunciados.

Podemos mencionar como exemplo de antinomia entre Direitos Fundamentais, o caso de uma gestante que sabidamente tem grandes chances de falecer em decorrência de complicações com a gravidez e que, contra a vontade de seu médico, se recusa a fazer um aborto, assumindo, portanto, o risco de morrer. Outro bom exemplo é o do paciente renal crônico que sobrevive em virtude da máquina de hemodiálise, mas, a certa altura do tratamento, se recusa a prosseguir com a diálise, assumindo o risco de ir a óbito. Há pouco tempo ganhou os noticiários o caso da menina inglesa Hannah, de 13 anos de idade, que ganhou o direito de não se submeter a um tratamento do coração, mesmo que isto lhe levasse à morte, uma vez que ela estava cansada de lutar contra sua doença e preferia morrer com dignidade a se submeter a mais tratamentos desgastantes.⁴⁴ Estes são apenas alguns exemplos de conflitos de Direitos Fundamentais e que, por consequência, envolvem a renúncia de um dos conflitantes.

Pois bem, admitida a possibilidade da renúncia a Direitos Fundamentais vale o ensinamento de Jorge Reis Novais:

A expressão renúncia a direitos fundamentais é utilizada em Direito Constitucional para designar todo um feixe complexo de situações por vezes muito diferenciadas na sua natureza e estrutura.

Como elemento unificador comum a todas essas situações há sempre a existência prévia de uma posição jurídica subjetiva, tutelada por uma norma de direito fundamental, que, por força da expressão de vontade concordante do seu titular, sofre um enfraquecimento face ao Estado ou a entidades públicas⁴⁵.

Destarte, não há dúvida, embora os direitos fundamentais sejam essencialmente irrenunciáveis, haverá situações em que o exercício concomitante de mais de um deles será impraticável, o que levará o titular a preterir um deles, em favor do que julgar mais valioso.

⁴⁴ MONTEIRO, Lauro (Ed.). *Britânica de 13 anos ganha direito de morrer*. Observatório da Infância. 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=653 |>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁴⁵ NOVAIS, 2006, p. 215.

1.5 Dignidade da Pessoa Humana como Luz dos Direitos Fundamentais e dos Direitos da Personalidade

Durante a presente exposição, segue sendo apontada a Dignidade da pessoa Humana como o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais e de nosso ordenamento jurídico⁴⁶, já que, em seu art. 1º, inciso III, a nossa Constituição da República ergue como fundamento da República Federativa do Brasil justamente a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, temos que as antinomias ou discussão envolvendo Direitos Fundamentais deverá obrigatoriamente ter como fundamento a linha traçada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tanto nos problemas pertinentes ao Estado e o particular, quanto entre particulares.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ganha contornos marcantes no tocante aos Direitos de Personalidade, visto que, tais direitos como já visto, contidos nos Direitos Fundamentais, têm o condão de dar proteção e efetividade àqueles elementos da esfera privada do ser humano, que dele não podem ser separados e, portanto, afetos à personalidade do homem enquanto ser humano.

A dignidade da pessoa humana tem peso decisivo no que diz respeito aos direitos da personalidade, uma vez que, como bem lembrado pelos professores Guerra e Pessanha ao apresentarem os ensinamentos de Konder Comparato:

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁴⁷

Reconhecendo a importância do princípio da dignidade humana no desenvolvimento da personalidade humana, o professor Ingo Wolfgang Sarlet asseverou:

Aliás é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Para além das condições já referidas (especialmente no concernente a liberdade pessoal e seus desdobramentos) – situa-se o reconhecimento e proteção da intimidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas dimensões

⁴⁶ GUERRA, Sidney; PESSANHA, Érica de Souza. O Núcleo Fundamentador do Direito Constitucional Brasileiro e do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A Dignidade da Pessoa Humana. *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. Coordenador Sidney Guerra, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 17.

⁴⁷ GUERRA; PESSANHA, 2006, p. 20.

umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.⁴⁸

Destarte, a visualização do princípio da dignidade da pessoa humana será de suma importância ao tratarmos da recusa de tratamento médico como Direito Fundamental ligado à liberdade e autodeterminação essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana, não podendo o estudo do assunto divorciar-se do mencionado princípio, como podemos perceber mais uma vez dos ensinamentos de Sarlet:

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autonomia responsável individualmente⁴⁹.

Assim, ao analisarmos o direito do paciente em recusar tratamento médico, deveremos forçosamente adentrar seu mundo psicológico e perscrutar o que, para ele, é ou deixa de ser digno quando se trata de um tratamento de saúde, posto que a recusa a tratamento médico está inserida no âmbito do “Direito Fundamental da Personalidade”.⁵⁰

Outrossim, é mister lembrarmos que esta recusa poderá se dar por mero exercício de liberdade, ou, no que mais interessa a este trabalho, na liberdade de repudiar o tratamento médico por motivo religioso, como será fartamente observado no tópico a seguir, inclusive com abordagens bioéticas e sobre o biodireito.

1.6 A Recusa a Tratamento Médico, a Bioética e o Biodireito

Embora relativamente novas, as querelas oriundas da relação médico-paciente, são muito antigas, sendo as suas linhas principiológicas traçadas desde a antiguidade, como se tem notícia com o juramento de Hipócrates, sendo que deste juramento aflora os mais antigos princípios balizadores da relação em foco a beneficência e não-maleficência.⁵¹

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 3 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86.

⁴⁹ SARLET, 2004, p. 88.

⁵⁰ SARLET, 2004, p. 88

⁵¹ SOARES, André Marcelo M.; MOSER, Antônio. *Bioética do consenso ao bom senso*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 17-19.

Segundo Heloísa Helena Barboza⁵², a partir do século XX, os conceitos, categorias e institutos do direito civil clássico revelaram-se insuficientes para regular as relações sociais que surgiram na esteira dos avanços científicos e tecnológicos da Biologia e, especialmente, da Engenharia Genética. Surge assim o Biodireito, que tratará dessas novas realidades e relações sociais, que colocam em causa o homem não somente como ser individual, mas como parte da espécie humana. A mesma doutrinadora registra que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina⁵³.

A expressão Biodireito é relativamente nova e como quase todo nome dado a determinados ramos ou subramos do direito, a sua adequação ao tema também é questionada. Como bem observou Elida Séguin, atualmente vários termos são utilizados pela doutrina mundial para designar o Biodireito, como segue abaixo destacado:

A denominação da nova disciplina jurídica ainda não está pacificada. Em Portugal é mais corrente Direito Biomédico. No Uruguai usa-se também Derecho Biotecnológico. A Argentina adotou o nome Bioderecho. Na França existem várias obras sobre bio-droit. No Brasil, até há pouco tempo, era chamada de Bioética, surgindo a expressão Biodireito a partir da positivação e incorporação ao ordenamento jurídico de regulamentação a procedimentos terapêuticos e a investigação científica, com vários livros jurídicos adotando essa denominação.⁵⁴

Podemos observar ainda que atualmente a doutrina brasileira difere Bioética de Biodireito, ao assentar que a positivação da primeira a transformaria no segundo, tal qual o exemplo dos Direitos Humanos, que, reconhecidos em caráter internacional, ao serem positivados em âmbito constitucional, se transformam em Direitos Fundamentais.

No que pese as expressões terminológicas, o importante é que:

O biodireito como ciência disciplina as relações médico-paciente, médico-família do paciente, médico sociedade e médico instituições, e diversos aspectos jurídicos que surgem dentro, fora e por causa destes relacionamentos, introduzindo a noção de saúde física moral à saúde física e mental.⁵⁵

Deste modo, por fazer parte do contexto da relação médico-paciente, a recusa a tratamento médico estará abarcada pela ciência do Biodireito, sendo, deste modo, necessário um entendimento dos mais importantes princípios deste ramo do direito para melhor compreendermos a recusa pelo paciente a tratamento médico.

⁵² BARBOZA, Heloísa helena. *Novos temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-80.

⁵³ BARBOZA, Heloísa helena. 2003, p. 55-58.

⁵⁴ SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

⁵⁵ SÉGUIN, 2001, p. 53.

1.7 Natureza da Relação Médico-Paciente

Uma visão geral da relação estabelecida entre médico e paciente é de extrema importância para o desenlace do presente trabalho, podendo apontar rumos às interpretações devidas a cada caso concreto envolvendo cuidados médicos. Na atual doutrina, convivem pelo menos três formas de configuração da relação médico-paciente: a contratual, a extracontratual e a estatutária. De início, vislumbra-se uma natureza contratual, como bem observa André Gonçalo Dias Pereira⁵⁶.

A relação contratual existente entre médico e paciente é reconhecida também por José Carlos Maldonado de Carvalho, que, em razão da natureza desta relação, salienta a necessidade de se aplicar alguns deveres de contornos contratuais marcantes: “De fato, nos contratos de prestação de serviços médicos individuais ou coletivos, assinalam as obrigações e deveres que deles decorrem como, por exemplo, os relativos à segurança, lealdade e boa-fé na execução do contrato; de vigilância, sigilo, discrição e coerência.”⁵⁷

Mais adiante, o mesmo autor reconhece no paciente a qualidade de consumidor:

Diante dessa nova concepção de relações contratuais, em que o interesse social se faz presente, os direitos relativos à informação e assistência ganham maior destaque, assegurando-se ao paciente-consumidor – quase sempre a parte mais frágil – o necessário equilíbrio de forças.⁵⁸

A natureza consumerista conferida à relação contratual porventura existente entre médico e paciente não é exclusiva da doutrina nacional, visto que o autor lusitano André G. Dias Pereira também a reconhece:

Perante a falta de tipicidade legal, podemos ensaiar uma apresentação sumária do conteúdo desse contrato. Como ponto de partida, é seguro que se trata de um contrato civil (nunca é um acto de comércio), celebrado intuito personae e é um

⁵⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, 9. Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 31.

⁵⁷ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107.

⁵⁸ No mesmo sentido a jurisprudência: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Apelação nº 0047164-34.2004.8.04.0001, 1ª Câmara Cível do TJAM, Rel. Flávio Humberto Pascarelli Lopes. Julgado em 30/06/2014. APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). DEFEITO DO SERVIÇO. CULPA MÉDICA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC, ART. 14, § 4º). 1. A responsabilidade civil por danos advindos da relação de consumo de serviço médico é subjetiva, constituindo-se a natureza da avença celebrada entre médico e paciente um contrato sui generis, no qual se estabelece, via de regra, uma obrigação de meio, em razão da qual o profissional se compromete a prestar serviços de conselho e cuidado, em acordo com as regras e métodos científicos inerentes aos dogmas profissionais. 2. É dever do profissional médico prescrever medicamentos que possuam prévio registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sob pena de configuração de defeito no serviço (CDC, art. 14). Fonte: TJAM. Disponível em: <<http://www.tjam.jus.br/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

contrato de consumo e portanto merecedor da aplicação das regras de proteção dos consumidores.⁵⁹

Observado o caráter contratual da relação médico-paciente, não podemos olvidar que há um elemento vital à existência do contrato, qual seja, o acorde de vontades. Deste modo, impossível esquecer que em certas ocasiões não estará presente a expressão de vontade das partes envolvidas na prestação do serviço médico, o que para alguns lhe afastará a natureza contratual. É justamente o que lembra Venosa, ao analisar o aspecto da responsabilidade decorrente desta relação:

Resulta que nas hipóteses nas quais a existência do contrato entre médico e paciente não fica muito clara, como quando um médico assiste transeunte em via pública, ou socorre um vizinho acometido de mal súbito, torna-se muito difícil aferir a falta do médico sob o prisma contratual. Tanto assim é que a doutrina tem dificuldade em classificar o contrato, quando não como locação de serviços (e assim o é quando o contrato entre médico e paciente surge de forma clara), como um contrato *sui generis*. Dizer que o contrato é *sui generis* nada esclarece.

Daí percebemos que, quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, o negócio é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. (...) Quando a iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar de pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato.⁶⁰

No exemplo acima mencionado pelo autor citado, é praticamente impossível atribuir às partes envolvidas um acordo de vontades, posto que o paciente está impossibilitado de consentir e o médico está agindo em razão de um dever de conduta, de altruísmo, não lhe sendo dada oportunidade de conhecer as escolhas do paciente socorrido. Nesse sentido, mais uma vez a doutrina lusitana faz coro com a brasileira, reconhecendo a possibilidade de se enxergar, em determinados casos, a natureza extracontratual, sendo este o segundo modelo da relação médico-paciente, como podemos observar dos ensinamentos de Pereira, ao observar a natureza da responsabilidade do profissional da saúde:

Por muito que se amplie o conceito de contrato nunca poderemos aí enquadrar situações em que não existe consentimento nem concurso de vontades prestado por uma das partes, nem directamente, nem através de um representante seu, pelo que teremos que aplicar (exclusivamente) o regime geral da responsabilidade aquiliana.⁶¹

⁵⁹ PEREIRA, 2004, p. 36-37.

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95.

⁶¹ *No mesmo sentido a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul: Apelação Cível Nº 599439023, Primeira Câmara Especial Cível, Rel.: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 17/08/2000. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CORREÇÃO DE ESTRABISMO. NEGLIGÊNCIA. DANO MORA. QUANTO AO RECURSO DO REU. A responsabilidade do médico e de natureza contratual, visto que a responsabilidade extracontratual ocorre apenas em situações de emergência, sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontades entre o médico e o paciente. Quando o paciente se diz vítima de erro médico, na verdade está apontando o inadimplemento da prestação devida. Considerar a responsabilidade médica como contratual, não implica necessariamente, na culpa pelo resultado, porque a obrigação que o médico assume e de meio e não de resultado. O objeto do contrato*

Ainda em se tratando de relação médico-paciente, menciona a doutrina uma terceira forma de relação existente entre as partes envolvidas, a saber, uma relação “estatutária”, como menciona Venosa⁶². Nesta forma de relação entre médico e paciente, ambos estarão ligados não por um pacto de vontade, e sim por um serviço prestado pelo Estado e, portanto, de ordem administrativa.

Destarte, com base nas razões apresentadas pela doutrina moderna, a relação médico-paciente poderá assumir contornos diferentes de acordo com a situação em que for estabelecida. Caso seja fruto de um encontro de vontades celebrado entre médico e paciente, de forma verbal ou escrita, estaremos, sem dúvida diante, de um contrato de prestação de serviços médicos, deste modo, de natureza inegavelmente contratual. Vale frisar que, como exposto acima e desposado pela doutrina, o contrato entre médico e paciente será um contrato mais especificamente de natureza consumerista.

Ainda conforme acima exposto, com estribo na doutrina apresentada, em situações nas quais os envolvidos não tenham, por qualquer motivo que seja, possibilidade de exarar a sua vontade e condições para a celebração e execução dos serviços médicos, a exemplo de um médico que se vê na obrigação de socorrer um transeunte inconsciente que está sofrendo um enfarte, não podemos, a princípio, atribuir à relação estabelecida naquele momento do socorro a natureza contratual, já que essa estaria despida do pacto de vontades necessário à celebração de contratos.

Por derradeiro, parte da doutrina aponta ocasiões nas quais o atendimento médico por ser oriundo de um serviço prestado pelo Estado ao paciente cidadão, por intermédio do profissional médico, assume uma roupagem de relação administrativa, portanto, estatutária,

médico não e a cura, mas sim, disponibilizar ao paciente seus conhecimentos técnicos, com zelo e adequação. Se cumpre tal prestação, o contrato terá sido cumprido, malgrado o insucesso do tratamento no tocante a meta de curar ou salvar o doente. Conforme o art. 1.545 C.C. não basta ao paciente demonstrar a lesão que lhe adveio do tratamento médico, pois a culpa que se apura no processo de indenização por dano de responsabilidade medica, além do dolo, compreende as formas de negligencia, imperícia e imprudência. Após a cirurgia corretiva de estrabismo a autora teve seu olho esquerdo acometido de afecção - endoftalmite - causando-lhe perda da visão. Isso pode seguir a qualquer cirurgia ocular, por isso se faz necessária vigilância e permanente para a detecção da infecção e aplicação da terapia adequada rapidamente. O espectro probatório convence a culpa com que agiu o réu, compreendida nesse caso na modalidade de negligencia, de que resultou o dano. Tratando-se de uma atividade de meio, na qual o médico se compromete a prestação de serviços de forma zelosa, o réu deixou de observar medidas e precauções necessárias para descartar uma complicação no pós-operatório. Quanto ao recurso da autora. Os danos morais não de ser calibrados racionalmente, visando reparar a dor pela perda da visão de um dos olhos que se pereniza e que, por evidente, afeta e afetara indelevelmente o psiquismo da vítima. Presta-se para proporcionar-lhe uma compensação pelo dano suportado. e punir o infrator, mediante sanção de natureza econômica, tanto porque errou ("*quia peccatum est*"), quanto para que não volte a errar ("*ut ne peccatur*"). Apelo do réu não-provido. Apelo da autora provido. Vencido o revisor. (29 fls.). Fonte: TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

⁶² VENOSA, 2003, p. 96.

estando vinculada aos ditames e condições que lhes são impostos pelo Estado prestador do serviço.

Malgrado a natureza que se atribuir à relação entre médico e paciente, é visível na doutrina acima que em todas elas o profissional da medicina deverá obedecer a um dever de conduta estabelecido segundo a ética profissional e os princípios que regem a relação médico-paciente. Logicamente, em se tratando de relação de contorno preponderantemente contratual, o médico deverá, o mais fielmente possível, seguir as condições acordadas com o seu paciente, todavia, sem se esquecer dos liames deontológicos pertinentes a toda e qualquer prestação de serviços médicos.⁶³

Obviamente, por estar intrinsecamente vinculada a um dever de conduta, a relação médico-paciente deverá ser norteada por princípios específicos a esta relação, devendo, portanto, ser considerados os princípios mais importantes que atualmente aponta a doutrina para a relação entre médico e paciente, seja ela vista como contratual ou extracontratual.

Assim, passaremos à análise dos princípios mais importantes apresentados pela doutrina para guiar a relação médico-paciente.

1.8 Princípios Pertinentes à Relação Médico-Paciente

1.8.1 Princípio da Beneficência ou Não Maleficência

Para Beauchamp e Childress⁶⁴, o termo comum de beneficência significa atos de compaixão, bondade e caridade. Por vezes, o altruísmo, o amor e a humanidade são também considerados formas de beneficência. Para Elida Séguin, o princípio da “beneficência ou *bonum facere*, enfatiza a necessidade de não provocar danos, maximizar os benefícios e minimizar os riscos possíveis, buscando o bem-estar dos enfermos”⁶⁵.

Segundo o que se tem relatado, é o mais antigo princípio norteador da relação entre médico e paciente, sendo conhecido desde o juramento de Hipócrates no trecho que reza: “utilizarei a dieta em benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento, e, além disso, repelirei o mal e a injustiça”⁶⁶. Como se pode notar, no que toca ao princípio da

⁶³ PEREIRA, 2004, p. 40

⁶⁴ BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo. Loyola, 2002, p. 282.

⁶⁵ SÉGUIN, 2001, p. 40-41.

⁶⁶ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Consentimento Informado na Relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 29, p. 100. jan-mar. 2007.

beneficência, o médico deve sempre buscar o que julgar melhor para o paciente, independentemente da opinião deste⁶⁷.

Em consequência do dever de buscar sempre o bem do seu paciente, alguns sugerem que nasceu para o médico também a obrigação de não fazer o mal, ou seja, a não-maleficência, tendo ainda como esteio o Juramento de Hipócrates, “não darei, a quem pedir, nenhuma droga mortal, nem recomendarei essa decisão; do mesmo modo, não darei a mulher alguma pessário para abortar⁶⁸”.

Ao definir a beneficência como uma “ação a ser feita”, Guy Durand aponta para o caráter dúplice de fazer o bem e não fazer mal, embora não faça menção direta à não-maleficência, conforme se depreende da lição abaixo:

A beneficência, como a etimologia indica (*bene-facere*), refere-se à ação a ser feita. Ela comporta dois fatores: não fazer o mal ao próximo ou, melhor positivamente, fazer-lhe o bem. No campo da saúde, esses dois aspectos podem ser traduzidos do seguinte modo: não usar a arte médica para causar males, injustiças ou para prejudicar; aplicar os tratamentos exigidos para aliviar o doente, melhorar seu bem-estar e, se possível, fazê-lo recobrar a saúde. É ao mesmo tempo um dever, uma virtude, um princípio, um valor, a palavra *dever* designando diretamente a obrigação moral ou a norma; a virtude, a atitude interior; o princípio, a inspiração e a legitimação; o valor, uma espécie de objetivo a ser atingido.⁶⁹

Parte da doutrina faz diretamente distinção entre o princípio da beneficência e da não-maleficência, como bem lembrado por Amorim, ao se valer dos ensinamentos de alguns autores estrangeiros:

Frankena afirma que o princípio da beneficência requer não causar danos, prevenir danos e retirar os danos ocasionados. Beauchamp e Childress adotam os elementos de Frankena e os reclassificam da seguinte forma: não-maleficência ou a obrigação de não causar danos e beneficência ou obrigação de prevenir danos, retirar danos e promover o bem. O princípio da não-maleficência envolve abstenção, enquanto o princípio da beneficência requer ação, concluem os autores (Kipper e Colet), e que o princípio da não-maleficência é comum a todas as pessoas, enquanto o princípio da beneficência, na prática, é menos abrangente.⁷⁰

No que pese a distinção, por parte da doutrina, a respeito do princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência, o importante é termos em mente que o médico tem o dever de, nos limites de seus conhecimentos, buscar o melhor para os seus pacientes, não sendo descabido afirmar que a simples existência de um dever de buscar o bem,

⁶⁷ NUNES, 2007, p. 100.

⁶⁸ NUNES, 2007, p. 100.

⁶⁹ DURAND, Guy. *Introdução Geral à Bioética: História, Conceitos e Instrumentos*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 162.

⁷⁰ AMORIM, Cloves. *Bioética Clínica*. Coordenador: Cícero de Andrade Urban, Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 13.

pressupõe a obrigação de não causar o mal. Assim sendo, podemos afirmar que o princípio da não-maleficência é intrínseco ao princípio da beneficência.

Não se pode negar que o espírito do mencionado princípio prega um altruísmo desejável não só na relação entre médicos e pacientes, mas também na relação entre todas as pessoas. Todavia, uma visão unilateral (apenas médica) deste princípio pode gerar o efeito colateral do paternalismo, desprezando toda e qualquer vontade do paciente, conflitando assim com o seu direito de autonomia⁷¹, o que pode não espelhar a melhor interpretação e aplicabilidade da beneficência.

Em linhas gerais, podemos qualificar o paternalismo como a castração de toda e qualquer autonomia da vontade do paciente, que passa a ser tratado como um ser incapaz de tomar decisões, sendo visto tal qual um rebento, que não tem discernimento de sua existência, do que é bom ou mal, e que realiza suas funções vitais apenas por instinto. Logicamente, um ser nestas condições é isento de vontade e, portanto, outros devem tomar decisões por ele. Esta visão do termo paternalismo que impregna o princípio da beneficência foi bem exposta pela professora Heloisa Helena Barboza:

Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação, apropriadamente denominada paternalista, atribui ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente. Similar à relação dos pais para com os filhos, foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta.⁷²

Como bem observado por Cloves Amorim⁷³, em artigo que contou com o apoio do Conselho Regional de Medicina do Paraná, o princípio da beneficência “não nos diz como distribuir o bem e o mal, só nos manda promover o primeiro e evitar o segundo”. Portanto, óbvio que hodiernamente não cabe em nossa sociedade a visão paternalista do princípio da beneficência, devendo o mesmo ser aplicado com parcimônia e conjugado com os demais princípios que regem a relação médico-paciente, posto que, como já visto alhures, o ser humano é senhor de si mesmo, tendo inclusive o direito de tomar decisões sobre tratamento médico, um direito que lhe é garantido pelo Código Civil Brasileiro, que o qualifica como um dos Direitos de Personalidade.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42.

⁷² BARBOZA, Heloisa Helena. O Consentimento Informado na Relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 29, jan-mar, 2007.

⁷³ AMORIM, 2003, p. 12.

Amorim alerta que em países em desenvolvimento e em sistemas de saúde pública, corre-se maior risco de atitudes paternalistas dos profissionais da saúde e salienta para as formas de manifestação deste efeito colateral do princípio da Beneficência, “O paternalismo pode se manifestar de diversas formas: superproteção, autoritarismo, desqualificação da comunicação, entre outros, caracterizando uma assimetria na relação profissional/paciente.”⁷⁴

De tudo, como dito acima, o princípio da beneficência, embora concebido como mitigador da autonomia do paciente, outorgando ao médico um ar divino, não podemos, hodiernamente, fazer a mesma leitura do mencionado princípio, o que leva à necessidade de devolver ao paciente as rédeas de sua vida, o colocando em pé de igualdade com o profissional médico na relação médico-paciente.

Por estes motivos, há tempos outros princípios foram desenvolvidos, com fito de aparar arestas deixadas pelo princípio da beneficência, o que levou o pensamento jurídico sobre a relação entre médicos e pacientes a evoluir nos esteios desta relação polêmica. Vejamos alguns outros dos mais importantes princípios hodiernamente apontados pela doutrina para estribar a relação médico-paciente.

1.8.2 Princípio da Autonomia da Vontade do Paciente

Equilibrando a veia paternalista do Princípio da Beneficência, surge o Princípio da Autonomia da Vontade do Paciente. Guy Durand, ao analisar o sentido legal de autonomia, ensina que esta é simplesmente autodeterminação, como se extrai abaixo de trecho de sua obra:

No direito, o conceito de autonomia se reduz ao de autodeterminação. Ele pode ser definido como capacidade de fazer as próprias escolhas e realizar atos sem coação, ao menos sem coação outras que as impostas pela lei. Ou ainda, seguindo Tristram Engelhardt, é “a liberdade de fazer o que me convém desde que eu não faça outrem sofrer algo que não consentiu”. No fundo, caricaturando um pouco, a autonomia remete à liberdade de fazer o que quero, à liberdade de agir segundo minha vontade, mesmo que os outros julguem minha escolha insensata.

Assim, a autonomia ou a autodeterminação é considerada um direito (direito de ser informado, direito de decidir etc.) possuído por toda pessoa adulta ponderada ou por seus parentes, no caso de a própria pessoa ser legal ou psiquicamente incapacitada.⁷⁵

⁷⁴ AMORIM, 2003, p. 13.

⁷⁵ DURAND, 2007, p. 176.

O autor acima citado não se dá por satisfeito apenas em definir o que vem a ser autonomia para o direito. Vai além demonstra ainda o sentido bioético do termo, sentido este que deve, sem dúvida, andar em uníssono com o sentido legal. É a lição:

Mais concretamente, na bioética – em relação, ao sujeito, ao cidadão –, respeitar a sua autonomia não é apenas recorrer à sua autodeterminação, mas ajudar essa pessoa a ir ao limite de si mesma, ajudá-la a descobrir e a escolher o que está de acordo com o sentido do respeito à dignidade humana. “Respeitar a autonomia do outro é ajudar a pessoa a se responsabilizar e a se assumir no que ela é.” O olhar bioético é o que vê no paciente meu irmão, minha irmã, meu parceiro, meu filho, isto é, o que vê em cada paciente o rosto de um ser humano singular. Observe-se que isso não justifica a menor pressão sobre o paciente. Há uma fronteira tênue entre impor e ajudar, contudo ela é possível e essencial.⁷⁶

O princípio da autonomia da vontade do paciente, ou simplesmente autodeterminação, veio em um momento tenebroso da história da humanidade, com a incidência da segunda guerra mundial, momento em que sob o argumento de ciência, “cientistas”, em especial os nazistas, se utilizavam de pessoas como cobaias para suas experimentações, causando quase sempre morte, muita dor e sofrimento.⁷⁷

Assim, pelo que se tem notícia, em 1947, com o Código de Nuremberg, surgiu o embrião do que hoje se convencionou chamar de “autodeterminação do paciente”⁷⁸.

De acordo com o princípio da Autonomia da Vontade do Paciente, ou, simplesmente liberdade, é reconhecido ao paciente o poder de se orientar segundo as suas convicções, decidindo a que tratamento ou intervenção cirúrgica se submeterá ou não.

Como bem ensina Lídia Neves Bastos T. Nunes, “o respeito pela autonomia privada impõe ao médico, na relação com o paciente, tratá-lo como um fim em si mesmo.”⁷⁹

Durand expõe decisões históricas das cortes dos Estados Unidos da América sobre o direito a autonomia do paciente, e que nos permitimos transcrever, face à sua importância histórica e beleza jurídica:

Desde os anos 1950, as Cortes Americanas começaram a reconhecer que o princípio do indivíduo senhor de sua vida e de suas decisões deveria se estender ao domínio da relação médico-paciente. Ao estatuir que o domínio médico não era exceção à regra geral da autonomia da pessoa, o poder judiciário transformava a prática dos tratamentos de saúde. Apesar de o caso Kerem Quinlan nos anos 1970 ser o mais citado para mostrar o papel determinante dos tribunais na evolução das práticas médicas, foi a decisão da suprema Corte do Kansas em 1960 que representou o ponto de partida da mudança de perspectiva. No caso Kline vs. Natanson, a senhora Natanson, que sofrera queimaduras graves no seio, subsequentes a uma terapia com cobalto que visava evitar o retorno das metástases após uma mastectomia, processou M. Kline, seu médico. Este não havia suficientemente informado dos riscos desse tipo de intervenção, de tal modo que ela não pudera tomar uma decisão com pleno

⁷⁶ DURAND, 2007, p. 177-178.

⁷⁷ NUNES, 2007, p. 96.

⁷⁸ NUNES, 2007, p. 97.

⁷⁹ NUNES, 2007, p. 100.

conhecimento de causa. A Corte deu razão à senhora Natanson baseando-se no direito anglo-americano. O juiz Schroeder afirmava que “direito anglo-americano se baseia na premissa de uma completa autodeterminação. A consequência disso é que cada pessoa deve ser considerada dona de seu corpo e, se tem espírito são, pode expressamente recusar uma terapia que salvaria sua vida, ou qualquer outro tratamento médico”.⁸⁰

Nota-se claramente que o princípio da autonomia da vontade do paciente veio como fiel da balança para trazer o equilíbrio necessário às relações médico-paciente, temperando o princípio da beneficência, que, como exposto anteriormente, enxergava no paciente um objeto passivo da arte médica.

Assim, segundo a orientação do princípio em epígrafe, deve o médico respeitar a vontade declarada pelo paciente, posto que este é livre e, portanto, senhor de suas escolhas, o que está em uníssono com o ordenamento brasileiro, visto que a vigente Constituição da República, em seu art. 5, inciso II, declara que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁸¹.

Vale lembrar que, em seu artigo 15, ainda que de forma tímida, o Código Civil Brasileiro⁸² confere ao paciente o direito de autodeterminação, uma vez que lhe garante a recusa a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, caso isto venha lhe causar risco de morte.

Vale lembrar que a autodeterminação do paciente, pode referir-se ainda à escolha de médico de sua confiança para proceder o tratamento a que se submeterá o enfermo⁸³.

1.8.3 Princípio do Consentimento Informado

Contemporâneo e atrelado ao princípio da Autonomia da Vontade do Paciente, surgiu também, com o Código de Nuremberg em 1947, o Princípio do Consentimento

⁸⁰ DURAND, 2007, p. 174-175.

⁸¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 51 ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

⁸² “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

⁸³ Nesse sentido: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70007383268, Nona Câmara Cível, Rel.: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 04/08/2004. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO PARA AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO DE PACIENTE EM HOSPITAL E ATENDIMENTO POR MÉDICO ALHEIO AO CORPO CLÍNICO HOSPITALAR. DIREITO DO PACIENTE ASSEGURADO. A demandante tem o direito de ser internada no Hospital pertencente à demandada e escolher o médico de sua confiança para a prática de intervenção cirúrgica, embora este não pertença ao seu quadro clínico, porquanto a autonomia da vontade da administração do Hospital não se sobrepõe ao direito à saúde e à liberdade do paciente de escolher o médico de sua confiança para prestar a assistência devida. Aplicação dos artigos 5º, inciso X, e 196, ambos da CF/88, e do artigo 25 do Código de Ética Médica. Precedentes deste E. Tribunal e desta Câmara. Deram provimento à apelação. Fonte: TJRS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

Informado⁸⁴, com o escopo de proteger os pacientes das “experiências científicas”, como aquelas em que eram usadas pelos nazistas, durante a 2ª Guerra Mundial⁸⁵.

Segundo Hoones⁸⁶, muitas vezes, para exemplificar a inadequação de projetos de pesquisa, são utilizados os experimentos realizados em campos de concentração durante a 2ª Guerra Mundial. Estes exemplos não são bons, pois na maioria das vezes não são pesquisas propriamente ditas, são aberrações pseudamente científicas. O caso Tuskegee⁸⁷, no estado do Alabama, nos Estados Unidos da América, é paradigmático, pois foi elaborado por pesquisadores supostamente preparados e com supervisão e respaldo de organismos governamentais. Mesmo que tendo alguma relevância inicial, este estudo teve sua maior inadequação ao não se confrontar frente aos novos conhecimentos que foram sendo gerados ao longo do tempo. A não reação de editores, comissões científicas de seleção de trabalhos em congressos e comunidade científica em geral também pode ser responsabilizada e questionada. Somente com a indignação social⁸⁸ é que o rumo da adequação ética e metodológica foi novamente encontrado. Esta é talvez a maior lição da importância do acompanhamento sistemático pela comunidade dos projetos de pesquisa que estão sendo realizados.

O Princípio do Consentimento Informado nada mais é do que a livre concordância do paciente em se submeter ou não a um tratamento médico ou intervenção cirúrgica, após

⁸⁴ Sobre a íntima relação entre o princípio da Autonomia da vontade e o Consentimento Informado escreveu Daniela Vasconcelos Gomes: “Assim, o princípio da autonomia determina a necessidade do consentimento informado, ao mesmo tempo que o direito ao consentimento informado somente é protegido e promovido quando há o verdadeiro respeito à autonomia. Sem informação, não pode existir consentimento livre e consciente”.(GOMES, Daniela Vasconcelos. O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos. *Revista de Direito Privado*, Ano 6, n. 29, jan.-mar. 2007, p. 84.

⁸⁵NUNES, 2007, p. 96.

⁸⁶ HOSSNE, William Saad. *Bioética e Saúde Pública – A Regulamentação de pesquisa com seres humanos como instrumento de controle social*. Loyola, 2 ed. São Paulo: 2004, p. 95-99.

⁸⁷ De 1932 a 1972 o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América realizou uma pesquisa, cujo projeto escrito nunca foi localizado, que envolveu 600 homens negros, sendo 399 com sífilis e 201 sem a doença, da cidade de Macon, no estado do Alabama. O objetivo do Estudo Tuskegee, nome do centro de saúde onde foi realizado, era observar a evolução da doença, livre de tratamento. Vale lembrar que em 1929, já havia sido publicado um estudo, realizado na Noruega, a partir de dados históricos, relatando mais de 2000 casos de sífilis não tratado. Não foi dito aos participantes do estudo de Tuskegee que eles tinham sífilis, nem dos efeitos desta patologia. O diagnóstico dado era de “sangue ruim”. Esta denominação era a mesma utilizada pelos Eugenistas norte-americanos, no final da década de 1920, para justificar a esterilização de pessoas portadoras de deficiências. A contrapartida pela participação no projeto era o acompanhamento médico, uma refeição quente no dia dos exames e o pagamento das despesas com o funeral. A partir da década de 50 já havia terapêutica estabelecida para o tratamento de sífilis, mesmo assim, todos os indivíduos incluídos no estudo foram mantidos sem tratamento. Todas as instituições de saúde dos EEUU receberam uma lista com o nome dos participantes com o objetivo de evitar que qualquer um deles, mesmo em outra localidade recebesse tratamento. A inadequação do estudo foi seguindo o padrão conhecido como “slippery slope”, isto é, uma inadequação leva a outra e o problema vai se agravando de forma crescente. Da omissão do diagnóstico se evoluiu para o não tratamento, e deste para o impedimento de qualquer possibilidade de ajuda aos participantes.

⁸⁸ HOSSNE, 2004, p. 95-99.

receber de seu médico explicação clara e inteligível dos procedimentos e métodos médicos a serem adotados no caso concreto, bem como seus riscos e benefícios possíveis. Importante ressaltar a obrigação do médico em expor o mais minuciosamente possível ao paciente os riscos, como bem salientado por Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues:

Na verdade, a manifestação de concordância do portador do bem jurídico que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe, não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo quanto possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico (o *Ärztliche aufklärungspflicht* na expressão alemã) de prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível e apropriados ao seu estado sobre os meios de diagnóstico, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais etc.⁸⁹

Tecendo o fio do consentimento informado, alicerçando o caminho para a decisão consciente do paciente, aflora o direito do mesmo ser informado, como acima demonstrado, escopo do dever do médico em informar, fato esposado pela Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994), no item 2.2, que assenta: “os pacientes têm o direito de ser totalmente informados do seu estado de saúde, incluindo os dados médicos que a eles dizem respeito; dos atos médicos considerados, com os riscos e vantagens que comportam, e das possibilidades terapêuticas alternativas, incluindo os efeitos de uma ausência de tratamento; e do diagnóstico e progressos do tratamento”.

Em consonância com a orientação acima, o Código de Ética Médica, Resolução CFM 1931/09, indica, em seu artigo 22, que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”⁹⁰.

Ao conceituar o consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido na relação médico-paciente, Carlos Nelson Konder apresentou com muita clareza a conjunção do direito do paciente em ser informado sobre seu tratamento e estado de saúde e o consequente dever do médico em dar, ao máximo possível, informações ao paciente, para que este consiga exercer o seu direito de autodeterminação. É a lição:

(...) a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confiabilidade dos dados, assim como sua confiabilidade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer

⁸⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Direito de Medicina – I: Consentimento Informado* – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico, 6. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 31.

⁹⁰ BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina de 2009. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica para que ele a compreenda).⁹¹

Lado outro, se ao paciente é dado o direito de ser informado de seu estado clínico, ao mesmo também deve ser conferido o direito de recusa em ser informado sobre o seu estado de saúde, sendo, portanto, consequência do direito de ser informado. Neste sentido, ensina Lídia Neves Bastos T. Nunes, “o doente pode optar por “não saber”. Contrário ao direito de ser informado, o doente pode preferir não ter qualquer informação sobre o seu estado”⁹².

Por tudo, como o consentimento do paciente deve ser livre, informado e por consequência refletir as suas leis de consciência, Pereira ventila ainda que tal consentimento deve ser autêntico, ou seja, nos dizeres do mestre lusitano, caracterizar-se “pela decisão autêntica do paciente, entendendo-se como tal a que se encontra plenamente de acordo com o sistema de valores do indivíduo”.⁹³

Pelo exposto até o presente momento, é inevitável a conclusão de que o direito do paciente em consentir, seguido do direito de informação clara e abrangente, é essencial para a escolha do paciente sobre que caminho seguir em seu tratamento, ou seja, de exercer seu direito de autodeterminação.

Não devemos nos esquecer de que os princípios que regem a relação médico-paciente, têm como fim maior atingir a dignidade da pessoa humana. É justamente neste ponto, que tem importância crucial o consentimento informado, posto que levará o paciente a ter condições de se autodeterminar, perseguindo assim a sua dignidade. Sobre este ponto, discorreu André Pereira:

No esclarecimento-para-a-autodeterminação (selbstbestimmungs-aufklärung) estamos perante a informação que o médico deve dar previamente a qualquer intervenção médica, em ordem a uma livre decisão do paciente, por forma a dar cumprimento ao princípio da autonomia da pessoa humana, enquanto expressão do axioma fundamental que é a dignidade humana.⁹⁴

Mas ficam ainda algumas perguntas. O princípio do consentimento informado é absoluto? Quem pode dar o consentimento informado?

Logicamente, o consentimento informado não é absoluto. Pode haver situações em que o médico não tem oportunidade e nem tempo de esclarecer e pedir ao paciente o seu consentimento para o ato médico. É o exemplo de socorro prestado a uma pessoa que foi atropelada, está inconsciente e necessita de uma intervenção cirúrgica. É óbvio que nestes

⁹¹ KONDER, 2003, p. 61.

⁹² NUNES, 2007, p. 104.

⁹³ PEREIRA, 2004, p. 64.

⁹⁴ PEREIRA, 2004, p. 72.

casos o médico está autorizado a fazer o que estiver ao seu alcance para ajudar seu próximo. Tanto é verdade que o Código de Ética Médica, Resolução CFM 1931/09, indica em seu artigo 22, como já acima mencionado, descreve uma exceção para a obrigação do médico em conseguir o consentimento do socorrido, nos casos de iminente risco de morte.

O contrário não seria aceitável, visto que, como reza o mais antigo princípio da relação médico-paciente, o princípio da beneficência, o médico deve fazer sempre o bem, não importando a quem. Outrossim, o Código Penal Brasileiro afirma em seu artigo 135, que a abstenção de ajuda ao enfermo, configura o crime de omissão de socorro.

Há na doutrina um questionamento sobre a validade de uma exceção ao princípio do consentimento informado, mais especificamente sobre o dever do médico em informar ao paciente. É o chamado privilégio terapêutico. Vale salientar que de acordo com a visão que se tenha de privilégio terapêutico, poderemos encaixar o exemplo do acidentado inconsciente dentro de seu conceito. Esta exceção é muito questionada na doutrina e sem dúvida pode ser utilizada de forma absurda, arbitrária a ponto de aniquilar a autonomia da vontade do paciente, o que sem dúvida, não é o que se busca na atual visão de relação-médico paciente.

Para João Vaz Rodrigues, o privilégio terapêutico consiste “(...) na faculdade de atuação médica, perante situações de mal iminente ou consequente, sem que previamente se prestem as informações devidas ao esclarecimento do paciente e, conseqüentemente, sem a obtenção de seu consentimento.”⁹⁵

Guy Durand conceitua privilégio terapêutico da seguinte forma:

O privilégio terapêutico designa a prerrogativa do profissional da saúde de não revelar ao doente certas informações que podem prejudicá-lo. Não se trata de mentir para o doente, embora a expressão “mentira terapêutica seja frequentemente usada, e sim de calar uma parte da informação porque esta, por exemplo, poderia causar ansiedade no doente, provocar efeitos nefastos e/ou comprometer o sucesso da intervenção ou do tratamento.”⁹⁶

Obviamente, o privilégio terapêutico não deverá ser utilizado para alijar o paciente de seu direito de autodeterminação. Deverá atuar, é claro, como um ato de humanidade no qual se objetiva poupar o paciente de informações que poderão lhe trazer dor e sofrimento desnecessários, o que provavelmente poderá prejudicar o bom desenvolvimento do tratamento, que se sabe consentido pelo doente. Com propriedade, Durand assevera que caso

⁹⁵ RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, 3. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 279.

⁹⁶ DURAND, 2007, p. 187.

seja aceito o privilégio terapêutico, o mesmo deve ser efetivado exclusivamente para “o bem do doente, para o bem desse doente particular, cuja fragilidade é conhecida pelo terapeuta. A exceção nunca é justificável para evitar ao terapeuta uma tarefa dolorosa ou para desviar-se de uma recusa do doente.”⁹⁷

No tocante a quem deve dar o consentimento sobre o ato médico, é latente a afirmação de que o titular será em regra o paciente maior, capaz e consciente, posto que “sendo os direitos de natureza personalíssima, somente o titular pode manifestar-se sobre o tratamento.”⁹⁸

1.9 Apontando os Pontos Controvertidos

Durante toda a exposição sobre a relação médico-paciente, vimos que esta pode assumir uma roupagem contratual, extracontratual e até mesmo estatutária. A relação estabelecida entre médico e paciente deve ser conduzida, além das leis e códigos deontológicos, por um dever de conduta persecuidor da dignidade da pessoa humana, que inclusive, é um princípio constitucional.

No auxílio do bom funcionamento desta relação, ao longo dos anos foram elaborados princípios, como os acima vistos, e sobretudo passou-se a observar o paciente como um fim em si mesmo e não um objeto do exercício da medicina, de modo que médico e paciente são hoje partes iguais e colaboradores para o bom desempenho do tratamento médico.

Com esta forma de ver o paciente, como sujeito e não objeto da relação médica, forçosamente passou a ser exigido que o médico informasse ao seu paciente, de forma suficientemente clara, sobre todos os aspectos de seu estado de saúde e de seu tratamento, para que este pudesse se autodeterminar, julgando se consentia ou não com o procedimento proposto pelo profissional de saúde. Assim, o consentimento informado do paciente, oriundo de sua autodeterminação, passou a ter papel de suma importância na relação médico-paciente, e, portanto, obrigatório.

Demonstrou-se claramente que o paciente tem o direito de escolher, concordar ou não com o tratamento sugerido pelo médico, todavia, resta saber até que ponto o médico é obrigado a respeitar a vontade do paciente; em que situações o paciente está apto a exarar o seu consentimento; se todo e qualquer paciente tem o direito de se autodeterminar; se o médico deve respeitar a vontade do paciente em recusar um tratamento médico, mesmo que

⁹⁷ DURAND, 2007, p. 188.

⁹⁸ NUNES, 2007, p. 105.

tal atitude possa levar o paciente a óbito; e, o que mais nos chama atenção, a obrigação ou não do médico em respeitar a recusa do paciente em receber tratamento sob risco de morte por motivo de consciência religiosa deste.

Para melhor concluirmos estas dúvidas, é pertinente que antes descubramos o que vem a ser o direito à liberdade religiosa, como também tentar fixar conceitos do que seria ciência e religião. É o que passaremos a tratar no próximo capítulo.



2. TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE E A QUESTÃO DA RELIGIÃO E DA LIBERDADE RELIGIOSA

No deambular deste capítulo serão esclarecidos temas referente à Religião e possível antinomia com a Ciência, Liberdades, Espécies de Liberdades inerentes à Liberdade Religiosa e, ainda, a doutrina das Testemunhas de Jeová, importante para clarificar o presente trabalho.

2.1 Religião: Tentativa de Conceituação

Uma coisa estranha sobre religião é que nós todos sabemos o que ela é até que alguém nos peça para explicá-la. Foi assim que John Bowker, editor do *Oxford Dictionary of World Religions*, iniciou a conceituação de religião, na nota *The Meaning of Religions*⁹⁹.

Para Karl Marx, “religião é o suspiro da criatura oprimida, o coração de um mundo sem coração, tanto quanto é o espírito de uma situação sem espírito. Ela é o ópio do povo”¹⁰⁰.

Segundo Sigmund Freud Religião seria a “Investigação psicanalítica da vida mental inconsciente revela que as crenças religiosas correspondem aproximadamente às fantasias da vida infantil, principalmente às inconscientes, concernentes à vida sexual dos pais e aos conflitos que isso traz”¹⁰¹.

Religião, no dicionário Houaiss da língua portuguesa¹⁰², é definida como “1. Crença na existência de uma força ou de forças sobrenaturais, 2. Conjunto de dogmas e práticas que geralmente envolvem tal crença, 3. Observação aos princípios religiosos; devoção, praticar a religião”.

A importância de se socorrer em um dicionário é inquestionável, porque este fornece o sentido comum do termo, aquele que é dado a toda sociedade pesquisar. É, portanto, um sólido ponto de partida para uma tentativa de conceituação científica. Esse é também o entendimento de Jónatas Machado:

Tratando-se de um conceito não especificamente jurídico, a solução que normalmente se recomenda é a de averiguar o sentido em que ele normalmente é tomado na sua corrente utilização extraconstitucional. Não se tem aqui em vista,

⁹⁹ CHEHOUD, Heloisa Sanches Querino. *A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos*. São Paulo: Almedina, 2012, p. 51.

¹⁰⁰ CHEHOUD, 2012, p. 51

¹⁰¹ CHEHOUD, 2012, p. 51.

¹⁰² Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

evidentemente, as utilizações metafóricas da expressão, mas sim a sua utilização pelas ciências sociais, com particular relevo para a sociologia.¹⁰³

Para Durkheim, a religião é um “sistema solidário de crenças e de práticas relativas às coisas sagradas, isto é, separadas, interditas, crenças e práticas que unem em uma mesma comunidade moral, chamada igreja.”¹⁰⁴

Entretanto, para Hegel, “a religião e o fundamento (*Grundlage*) do Estado são uma mesma coisa; são idênticas em e para si [...] Considerar a conexão existente entre o Estado e a religião é tema que trata adequadamente a filosofia da história universal”. E continua dizendo que, como contra o querer absoluto [do Estado absoluto] o querer do espírito de outros povos particulares não têm direito (*rechtlos*), o povo em questão é o dominador do mundo¹⁰⁵.

E como a religião é o fundamento do Estado, o Estado Imperial, com os seus exércitos e por meio da guerra, como Inglaterra por exemplo, são os missionários da civilização (*die Missionarien der Zivilisation*) em todo o mundo. Para Hegel, então, a religião justifica, ou melhor, é a justificação do imperialismo¹⁰⁶.

Feuerbach¹⁰⁷ descobriu que esse Deus e essa religião não eram senão a negatividade humana invertida ao infinito: “o homem afirma em Deus [hegeliano] o que nega em si mesmo”. Para ele, a religião é a primeira consciência que o homem tem de si mesmo, nas relações dos filhos com os pais, do esposo com a esposa, do irmão com o irmão, em uma palavra, as relações morais são, em e por si mesmas, autênticas relações religiosas.

Já Marx¹⁰⁸ efetua uma crítica filosófica, política e econômica da religião. A filosófica depende fundamentalmente de Feuerbach e Bauer. A crítica política se resume no entendimento de que a religião justifica os interesses políticos e econômicos assim, não se pode criticar esses interesses sem efetuar uma crítica à religião:

A miséria religiosa é, por uma parte, a expressão (*Ausdruck*) da miséria real e, por outra, o protesto (*Protestation*) contra a miséria real [...] A abolição da religião enquanto felicidade ilusória do povo é necessária para sua felicidade real [...] De tal modo a crítica do céu se converte na crítica da terra, a crítica da religião na crítica do direito e a crítica da teologia na crítica da política.¹⁰⁹

¹⁰³ MACHADO, Mendes Eduardo Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 208.

¹⁰⁴ CHEHOUD, 2012, p. 53.

¹⁰⁵ CHEHOUD, 2012, p. 54.

¹⁰⁶ CHEHOUD, 2012, p. 55.

¹⁰⁷ CHEHOUD, 2012, p. 55.

¹⁰⁸ CHEHOUD, 2012, p. 55-56.

¹⁰⁹ CHEHOUD, 2012, p. 56.

A crítica econômica é certamente mais importante. A crítica frontal contra a religião se realiza no tema do “fetichismo da mercadoria.” Para ele “o reflexo religioso (*religioese widerschein*) do mundo real só poderá desaparecer para sempre quando as condições da vida diária, laboriosa e ativa, representem para os homens relações claras e racionais entre si e a respeito da natureza.” E conclui que a religião é, então, uma ideologia superestrutural fetichista¹¹⁰.

Max Weber¹¹¹ defende que exercer o controle sobre a maneira pela qual a salvação pode ser conseguida, neste mundo ou no próximo, material ou espiritualmente, é importante para formar a base da dominação espiritual dos seres humanos:

O conceito de “Igreja” caracteriza-se, mesmo no uso comum, pelos atributos de associação racional compulsória, com organização contínua, e por sua reivindicação de ser uma autoridade monopolizadora. A organização hierocrática territorial predominante e a organização eclesiástica estão de acordo quanto ao *empenho* normal de uma Igreja pela dominação completa. [...] O caráter “associativo compulsório” da Igreja, principalmente pelo de alguém ter “nascido” nela, é responsável por sua estrita diferenciação de uma mera “seita”, cuja principal marca distintiva reside, na verdade, em seu caráter “associativo voluntário”, pois admite em suas fileiras somente aqueles que têm as qualidades religiosas requeridas¹¹².

Para Reimer¹¹³, no ocidente, acostumamo-nos a conceber religião como um conjunto de ideias e práticas por meio das quais as pessoas expressam a sua relação com algo transcendental, com o mundo espiritual, ou simplesmente com Deus. Isso vem expresso a partir da raiz latina do termo religião, *religare*, que significa algo como “religação” com uma realidade ausente ou distante, com a qual, supostamente, o ser humano perdeu a sua relação essencial. Por isso, a prática de religião estaria sempre numa dimensão de busca, de religação.

Porém, essa definição, que cria esse liame entre religião ao termo *religare*, sofre críticas¹¹⁴ no sentido de que não teria nenhum fundamento etimológico.

Perissé faz a seguinte crítica:

A etimologia popular atribui a origem da palavra “religião” a *religare*, do latim: a religião religaria o homem a Deus. Uma ideia bonita... mas sem fundamento. Etimologia falsa, embora cheia de boas intenções. Em sua origem latina, “religião” não é palavra religiosa, não remete ao transcendente, como quando falamos do ponto de vista do cristianismo, do judaísmo ou do islamismo. A *religio romana* referia-se à atitude de reverência que um cidadão romano tinha pelas instituições do Império.¹¹⁵

¹¹⁰ CHEHOUD, 2012, p. 56.

¹¹¹ CHEHOUD, 2012, p. 56.

¹¹² CHEHOUD, 2012, p. 57.

¹¹³ REIMER, Haroldo. *Liberdade Religiosa na História e nas Constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013, p. 26.

¹¹⁴ PERISSÉ, Gabriel. *Palavra e origem – Considerações etimológicas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

¹¹⁵ PERISSÉ, 2010, p. 61.

Contudo, avançando no tema, Reimer assevera o que a religião se torna inicia-se na experiência do sujeito. É a pessoa em sua individualidade que se expressa em termos religiosos. Alguma experiência marcante, alguma observação no curso da natureza, algum temor, medo, angústia ou esperança constituem o foco gerador da religião. É o interior da pessoa que faz brotar a semente da religião, mas é a vida social que a constrói em formas comunicativas. Quanto a essa genealogia, pode-se pensar em termos mais estritamente teológicos, dizendo que no âmago da pessoa é o próprio Deus que se revela, desencadeando a fé, que leva à religião. Há quem diga que entre fé e religião residiria uma contradição intransponível. Pode-se também dizer que a religião brota da capacidade humana de simbolização; nesse caso, a consciência da pessoa é o útero da religião, construindo uma rede simbólica que dá sentido às vivências pessoais, coletivas e culturais.¹¹⁶

É neste mesmo diapasão que Machado Neto¹¹⁷, buscando explicar a origem da religião, ensina que “um dos fenômenos universais da cultura é a religião”. A finalidade social que ela procura é a salvação individual do homem após a morte, e essa crença na sobrevivência do espírito humano é quase tão velha como a própria humanidade, não sendo raros os achados arqueológicos da pré-história que podem comprovar que dela participavam nossos ancestrais.

De acordo com os ensinamentos de Machado Neto:

As razões sociológicas pelas quais o homem faz religião estão, todavia, incrustadas em um passado tão remoto que a sociologia presente sabe não poder passar, nesse terreno, além de meras hipóteses e suposições, sem ter jamais as condições experimentais para contestá-las ou confirmá-las nos fatos, perdidas que são, para os próprios etnólogos, as condições integrais da vida social, de nossos antepassados mais distantes¹¹⁸.

Ainda assim, com base na doutrina de David Hume¹¹⁹, a origem da religião está presa aos sentimentos humanos de busca da felicidade, temor de calamidades futuras, medo da morte, sede de vingança, a fome e outras necessidades existenciais da espécie humana. A insegurança humana pode ser reputada como a causa eficiente do surgimento da religião, pois, ainda em nossos dias, é possível observar que o misticismo e/ou a religiosidade são companheiros certos daquelas pessoas cujas atividades dependem em larga escala do acaso.

Para Edgar Morin, a origem da religião é o sofrimento:

Para mim, é a religião dosa homens perdidos. Para mim, a religião não se deve fundar sobre a ideia de salvação, como as religiões anteriores, mas sobre uma ideia

¹¹⁶ REIMER, Haroldo. 2013, p. 27.

¹¹⁷ MACHADO NETO, Antônio L. *Sociologia jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 283.

¹¹⁸ MACHADO NETO, 1987, p. 283.

¹¹⁹ HUME, David. *História natural da religião*. São Paulo: Unespe, 2005, p. 32.

de perdição. Estamos perdidos juntos. E é por isso que simpatizo muito com a ideia do príncipe Shakymuni, também chamado de Buda, que dizia que sua grande intuição era o sofrimento. Ele compreendeu que o mundo vivia de sofrimento. Era isso que era preciso aliviar. E, a meu ver, só há a compaixão – ou seja, padecer, sofrer, saber sofrer junto – para dar sentido a nossa religião¹²⁰.

Passo importante no estudo da religião foi dado por Rudolf Otto¹²¹, com seu livro *Das Heilige*, traduzido em nosso país com o título *O Sagrado*. Na referida obra, o sagrado ganha objetividade, embora não se tenha acesso através de uma atividade racional. O sagrado apresenta-se, sobretudo, como sentimento, uma pluralidade de sentimentos, que podem ser indicados pela linguagem. Assim, o *numinoso*, como chama Otto, apresenta, na experiência concreta do homem religioso, variações e formas distintas de ser vivenciado. Temos o sentimento do *tremendum*, *majestático*, *energético*, *mysteriu tremendum*, e *fascinantes*. Assim sendo, as religiões têm em sua base a experiência desse numinoso, do mistério tremendo e fascinante¹²².

Para Rubem Alves, a religião é uma ilusão, cercada de sofismas, não passando de um mero encantamento do homem em relação ao mundo que o rodeia, não contendo raciocínios lógicos nem experimentais¹²³. Nada prova, em tudo traz conjecturas. Não passa de um sonho da mente humana, onde passamos a ver coisas reais como fruto da imaginação e do capricho, e não à luz da realidade, sendo a consciência religiosa mera expressão da imaginação, verdadeiras fantasias¹²⁴. Não é difícil perceber então que a religião na realidade é um construto do homem, para encontrar conforto, alívio, algo que traga consolo como necessidade de se viver em um mundo que faça sentido. Para Alves “o que a religião afirma é a divindade do homem, o caráter sagrado de seus valores, o absoluto de seu corpo, a bondade de viver, comer, ouvir, cheirar...”¹²⁵. Assim, o homem é mais importante do que a própria religião, já que esta é um construto daquele.

Ainda sobre religião assevera Ribeiro:

Divina, ela jamais será, posto que se trata, isso, de uma grande invenção nossa. Animal, não nos cabe mais vivê-la assim. Resta humanizá-la. Se a religião bestifica, se a religião diviniza, torna-se, por isso e para isso, imprestável, inútil (para o bem), maligna, demoníaca, destrutiva (para o mal). A religião só servirá para a nossa

¹²⁰ MORIN, Edgard. *Ninguém sabe o dia que nascerá – coleção Nomes de Deuses* – Entrevista a Edmond Blatthen. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. Pará: Universidade Estadual do Pará, 2002.

¹²¹ OTTO, Rudolf. *O Sagrado: os aspectos irracionais na noção do divino e sua relação com o racional*. Traduzido por Walter O. Schlupp. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 37-81.

¹²² NUNES, Antônio Vidal. 2014. p. 12.

¹²³ ALVES, Rubem. *O que é religião?* 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 49.

¹²⁴ ALVES, Rubem. *O enigma da religião*. 6 ed. Campinas: Papyrus, 1988, p. 42.

¹²⁵ ALVES, 2007, p. 96.

libertação quando for – se vier a ser – plenamente humanizante... e sem mentiras. Até lá, ela mais escraviza do que liberta...¹²⁶

A religião, portanto, além de ser cultural, é comunitária, devido ao fato de que as pessoas se reúnem em uma mesma crença e prática, destinadas a um mesmo objetivo. É um sistema solidário tendo suas bases estabelecidas nas crenças, sendo certo que essas unem os homens. Segundo Souza, “a religião, em nossos dias, parece acompanhar uma tendência geral de quase todas as outras dimensões da vida humana. Ela se torna múltipla e dinâmica, lugar de crenças, práticas, de cultos e de vida comunitária”¹²⁷. Religião integra seres humanos em uma comunidade. Quando membros de uma comunidade desaparece ou simplesmente migra para outra comunidade religiosa, sua religião anterior deixa de existir¹²⁸. A experiência religiosa, portanto, é uma experiência de construção do mundo, onde os seres humanos, ao longo da história, se apegam às religiões como a fonte mais procurada para abrigar e gerar respostas relativas ao sentido da vida e da morte, entre outras indagações, logicamente.

Demonstrado está o fato de que a religião é algo cultural e inerente ao ser humano desde os primórdios, sendo imperioso ressaltar ainda que grande parte dos movimentos humanos significativos tiveram a religião como impulsor¹²⁹. Diversas guerras, geralmente as mais terríveis e sangrentas, tiveram legitimação religiosa, estruturas sociais foram definidas com base em religiões e grande parte do conhecimento científico, filosófico e artístico teve como vetor grupos religiosos, que durante a maior parte da história da humanidade estiveram vinculados ao poder político e social. Desta feita, a religião é um fenômeno presente na história humana, afetando-a de forma inequívoca, segundo Zilles, ao dizer que “o conhecimento religioso de Deus é mais abrangente, pois afeta toda a vida do homem e toda sua maneira de agir”¹³⁰. Inclusive no que diz respeito à liberdade.

¹²⁶ RIBEIRO, Osvaldo Luiz. *Provocações facebookianas: religião, teologia e coisas do gênero*. São Paulo: Fonte Editorial, 2015. p. 115.

¹²⁷ SOUZA, Rui Antônio de. Expressões religiosas. JOVEM, Mundo (org). *Ensino Religioso e Cidadania: textos e dinâmicas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 32-40, aqui, p. 32.

¹²⁸ GRESCHAT, Hans-Jurgen. *O que é ciência da religião*. Trad. Frank usarski, São Paulo: Paulinas, 2005, p. 25.

¹²⁹ URBANO, Zilles. *O problema do conhecimento de Deus*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1989. p. 11.

¹³⁰ URBANO, 1989. p. 11.

2.1.1 Religião e Ciência: Faces de Uma Mesma Realidade

Paralelamente, deve-se destacar também a presença da Ciência, que também é um fator de afetação do ser humano. Ciência¹³¹ é uma palavra que deriva do termo latino “*scientia*”, cujo significado era conhecimento ou saber. Atualmente, se designa por ciência o conhecimento certo, verdadeiro, necessário e evidente através de um silogismo a partir de princípios imediatamente evidentes¹³². Apesar dessa primeira definição de ciência, a realidade é que definir ciência é tão difícil quanto foi definir religião em linhas volvidas, não se tendo uma resposta definitiva, o que se traduz muito difícil. O que podemos destacar inicialmente é que todo cientista busca compreender algum fenômeno, busca entender e explicar uma parte de nossa realidade¹³³.

Religião e ciência são sistemas de compreensão e interpretação do mundo. Nessa dicotomia, duas realidades são apresentadas ao homem. De um lado está a religião que faz com que o homem tenha uma base para se constituir no mundo, dando a este esperança na vida, a crença em algo maior e superior e a certeza de uma vida futura plena, próspera e feliz, apesar de todos os embaraços da vida humana. Em contrapartida, de outro lado, a ciência lhe é apresentada, sendo que esta mostra a esse mesmo homem a realidade do mundo enquanto visível, sensível e palpável, sendo certo que, segundo McGrath, “o diálogo entre ciência e religião tem reunido inúmeros estudiosos de diferentes campos”¹³⁴. Há, na maioria das pessoas, uma crença de que a religião para ser legítima deve estar baseada nas ciências modernas ou atuais. Existe a necessidade de casarem ambas, fazendo delas uma coisa só, sendo isso impossível, haja vista cada uma ter sua função.

Ambas não se chocam ou se contrariam, uma vez que, nos tempos atuais, ambas colaboram uma com a outra na busca pela verdade e compreensão do mundo. “Ciência e fé são duas formas de conhecimento absolutamente diferentes entre si, e por isso não se chocam, não se opõem, não se excluem, não se substituem uma à outra”¹³⁵. Desta feita, ambas não passam de faces de uma mesma realidade. Desse modo, toda essa discussão acerca de religião e ciência não serve para mais do que o fato de que uma auxilia na purificação da outra. A religião tem a coragem de se colocar numa discussão com a ciência e neste embate as duas se

¹³¹ SIGNIFICADOS: *descubra o que significa, conceitos e definições*. 2011-2015. Significado de Ciência. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

¹³² CESAR, Ribas Cezar. *O Conhecimento Abstrativo em Duns Escoto*. [s/l]: Edipucrs, 1996, p. 19.

¹³³ ABE, Jair Minoro; Scalzitti, Alexandre; FILHO, João Inácio da silva. *Introdução à lógica para a ciência da computação*. 2 ed. São Paulo: Arte & Ciência, 2002, p. 13.

¹³⁴ MCGRATH, Alister E. *Fundamentos do diálogo entre Ciência e Religião*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 9.

¹³⁵ JORNAL MUNDO JOVEM. *Ensino religioso e cidadania: textos e dinâmicas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 67.

completam e se purificam. A ciência sabe que pode ir somente até um determinado ponto, e que, além disso, não há uma explicação racional aceitável; assim, cala-se e deixa que a religião responda às últimas questões. Desta forma, melhor se falar que ciência e religião possuem uma relação de complementariedade, ou seja, uma no final acaba por depender da outra, uma vez que a religião possui coisas que a ciência não explica e vice-versa. Notório o fato de que religião e ciência não são inimigas naturais.

Inegável que o passado deixou marcas profundas na relação entre ciência e religião. Isso se deve ao fato de, em um primeiro momento, a religião ter tentado dar explicações científicas e viu na ciência uma grande rebeldia perigosa, merecedora de ser combatida veementemente. De outro lado, a ciência tentando se impor sobre a religião, embasada em suas provas e evidências, considerou a fé um conhecimento imaturo, infantil, mitológico ou mágico, devendo a fé então ser substituída pela ciência¹³⁶. Historicamente, é sabido que o modelo que regeu a relação entre ciência e religião é o modelo do embate, da luta, do conflito, sendo um modelo fortemente antagonista que influencia profundamente os debates populares¹³⁷. Assim, é fácil perceber que o entendimento popular sobre a relação da ciência e religião é de que elas sempre tiveram uma relação difícil e estão, basicamente, em conflito, devido às controvérsias históricas que ambas tiveram, como por exemplo quando Galileu no século XVII sustentou que a terra girava em torno do sol e o sol era o centro do universo, contrariando a igreja que sustentava bíblicamente que a terra era quem estava no centro do universo, bem como no nosso próprio tempo a controvérsia sobre o criacionismo e a evolução¹³⁸.

Henry aduz que “ainda há uma tendência a ver ciência e religião como abordagens absolutamente opostas e incompatíveis à compreensão das verdades fundamentais acerca do mundo. Houve conflitos entre essas duas visões de mundo, mas isso está longe de ser a história toda”¹³⁹. A par das brigas históricas, marcadas por grandes conflitos, ambas se mostram como realidades inteiramente distintas, diferentes, peculiares, atualmente não há entre elas nenhum conflito, como se insurge no imaginário da imensa maioria dos homens.

Nesse sentido Tilghman:

Muitas pessoas hoje em dia acreditam haver algum tipo de conflito entre ciência e religião. Há algumas pessoas religiosas que rejeitam um ou outro aspecto da ciência moderna por pensar que ela conflita com o que diz a bíblia. Existem pessoas de

¹³⁶ SUSIN, Luiz Carlos. Ciência e Religião, amigas ou inimigas? JOVEM, Mundo (org.). *Ensino Religioso e Cidadania*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 67-68. Aqui, p. 68.

¹³⁷ MCGRATH, 1999, p. 62.

¹³⁸ SWEETMAN, Brendan. *Religião: conceitos-chave em filosofia*. São Paulo: Penso, 2007, p. 125-127.

¹³⁹ HENRY, Jhon. *A Revolução Científica e as origens da ciência moderna*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 82.

mentalidade científica que rejeitam a religião por crer que a ciência moderna que muitas doutrinas religiões são falsas, incluindo-se aí o que está na bíblia.¹⁴⁰

Por mais que pareça estranha essa relação da ciência com a religião, precisamos compreendê-la bem, pois ambas são investigadoras e questionadoras na busca por respostas às perguntas mais intrigantes do ser humano. A religião sempre foi e será objeto de estudo da ciência, especialmente das sociais, como a antropologia e a sociologia. É imperioso que nessa busca por respostas as diversas áreas do conhecimento humano contribuam para a compreensão das problemáticas do homem. Assim, nesta relação, é preciso mútuo respeito com as diferentes formas de se pensar e enxergar¹⁴¹. Desta feita, podemos concluir que ciência e fé (religião) são duas formas de conhecimento absolutamente diferentes entre si, e por isso não se chocam, não se opõem, não se excluem, não se submetem uma à outra¹⁴². Podemos concluir então que religião e ciência não se excluem, são faces de uma mesma moeda.

2.2 Espécies de Liberdades Inerentes à Liberdade Religiosa

A doutrina, ao tratar de qualquer forma de liberdade, faz a necessária menção à liberdade de modo genérico.

Nos dizeres de De Plácido e Silva, liberdade é definida e oriunda:

Do latim *libertas*, de *líber* (livre), indicando genericamente a condição de livre, ou estado de livre, significa no meio jurídico, a faculdade ou poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade.¹⁴³

Segundo José Afonso da Silva¹⁴⁴ “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Avançando um pouco mais em seu conceito, o Professor mencionado propõe que “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

¹⁴⁰ TILGHMAN, B.R. *Introdução à filosofia da religião*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 117.

¹⁴¹ KUCHENBECKER, Valter. *O homem e o sagrado: a religiosidade através dos tempos*. 8 ed. Canoas: ULBRA, 2004, p. 25.

¹⁴² SUSIN, Luiz Carlos. *Ciência e Religião: amigas ou inimigas?* JOVEM, Mundo (org). *Ensino Religioso e Cidadania*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 67-70, Aqui, p. 37.

¹⁴³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 490.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 236.

O professor José Afonso da Silva faz uma distinção pertinente sobre a liberdade em seus aspectos subjetivo (Interna) e objetivo (Externa). Ao analisar a questão, o mencionado mestre asseverou:

Liberdade Interna (chamada também de liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha de opção, entre fins contrários (...) Toda gente sabe que, internamente, é bem possível escolher entre alternativas contrárias, se se tiver conhecimento objetivo e correto de ambas. A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se tem condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. *Esta, que é também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é também se fala em liberdade de fazer, “poder de fazer tudo o que se quer.”*¹⁴⁵

Como bem observado pelo mestre em evidência, a exteriorização ou exercício da liberdade implica em ausência de obstáculo ou impedimento que lhe cerceie legitimamente tal direito. É o caso de lei adequada, princípios jurídicos e direitos de terceiros que estejam em conflito com a liberdade em exercício.

Neste sentido, ao se falar em liberdade, forçosamente emerge o preceito contido no art. 5º, inciso II da vigente Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.¹⁴⁶

A visão de liberdade esposada pelos conceitos doutrinários acima e abraçados pela Constituição brasileira recebem nítida influência da Declaração Do Homem e do Cidadão, também conhecida como Declaração Francesa, ratificada em 26 de agosto de 1789, que reza em seu art. 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; esses limites não podem ser determinados senão pela lei.¹⁴⁷

Neste diapasão, com base no entendimento doutrinário e nas disposições constitucionais, bem como nos documentos que a esta influenciaram, liberdade é o poder de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que se quer, desde que não conflite com a lei ou seus princípios formadores, e com direitos e liberdades de terceiros. Como bem afirmou Marcelo Novelino:

¹⁴⁵ SILVA, 1998, p. 234 e 235.

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1998. 51 ed. São Paulo: Saraiva, 20015.

¹⁴⁷ MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 66.

A noção de liberdade não deve ser associada à arbitrariedade, mas sim à idéia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício. A proteção assegurada ao núcleo essencial dos direitos de liberdade impede sua supressão por emenda (CF, art. 60, § 4º, IV) ou por lei infraconstitucional, mas não significa a impossibilidade de restrições decorrentes da harmonização com outros valores constitucionalmente consagrados e com a própria liberdade de terceiros, a final, “só há liberdade onde existe restrição à liberdade.”¹⁴⁸

Esta visão de restrição à liberdade face à liberdade de terceiros não é novidade, basta uma lembrança do brocardo latino “a liberdade termina, quando começa a liberdade de outrem”.¹⁴⁹

O entendimento quanto à liberdade é de extrema importância em nosso contexto legal, visto que, como se extrai da doutrina, a liberdade é colocada como um Direito Fundamental inviolável e como um princípio constitucional, ou seja, em um momento é vista como um direito recepcionado pelo texto constitucional e noutro momento é tomada como elemento orientador para a interpretação da norma constitucional e, por conseguinte, o norte de adequação da legislação infraconstitucional com a norma maior. Sobre este duplo aspecto da liberdade, comentou Aldir Guedes Soriano:

No caput do art. 5º da CF/88, a liberdade, em sentido lato, se apresenta como um direito fundamental inviolável. Já os incisos desse dispositivo apresentam as mais variadas formas de liberdade ou vertentes. Assim como a luz branca, ao passar por um prisma, é decomposta nas cores do arco-íris, a liberdade – do caput do art. 5º - é decomposta nas suas formas de liberdade e apresentada nos incisos que seguem. A liberdade é também, um princípio constitucional inserto no preâmbulo e no art. 3º, inciso I, da CF/88. Já no art. 5º, caput, a liberdade é apresentada como um direito, conquanto esse dispositivo constitucional abre o capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Destarte, a liberdade é, ao mesmo tempo, um direito e um princípio recepcionado pelo constitucionalismo pátrio. Como princípio, a liberdade assemelhar-se-ia a um elemento hermenêutico, orientando a interpretação e a aplicação das normas Constitucionais, que regulam a relação entre a Igreja e o Estado.¹⁵⁰

Em um primeiro momento, como direito recepcionado pela Carta Magna, o direito à liberdade como entidade genérica, tal qual uma planta lenhosa, se ramifica dando origem a outras espécies de seu gênero, sendo uma destas espécies a liberdade religiosa, elemento de extrema importância na construção de uma resposta para a recusa a tratamento médico, com fundamento em ofensa a preceitos de cunho íntimo ligados a dogmas religiosos entranhados na essência do ser humano.

Em um segundo aspecto, a liberdade como princípio constitucional, como já dito alhures, em uníssono com outros princípios constitucionais, norteará a harmonização das leis

¹⁴⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2009. p. 415.

¹⁴⁹ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 2.

¹⁵⁰ SORIANO, 2002, p. 3-4.

infraconstitucionais e o agir dos homens de acordo com a Constituição. Valendo lembrar que a liberdade como todo princípio é passível de restrição, todavia, em regra geral a restrição da liberdade é a exceção¹⁵¹.

2.2.1 Liberdade de Pensamento

É notório que o direito à liberdade de pensamento é garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, havendo diversos “mecanismos”, para o bom gozo de tal direito, dentre eles se destacam a “expressão do pensamento”, a “liberdade de opinião” (dentro desta, segundo a doutrina, está a escusa de consciência) e a “liberdade religiosa em si”.

Em se tratando de lições de direitos garantidos pela Constituição, não podemos deixar de colher os ensinamentos de José Afonso da Silva. Para o mencionado professor, a liberdade de pensamento em sua vertente da expressão, que nada mais é do que a exteriorização do pensamento, refere-se à capacidade intelectual do indivíduo de apresentar a seu próximo, ao mundo, as suas crenças, conhecimentos, opiniões políticas e religiosas etc., ou seja, o direito de externar o que se pensa de modo geral. Por seu turno, em sua veia de liberdade de opinião, a liberdade de pensamento é o direito do homem em adotar a atitude intelectual que melhor lhe aprouver, seja em âmbito íntimo, ou por tomar uma posição pública.¹⁵²

Nos dizeres de José Afonso da Silva, a liberdade de pensamento é reconhecida pela Constituição de 1988 nestas duas dimensões acima citadas. É a lição:

A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art.5º, VIII). Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.¹⁵³

¹⁵¹ José Afonso da Silva citando Pimenta Bueno conclui que: “a liberdade não é pois exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, O Direito positivo, a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma.

Em dúvida (conclui) prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facerelicet, nissi quid jure prohibet*”. SILVA, José Afonso da. 1998, p. 239.

¹⁵²SILVA, 1988, p. 244.

¹⁵³SILVA, 1998, p. 245.

Assim sendo, presente uma das mais importantes liberdades constitucionais utilizadas na construção da liberdade religiosa, já que, como admitido por grande parte da doutrina nacional, “a liberdade de religião é uma especialização da liberdade de pensamento”.¹⁵⁴

Vale ressaltar que outros sugerem que a liberdade de consciência seria a matricial da liberdade religiosa, como é o caso do professor Jayme Weingartner Neto:

Lançar mão da liberdade de consciência como matriz para a liberdade religiosa, passa-se justificar a proposta, tem a vantagem de apontar para os valores fortes da consciência e da razão individuais, com respaldo axiológico para o cluster right da liberdade religiosa, além, de harmonizar-se em princípio de forma mais adequada ao texto da Constituição de 1988, notadamente ao ponto de Arquimedes representado pelo inciso VI do artigo 5º, que parte da inviolabilidade da liberdade de consciência para, a seguir, enunciar o direito à liberdade religiosa como um todo.¹⁵⁵

2.2.2 Liberdade de Consciência

A liberdade de consciência está assegurada pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso VI.

Nos dizeres de Novelino, a liberdade de consciência “consiste na adesão a certos valores morais e espirituais, independentes de qualquer aspecto religioso”¹⁵⁶.

Em quadro elucidativo, Soriano demonstra que a liberdade de consciência, dentro da liberdade de pensamento, é ampla e individual, abarcando o direito de crer em algo, bem como o de não crer.¹⁵⁷

Não se pode deixar de colher os ensinamentos de Jónatas E. M. Machado, que, ao analisar a liberdade de consciência sob a ótica do direito lusitano, aponta sua importância na proteção da liberdade religiosa e como suporte ético para o Estado democrático de direito:

A liberdade de consciência tem sido caracterizada como o suporte ético do Estado de direito democrático, como a última e decisiva barreira contra as ditaduras. Ela é, além do mais, um meio de proteção a liberdade religiosa individual e coletiva, na medida em que confere ao indivíduo a possibilidade de, em nome da doutrina religiosa que professa, se abster de determinadas condutas.¹⁵⁸

¹⁵⁴ SORIANO, 2002, p. 4.

¹⁵⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: Fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

¹⁵⁶ NOVELINO, 2009, p. 419.

¹⁵⁷ SORIANO, 2002, p. 11.

¹⁵⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa Diante Das Ameaças à Liberdade Religiosa. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 106.*

A possibilidade de que cada pessoa possa abster-se de atos ou condutas que ofendam sua consciência religiosa é consagrada como objeção de consciência e, segundo Jónatas Machado, tem papel duplamente importante. É a lição:

Quando estas e outras condutas são descriminalizadas no seio de uma comunidade política, o direito à objeção de consciência é duplamente importante, enquanto garante da integridade moral dos indivíduos e da liberdade de autodeterminação das confissões religiosas. A autocompreensão doutrinal destas últimas não teria qualquer proteção jurídica se aos seus membros não fosse concedido o direito de objeção de consciência às práticas consideradas imorais que hajam sido descriminalizadas ou positivamente legalizadas pelos poderes públicos.¹⁵⁹

A figura da objeção de consciência é presente na sociedade moderna. Um exemplo frequentemente citado pela doutrina é o das Testemunhas de Jeová, que se recusam a prestar o serviço militar obrigatório¹⁶⁰, mas que, todavia, não se objetam em cumprir prestações alternativas. Outro bom exemplo de objeção de consciência é a prevista pela Lei italiana 194 de 78, para os profissionais médicos e seus auxiliares, que têm o direito de se recusarem a participar de aborto por convicções pessoais¹⁶¹.

2.2.3 Liberdade de Crença

PPGCR

A Liberdade de Crença, assim como a liberdade de consciência, está assegurada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, inciso VI, capítulo dos direitos individuais e coletivos.

Seguindo a linha elucidativa de Soriano, a liberdade de crença, também conhecida como liberdade de religião ou liberdade religiosa *stricto sensu*, é mais restrita que a liberdade de consciência e possui dimensão social e institucional, posto que compreende o direito de escolher ou aderir a uma religião, bem como o direito de mudar de crença ou de *religião*.¹⁶²

2.2.4 Liberdade de Culto

No mesmo inciso VI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde estão asseguradas as liberdades de consciência e de crença, também está protegida a liberdade de culto.

¹⁵⁹ MACHADO, 2006, p. 107.

¹⁶⁰ MACHADO, 2006, p. 108.

¹⁶¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica*. 2.ed. Tradução Orlando Soares Moreira, edições Loyola, São Paulo, 2002, p. 381. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 02 out. 2015.

¹⁶² SORIANO, p. 11.

A religião não é um sentimento adormecido dentro do homem, é notório que uma das formas de se viver a religião é através do culto à divindade ou às divindades.

José Afonso da Silva preleciona que:

A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática de ritos, no culto com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.¹⁶³

Deste modo, com base na elucidação doutrinária, a liberdade de culto dá ensejo à exteriorização da crença, o que obviamente irá se materializar em rituais, cerimônias e outras formas de manifestação.

2.2.5 Liberdade de Organização Religiosa

Para Aldir Guedes Soriano, o direito à liberdade de organização religiosa é oriundo da própria condição laica do Estado brasileiro, que permite que os homens se organizem de acordo com a legislação pátria para formar pessoas jurídicas voltadas para o exercício da crença.¹⁶⁴

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o direito à liberdade de organização religiosa “tem o sentido de conferir à pessoa, ou grupo, o direito de criar seguimento religioso”.¹⁶⁵

O professor José Afonso da Silva, no que toca à liberdade de organização religiosa, faz menção ao estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado, esclarecendo que tais relações podem se apresentar de três formas:

A confusão, a união e a separação, cada qual com gradações. Mal cabe dar notícias desses sistemas aqui. Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados Islâmicos. Na hipótese da união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império.¹⁶⁶

Face à exposição do professor José Afonso, a separação não pode ser outra coisa senão o total distanciamento entre Igreja e Estado, o que resulta em um Estado Laico, a exemplo do Brasil atual.

¹⁶³ SILVA, 1998, p. 252.

¹⁶⁴ SORIANO, p. 11.

¹⁶⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 32.

¹⁶⁶ SILVA, 1998, p. 252.

2.2.6 Liberdade Religiosa

Milton Ribeiro¹⁶⁷ aponta algumas hipóteses para a origem do direito à liberdade religiosa. Assim, aponta a Reforma Protestante como origem de tais direitos, enquanto a escola francesa, influenciada por Rousseau, atribui à Revolução Francesa a gênese desses direitos. Para o professor da Universidade Mackenzie,

deve-se, pois, julgar superficial a concepção, tão difundida, de que as ideias de liberdades públicas nasceram com a Revolução Francesa”. Ele argumenta que “a própria cronologia histórica demonstra, com meridiana clareza que a Reforma e a própria Constituição americana precederam historicamente as ideias propugnadas por Rousseau¹⁶⁸.

Segundo Canotilho, as minorias religiosas que surgiram a partir da Reforma postulavam a defesa da liberdade religiosa ou, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e, também, a proibição da ingerência estatal na esfera individual (foro íntimo), traduzida na imposição de uma religião estatal¹⁶⁹. Exigia-se, desde então, a neutralidade estatal. Preconizava-se, inclusive, que a luta pela liberdade de religião consistia na verdadeira origem dos Direitos Fundamentais¹⁷⁰. Por conseguinte, aponta-se a Reforma protestante como origem dos demais Direitos Fundamentais. Todavia, Canotilho conclui afirmando que a concepção dos reformadores inclinava-se mais para uma mera tolerância religiosa para com as diferentes crenças religiosas do que para uma verdadeira concepção de liberdade de religião que seria consagrada nas modernas Constituições¹⁷¹.

A Reforma Protestante do século XVI representou, como se sabe, uma quebra importante da unidade da cristandade. A partir desse movimento religioso, surgiram diversas denominações religiosas protestantes. Esse pluralismo religioso não mais se harmonizava com o modelo de Estado confessional. A partir desse evento, passou-se, na verdade, a exigir uma separação entre Igreja e o Estado, como assevera Habermas: “o conflito entre credos e denominações conduziu ao pluralismo religioso, que minou qualquer reivindicação de legitimação divina dos reis, e por fim tornou necessária a secularização do Estado”¹⁷².

¹⁶⁷ RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002 p. 19.

¹⁶⁸ RIBEIRO, 2002 p.31.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4 ed. 2000. p. 377.

¹⁷⁰ CANOTILHO, 2000. p. 377.

¹⁷¹ CANOTILHO, 2000. p. 377.

¹⁷² HABERMAS, Jurgen. *O Estado nação europeu frente aos desafios da globalização*. Trad. Antônio Sérgio Rocha. Novos Estudos. In: Revista do CEBRAP. São Paulo, n. 43, nov. 1995. p.91.

Sobre o que consiste e do que se originou a hodierna liberdade Religiosa, ensinou o professor Jónatas E. M. Machado:

O direito à liberdade religiosa constitui um dos elementos estruturantes do moderno Estado constitucional. Este desenvolveu-se como reacção, quer contra o autoritarismo teológico-político da Cristandade medieval, com os seus esquemas inquisitoriais de repressão da dissidência, quer contra o regalismo dos monarcas absolutos no alvorecer do Estado moderno, os quais reclamavam para si o direito de impor a sua religião aos seus súditos. O direito à liberdade religiosa teve a sua origem no processo de democratização da religião propiciado pelo advento da imprensa, que facilitou o acesso aos escritos religiosos, e pela crítica protestante ao cristianismo imperial, centralizado, autoritário e hierarquizado que caracterizava a República Christiana¹⁷³.

De acordo com a doutrina até o momento apontada, a liberdade religiosa em sentido lato será composta pelas vertentes acima expostas em forma de liberdades.¹⁷⁴

Soriano conceitua a liberdade religiosa como “o direito que confere ao homem a possibilidade de adorar a Deus, conforme a sua própria consciência”.¹⁷⁵

Reforçando o preceituado por Soriano, a lição de Jónatas E. M. Machado ao apresentar a afirmação da liberdade religiosa nos Estados Unidos da América diz que:

Nos Estados Unidos, a liberdade religiosa afirmou-se num clima espiritual e cultural em que a existência de Deus e de uma dimensão espiritual da realidade era um postulado fundacional, entendendo-se que ao indivíduo cabia, em consciência, decidir livremente o modo de cumprimento das suas obrigações para com o Criador, livre de qualquer coerção estadual.¹⁷⁶

Ainda segundo a doutrina¹⁷⁷ e conforme já exposto acima, a liberdade religiosa pode ser expressa de três maneiras distintas, a saber, liberdade de crença – liberdade da escolha da religião e adesão a qualquer seita religiosa, liberdade para mudar de religião e até mesmo liberdade para não aceitar crença alguma; liberdade de culto – liberdade para exteriorizar ou expressar a sua crença, a livre manifestação através de ritos, cerimônias, reuniões etc.; e liberdade de organização religiosa. Os indivíduos têm o direito de se organizarem, nos termos da legislação nacional, no sentido de formar entidades civis que possibilitem ou facilitem o exercício da atividade religiosa, formando assim associações, pessoas jurídicas voltadas para o desenrolar da atividade religiosa¹⁷⁸.

No tocante à liberdade religiosa, mais especificamente no tocante à organização religiosa, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que o Estado brasileiro

¹⁷³ MACHADO, 2006, p. 65.

¹⁷⁴ SORIANO, 2002, p. 11.

¹⁷⁵ SORIANO, 2002, p. 5.

¹⁷⁶ MACHADO, 2006, p. 66.

¹⁷⁷ Para um entendimento mais aprofundado sob as vertentes da liberdade religiosa obrigatória se faz uma leitura de SORIANO, 2002, p. 10-11.

¹⁷⁸ SORIANO, 2002, p. 9-11.

é laico, ou seja, não mistura os assuntos políticos com assuntos religiosos, o que acaba por obrigar o Estado a manter-se neutro em assuntos religiosos, como decorrência não apoiando ou privilegiando um seguimento religioso em detrimento de outro, nos termos do artigo 19 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na verdade, por ser neutro em assuntos religiosos, o Estado apenas cumpre com o seu dever de assegurar a todos os seguimentos religiosos o livre exercício de sua fé, dentro dos padrões legais.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto:

Deveras, quando o art. 19, I da Constituição salienta que é vedada a União, aos Estados, ao Distrito federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, significa que o Estado brasileiro está proibido de organizar segmento religioso de qualquer ordem; quando impede subvencioná-los, restringe a destinação de recursos públicos para o fim de manutenção da fé religiosa; ao impedir que o Estado embarace-lhes o funcionamento, implica a proibição de realizar tudo e qualquer ato que resulte em restrição à liberdade de crença, culto e, principalmente, no caso, de organização religiosa, salvo regular exercício de poder de polícia; quando, por fim, proscree o dispositivo a manutenção de aliança ou qualquer forma de dependência entre o Estado e os segmentos religiosos ou seus representantes, persegue a Constituição de 1988 a necessária isenção que deve ter a nossa sociedade política relativamente a todas religiões e/ou seitas existentes na atualidade.¹⁷⁹

Corroborando a lição de Silva Neto assevera Soriano:

Disto se deflui que o Estado laicista não pode favorecer uma religião, em detrimento de outras. O tratamento dado às igrejas deve ser igual, mantendo-se a isonomia. Não pode subvencionar as religiões e também não pode legislar sobre a matéria religiosa.¹⁸⁰

No mesmo sentido da doutrina acima apresentada, já se manifestou o tribunal de justiça de Minas Gerais:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Município de Nova Era. Concessão de direito de uso de imóvel da municipalidade. Igreja do Evangelho Quadrangular. Funcionamento da igreja. Salas destinadas a estudo bíblico e reuniões. Moradia do pastor e sua família. Inconstitucionalidade manifesta. Igrejas e cultos religiosos. Estado laico. Dever de imparcialidade e neutralidade do Poder Público. Representação acolhida. Vício declarado. - Por imposição constitucional, o Poder Público, em todas as esferas federativas, possui o dever de imparcialidade ou neutralidade no que toca aos credos religiosos existentes no País, não podendo, de forma alguma, beneficiá-los ou prejudicá-los, total ou parcialmente.¹⁸¹

Destarte, segundo a doutrina e jurisprudência, a liberdade religiosa é exercida em diversas facetas e tem a garantia do Estado Brasileiro, que se apresenta como estado laico, o

¹⁷⁹ SILVA NETO, 2008, p. 125-126.

¹⁸⁰ SORIANO, 2002, p. 85.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação direta e Inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Processo n°. 1.0000.07.457387-4/000. Rel.: Des. Herculano Rodrigues. Julgado em 09/07/2008. Publicação em 05/09/2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2015.

que lhe possibilita permitir e proteger todas as formas de religião, muito embora não se envolva diretamente e nem privilegie uma em detrimento de outras.

2.3 Liberdade Religiosa como Direito Fundamental e da Personalidade

O direito à liberdade religiosa está inserido no feixe de direitos fundamentais do homem, fazendo parte mais especificamente, aqueles direitos intrínsecos à personalidade humana, o que não escapou aos olhares da doutrina, como se extrai da lição de Nuno Manoel Pinto de Oliveira, doutrinador lusitano:

O direito geral de personalidade e o princípio da liberdade de consciência, de religião e de culto constituem normas de direitos fundamentais entre as quais existe, em certas situações, um “concurso aparente” de normas, a resolver nos termos do princípio *Lex specialis derogat generali*: o princípio da liberdade de consciência e de religião consignado no n.º 1 do art. 4.º da LF e no art. 41 da CRP deve considerar-se como *Lex specialis* relativamente ao direito geral de personalidade.¹⁸²

Desta feita, a liberdade religiosa é um Direito Fundamental intrínseco à personalidade humana e, portanto, o seu tolhimento implicará em agressão à dignidade do homem em frontal ofensa aos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tal qual à Constituição de Portugal.

Notadamente, nas duas constituições mencionadas a liberdade religiosa é tratada como Direito Fundamental, visto que é um direito reconhecido por diplomas internacionais, incorporados pelos textos constitucionais do Brasil e de Portugal, sendo especialmente qualificado como direitos da personalidade, posto que, como acima mencionado, faz parte do conjunto de direitos que não podem ser destacados do homem, sendo inclusive um dos direitos que conferem dignidade ao ser humano¹⁸³.

Observando a estreita relação entre liberdade religiosa e dignidade, apontou Silva Neto:

Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa. Ora, é certo que os desdobramentos da liberdade religiosa devem ser necessariamente reconduzidos à esfera de sua dignidade; logo quando desrespeitado o direito individual, indisputavelmente maculado também restará à dignidade da pessoa humana.¹⁸⁴

¹⁸² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*: Ensaio Sobre um Caso de Constitucionalização do Direito Civil. 5. Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 121.

¹⁸³ CANOTILHO, 2003, p. 450-451.

¹⁸⁴ SILVA NETO, 2008, p. 114.

Não só a doutrina jurídica aponta para o espírito de Direito da Personalidade inserido no direito à liberdade religiosa. Trabalhos em outras áreas das ciências corroboram esta natureza.

Andrew Newberg, professor de radiologia, psicologia e estudos religiosos da Universidade da Pensilvânia, sugere que o corpo humano estaria equipado para a religião e crenças, além do que, os atos religiosos seriam benéficos para o organismo e ajudariam a formar grupos, minorar o isolamento e espalhar hábitos positivos¹⁸⁵.

Segundo Jordan Grafman¹⁸⁶, chefe do departamento de neurologia cognitiva do instituto Nacional de Distúrbios Neurológicos e Derrame, o ser humano seria predisposto biologicamente a ter crenças, dentre as quais também se encontra a crença religiosa.

Relata o antropólogo Justin Barrett, professor da Universidade de Oxford, que há evidências de que os sistemas religiosos ajudam a manter comunidades unidas – a dividir, a confiar, a construir redes sociais mais fortes. O professor Barrett, realizou estudos com crianças e constatou que a partir dos três anos de idade as crianças utilizadas na experiência já conheciam a existência de Deus e a partir dos cinco anos acreditavam que Deus seria “mais sabido” do que seus pais.¹⁸⁷

Para o professor Jordam Grafman, segundo seus estudos, a crença religiosa é o primeiro sistema de crenças desenvolvido pelo ser humano, tendo surgido antes de todas as outras.¹⁸⁸

Deste modo, a ciência jurídica, ao classificar a liberdade religiosa como um Direito da Personalidade, o faz também com o respaldo das ciências médicas, já que a consciência religiosa está biologicamente inserida no ser humano, auxiliando em sua vida em sociedade e até mesmo em casos específicos em sua saúde.

Bom exemplo da opinião em comum formada entre a doutrina jurídica e a doutrina médica é a tese defendida por Andrew Newberg, segundo o qual as práticas religiosas acionam regiões do cérebro como “os lobos frontais, responsáveis pela capacidade de concentração, e os parietais, que nos dão a consciência de nós mesmos e do mundo”.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Conforme entrevista concedida à Revista Galileu. CLAIREFONT, Edmundo. Questões de Fé. *Revista Galileu*, n. 213, abril de 2009, p.42.

¹⁸⁶ Conforme entrevista concedida à revista Época. SORG, Letícia. A fé que faz bem a saúde. *Revista Época*, edição 566, março de 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com>>. Acesso em: 03 out. 2015.

¹⁸⁷ Conforme entrevista concedida à revista Época. SORG, Letícia. A fé que faz bem a saúde. *Revista Época*, edição 566, março de 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com>>. Acesso em :03 out. 2015.

¹⁸⁸ Conforme entrevista concedida à revista Época. SORG, Letícia. A fé que faz bem a saúde. *Revista Época*, edição 566, março de 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com>>. Acesso em: 03 out. 2015.

¹⁸⁹ Conforme entrevista concedida à revista Época. SORG, Letícia. A fé que faz bem a saúde. *Revista Época*, edição 566, março de 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Por tudo já alcançado pelas ciências médicas a respeito do ser humano e sua estrutura de crenças, não há como escapar ao fato de que a liberdade religiosa é um Direito da Personalidade, direito este que ganhou proteção da atual Constituição da República Federativa do Brasil e da Comunidade Internacional, o que faz deste direito, além de um Direito da Personalidade, um Direito Fundamental.

2.4 Os Limites ao Direito de Liberdade Religiosa

Como visto acima, a doutrina, bem como a legislação brasileira e portuguesa, qualificam a liberdade religiosa como um Direito Fundamental e da Personalidade, fato que forçosamente impõe que o direito à liberdade religiosa seja a princípio ilimitado, mas que em momentos pontuais tenha que ser restringido, principalmente quando esta estiver em conflito com outros Direitos Fundamentais de terceiros, que tenham maior peso em um processo de ponderação, bem como quando a expressão da liberdade religiosa ofenda a legalidade, moralidade, a incolumidade pública e os bons costumes¹⁹⁰.

Lecionando sobre a questão, ensina Aldir Guedes Soriano:

A liberdade religiosa, como qualquer outro direito humano, não pode servir de escudo protetivo, para dar guarida a atividades ilícitas ou atos que atentem contra a incolumidade pública, a moral e os bons costumes. A liberdade religiosa não é um direito absoluto. Existe uma relativização, um limite para à liberdade religiosa.¹⁹¹

Prossegue o mencionado professor acima mencionado, ao comentar o artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Acrescentam que a inviolabilidade do direito à liberdade religiosa, presente no artigo 5º, inciso VI, está condicionado à ordem pública, que, embora omitida nessa norma, há de ser observada, com o fim de não prejudicar igual direito de outrem, e não ferir os valores ético-morais, estruturantes de uma sociedade.¹⁹²

No sentido de restrição à liberdade religiosa, posiciona-se Belchior do Rosário Loya e Sapuile:

A liberdade de manifestar a própria religião ou convicções, individual ou coletivamente nas quatro formas especificadas no artigo não é reconhecida, quando é contrária aos princípios do ordenamento jurídico; e pode ser limitada todas as vezes que o seu legítimo exercício deve ceder algumas restrições.¹⁹³

¹⁹⁰ NOVELINO, 2009. p.415

¹⁹¹ SORIANO, 2002, p. 38.

¹⁹² SORIANO, 2002, p. 38.

¹⁹³ SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.771.

Este entendimento é desposado por nossos tribunais. O Tribunal do Rio Grande do Sul já se manifestou no seguinte sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEMPLO RELIGIOSO. EMISSÃO SONORA EM NÍVEIS SUPERIORES AO PERMITIDO PELO CÓDIGO AMBIENTAL DE CANOAS (LM N. 4328/1998). 1. A liberdade de culto e a proteção aos locais de sua realização e às suas liturgias (CF, art. 5º, inciso VI), não dispensa seus agentes do respeito às demais normas jurídicas integrantes do ordenamento pátrio. 2. Devidamente demonstrada nos autos a emissão sonora em níveis superiores ao admitido pela legislação ambiental municipal (artigos 37-39 da LM n. 4328/1998, de Canoas), mostra-se correta a suspensão das atividades realizadas no local, até que sejam adotadas as medidas necessárias à sua adequação aos limites legais. 3. Ausente prova robusta de incorreção dos laudos técnicos expedidos pelo Município de Canoas e pelo Ministério Público, não há que se falar em ausência de higidez de tais documentos. 4. A desídia da parte interessada e de seu procurador em acompanhar os atos processuais não implica nulidade no andamento da ação civil pública, não se caracterizando malferimento às garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa. 5. A emissão de ruídos em nível superior ao legalmente estabelecido é suficiente para impor, ao agente responsável, o dever de adequar-se aos limites previstos na legislação ambiental. 6. Não há que se falar em perseguição religiosa no caso concreto, ausente qualquer indício de sua efetiva ocorrência no caso sob comento. APELAÇÃO DESPROVIDA.¹⁹⁴

Nossa Corte Suprema também se manifestou a respeito dos limites a liberdade religiosa:

Poder de polícia reconhecido ao estado para evitar a exploração da credulidade pública. Mandado de segurança deferido em parte, para assegurar, exclusivamente, o exercício do culto religioso, enquanto não contrariar a ordem pública e os bons costumes e sem prejuízo da ação, prevista em Lei, das autoridades competentes. Recurso provido em parte.¹⁹⁵

É saudável a possibilidade de restrição ao direito de liberdade religiosa defendido pela doutrina, já que direitos irrestritos podem ser o embrião de distorções do ordenamento jurídico, retirando validade e eficácia de outros direitos constitucionais igualmente garantidos.

Conforme ensina o professor Jayme Weingartner Neto:

Chegando-se ao tema das restrições à liberdade religiosa, é de conjugar as exigências de otimização com a consideração de que os restantes direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos servem de base para as restrições do direito à liberdade religiosa. Na busca de enfatizar o equilíbrio, trata-se de uma grandeza concretamente variável que trava com outros direitos uma “relação principal de mútua definição de limites”, nenhum dos quais suscetível de “hipostasiação aniquiladora dos direitos que com ele convivem à normatividade constitucional”.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019696335, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 21/06/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 16857, Rel.: Min. Eloy da Rocha, 3ª Turma, julgado em //, DJ 24-10-1969 PP-05014 EMENT VOL-00781-01 PP-00210 RTJ VOL-00051-03 PP-00344. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁹⁶ WEINGARTNER NETO, 2007, p. 192.

Como bem observado por Aldir Guedes Soriano, a liberdade religiosa “não é uma ilimitada liberdade em relação ao Estado ou a Deus, porquanto todos devem respeitar o Estado Democrático de Direito e, ao final, prestar contas a Deus”¹⁹⁷.

2.5 A doutrina das Testemunhas de Jeová e a Recusa à Transfusão de Sangue

As Testemunhas de Jeová iniciaram suas atividades a partir da década de 1870, no século XIX, podendo ser considerada uma organização recente. Neste período, Charles Taze Russell, junto com alguns amigos, formou um pequeno grupo de estudo da Bíblia, nos Estados Unidos. Consideravam que sua interpretação da Bíblia era a “verdade bíblica” e por isso tinham a intenção de publicar suas ideias que vinham em contraste com a maioria das religiões cristãs. Russell começou a publicar a revista “A sentinela”, que foi distribuída pelo mundo propagando suas ideias. Aqueles que recebiam a revista começaram a se reunir e fazer estudos bíblicos baseados nas ideias que estavam lendo e acabaram por serem conhecidos inicialmente como “Estudantes da Bíblia” ou “Estudantes Internacionais da Bíblia”. Em seguida, Russell fundou a Sociedade de Tratados da Torre de Vigia de Sião, iniciando assim o grupo que ficaria posteriormente conhecido como Testemunhas de Jeová. Hoje, as Testemunhas de Jeová estão espalhadas pelo mundo, agrupadas em Congregações e unidas por uma estrutura mundial que coordena todas as atividades do grupo¹⁹⁸.

Eles afirmam que existe desde o início dos tempos apenas uma religião verdadeira, que é constituída por aqueles que fazem a vontade de Jeová, e que todas as outras formas de adoração são religiões falsas. Esta comunidade religiosa assume-se como uma religião cristã não-trinitária, o que quer dizer que eles creem em um Deus único, ao qual chamam Jeová, e são seguidores de Jesus. Segundo seus ensinamentos, a sua religião é a restauração do verdadeiro cristianismo. Afirmam, ainda, basearem sua doutrina na Bíblia, e só é contado como membro aquele que já estudou a Bíblia por algum tempo junto com eles, de modo que suas ideias e seu entendimento estejam seguindo as normas da conduta moral ensinada por eles. É necessário também ter

¹⁹⁷ SORIANO, 2002, p. 39.

¹⁹⁸ Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Proclamadores do Reino de Deus. Livro. São Paulo, 1993, p. 750. Disponível em: <<http://www.watchtower.org/t/index.html>>. Acesso em: 3 de nov. 2015.

participado da obra de pregação pública, ou seja, da sua tão conhecida pregação porta a porta e nas ruas.¹⁹⁹

Uma de suas práticas é a realização semanal de reuniões congregacionais e de eventos anuais, momentos estes em que estudam a Bíblia segundo a ótica das Testemunhas de Jeová. São conhecidos também por sua neutralidade política, moralidade sexual e recusa em aceitar transfusões de sangue. Todas estas posturas e posições, dizem eles, são baseadas no que aprenderam através de seus estudos bíblicos. Afirmam, ainda, que seguem tão somente o que está escrito na bíblia e que ela contém ensinamentos e conselhos para as suas vidas. Para ajudar na compreensão e no entendimento bíblico, distribuem publicações gratuitamente de bíblias e revistas ao redor do mundo. Têm total confiança no seu Corpo Governante para fornecer a interpretação adequada dos escritos bíblicos. Este corpo é composto por anciãos e homens considerados espiritualmente qualificados, os quais usam como base a sede mundial das Testemunhas de Jeová, nos Estados Unidos. Eles afirmam que este órgão central, composto por tais homens, está sob a liderança de Jesus Cristo, promovendo e coordenando a obra das Testemunhas de Jeová. Todavia, nenhum membro das testemunhas de Jeová, nem mesmo o Corpo Governante, afirma ser inspirado por Deus. Segundo eles, somente os escritores da bíblia o foram. Deste modo, suas publicações são passíveis a sofrerem alterações em qualquer tempo, se caso algum estudo mais detalhado determine algum “ajuste” de pensamento²⁰⁰.

Segundo Faillace²⁰¹, uma das características mais marcantes das Testemunhas de Jeová é a importância dada à divulgação, transformando suas publicações e comunicação de textos em aspectos de grande prioridade. Dirigidas por uma sociedade anônima – a Watchtower Bible and Tract Society of New York Inc., as Testemunhas de Jeová possuem como resultado marcante desta estrutura duas revistas, a Sentinela e Despertai, publicadas quinzenalmente em 126 idiomas e com uma tiragem média de 22 milhões de exemplares por mês. Outra característica relevante na atuação deste grupo reside no fato de possuírem uma estrutura altamente centralizada e hierarquizada, “refletindo o controle centralizado de suas atividades e do pensamento de seus membros”²⁰²

¹⁹⁹ Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Disponível em: < <http://www.watchtower.org/t/index.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

²⁰⁰ Vide 2 Timóteo 3:16. Para mais informações sobre o que creem as Testemunhas de Jeová, favor acessar o site oficial <<http://www.watchtower.org/t/index.html>>.

²⁰¹ FAILLACE, Sandra T. Testemunhas de Jeová. In: LANDIM, Leilah (org.) Sinais dos Tempos: *Diversidade Religiosa no Brasil*. Rio de Janeiro: Cadernos do ISER n. 23, 1990.

²⁰² FAILLACE, 1990, p 106.

O milenarismo das Testemunhas de Jeová parte de uma perspectiva na qual “os verdadeiros crentes viverão felizes e em harmonia numa terra transformada e governada pela justiça divina”²⁰³. A relação entre Deus e os homens se baseia nas profecias bíblicas que retratam o fim do mal e o estabelecimento do Reino de Deus na Terra. Para este grupo, a salvação se dá pela observância dos preceitos bíblicos, principalmente a lei divina revelada por Jesus – “Amar a Deus com todo o coração, toda a alma, toda a mente e todas as forças” e “Amar ao próximo como a si mesmo”²⁰⁴. De acordo com Faillace, cada fiel também é um pregador que dedica parte do seu tempo ao proselitismo nas ruas ou de porta em porta. A pregação visa não apenas a divulgação do final dos tempos e das boas novas, mas a conquista de novos adeptos²⁰⁵.

Todavia, a este trabalho interessa, com certa relevância, a recusa à transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová, posto que é um caso clássico de recusa a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, muitas vezes mencionados, inclusive, por estudiosos do direito.

Com base em textos bíblicos²⁰⁶ como o de Gênesis 9:3-6²⁰⁷; Atos 15: 19,20²⁰⁸ e Atos 15:28,29²⁰⁹, as Testemunhas de Jeová se recusam a comer ou fazer qualquer outro uso do sangue.

Uma leitura do texto de Atos, acima mencionado, faz menção específica a “abster-se de sangue”, por sua vez, as Testemunhas de Jeová, além de não fazerem uso do sangue para alimentação, entendem que:

‘abster-se de sangue’ significa não aceitar transfusões de sangue e não doar ou armazenar seu próprio sangue para ser usado em transfusões. Por respeito à lei de

²⁰³ FAILLACE, 1990, p 106.

²⁰⁴ FAILLACE, 1990, p 107.

²⁰⁵ FAILLACE, 1990, p 107.

²⁰⁶ Os textos transcritos abaixo foram extraídos da Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Publicado pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. O conteúdo completo das Escrituras Sagradas pode ser acessado diretamente no *site* <<http://www.watchtower.org/t/index.html>>.

²⁰⁷ 3Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. 4Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer. 5E, além disso, exigirei de volta vosso sangue das vossas almas. Da mão de cada criatura vivente o exigirei de volta; e da mão do homem, da mão de cada um que é seu irmão exigirei de volta a alma do homem. 6Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu próprio sangue, pois à imagem de Deus fez ele o homem. Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas. Disponível em: <<http://www.watchtower.org>>. Acesso em: 03 out. 2015.

²⁰⁸ Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e da fornicação, e do estrangulado, e do sangue. Disponível em: <<http://www.watchtower.org>>. Acesso em: 03 out. 2015.

²⁰⁹ Pois, pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: 29de persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicação. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós! Disponível em: <<http://www.watchtower.org>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Deus, também não aceitam os quatro componentes primários do sangue: glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma.²¹⁰

Esta interpretação da palavra é o que guia as Testemunhas de Jeová no sentido de não se submeterem a tratamento médico que utilize sangue. Fato que não raro causa conflitos entre médicos, que não compartilham da mesma crença das Testemunhas de Jeová, e adeptos desta religião, que, em casos de saúde, negam-se terminantemente a receber transfusões de sangue, fazendo aflorar algumas questões em âmbito jurídico.

Levando-se em conta o conflito exposto, que inclusive é tomado como um conflito entre o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, pode-se perguntar: até que ponto é juridicamente protegida a recusa de um paciente a tratamento médico? Pode o paciente recusar tratamento médico, mesmo que tal recusa possa lhe causar a morte? Estas duas questões se desdobram em um número muito maior de outros questionamentos, que deverão ser respondidos à luz da legislação pátria, com o respaldo doutrinário e, na medida do possível, com o aval dos tribunais.

Destarte, para responder indagações de tamanha importância, deve-se analisar especificamente a recusa a tratamento médico por motivo de convicção religiosa, tendo em mente o até agora colhido na doutrina e na jurisprudência a respeito dos preceitos jurídicos apresentados neste trabalho com respeito ao tema, especialmente no tocante à recusa a tratamento médico, ser encarada como Direito Fundamental e da Personalidade, o que veremos mais detidamente no próximo capítulo.

²¹⁰ *Mantenha-se no Amor de Deus*. Publicado pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange, 2008, p. 77-78. Estas e outras publicações das Testemunhas de Jeová podem ser acessadas pelo endereço eletrônico www.watchtower.org.

3. O ALCANCE DA RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO – O CASO DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUÍNEA POR PARTE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Como observado nos capítulos anteriores, o direito à recusa a tratamento médico é um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no artigo 15 do Código Civil de 2002, bem como nas letras constitucionais atinentes à liberdade religiosa e autodeterminação do paciente, disposições intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana, norte maior de nossa Constituição.

3.1 Considerações Iniciais Sobre o Assunto

Ao tratar a recusa a tratamento médico com fulcro em consciência religiosa, desabrocha para análise o caso clássico das Testemunhas de Jeová, que se recusam a receber tratamento médico que faça uso de sangue, mesmo que tal recusa lhes coloque em iminente perigo de morte.

Como vem sendo entendido pela doutrina²¹¹, as Testemunhas de Jeová, ao recusarem o tratamento médico que utiliza sangue, não estão com a intenção de morrer, posto que não fogem ao auxílio médico e seguem todas as determinações médicas e demais tratamentos, desde que não façam uso do sangue.

Aliás, em respeito à posição das Testemunhas de Jeová, bem como o alto grau de incerteza sobre os efeitos negativos dos tratamentos que utilizam sangue, a medicina tem evoluído no sentido de desenvolver tratamentos alternativos à transfusão sanguínea, sendo hoje cada vez mais comuns tratamentos e intervenções cirúrgicas isentas de sangue²¹².

Na existência de tratamentos alternativos à transfusão de sangue, a jurisprudência nacional já se manifestou, inclusive, que é dever do Estado fornecê-los ao paciente,

²¹¹ Não vale, em retorsão, a afirmativa de que a recusa a transfusão constituiria tentativa de suicídio, gerando-se, então, o poder-dever, ao médico, de impedir o resultado. O argumento é frágil, pois o paciente, ao recusar o sangue, admite tratamentos alternativos cientificamente aceitos. Quer, portanto, preservar a vida. (FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Consulta Feita pela Associação Torre de Vigida de Biblias e Tratados*, São Paulo, p. 6). No mesmo sentido DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.263. Ainda VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos Jurídicos da Recusa do Paciente Testemunha de Jeová em Receber Transfusão de Sangue. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*. v.6, jul./dez., 2003. p.221.

²¹² Sobre tratamentos alternativos à transfusão de sangue e seus benefícios: *Globo Reporter – Tecnologia a serviço da Religião*, disponível em: <<http://grep.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-3131-3-48077,00.html>>. Acesso em: 17 out. 2015; ELIAS, O Décio e SOUZA, L. Maria Helena. *Cirurgia e Perfusão sem Sangue*. Disponível em: <<http://perflin.com/revista/volume10/v10n2/v10n2-01.html>>. Acesso em: 17 out. 2015; e *Transfusion Alternatives – Documentary Series*. Produzido em 2004 por Watch Tower Bible and Tract Society of New York.

independentemente de estarem tais alternativas disponíveis na unidade federativa, como se pode notar da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso no agravo de instrumento 22.395/2006:

TESTEMUNHA DE JEOVÁ - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE - EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA - TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - LIMINAR CONCEDIDA - RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional, não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.²¹³

Envolta nessas circunstâncias, a relação médico-paciente pode ganhar contornos traumáticos, com situações de pequena complexidade e outras de extrema complexidade, o que exigirá do aplicador do direito uma reflexão sobre os pontos de nosso ordenamento jurídico atinentes ao caso, notadamente os pertinentes aos direitos fundamentais.

Deste modo, está presente a concorrência entre o direito de liberdade e o direito à vida, ficando no ar a questão se é possível o ser humano levar as suas convicções íntimas ao ponto de perder a sua vida.

Nos tópicos seguintes examinaremos gradativamente este questionamento, tendo em mente desde já, como enfatizado em outros capítulos, que o valor maior a ser perseguido pelo nosso ordenamento é o da dignidade da pessoa humana.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Agravo de Instrumento n°. 22395/2006. Rel. Des. Sebastião Arruda Almeida, 5ª Câmara Cível, julgado em 31.05.2006. Disponível em: <<http://www.tj.mt.gov.br/servicos/jurisprudencia/ResultadoPesquisa.aspx>>. Acesso em: 19 out. 2015.

3.2 Testemunha de Jeová Maior, Capaz, Consciente, sem Risco de Morte

A relação médico-paciente pode apresentar contornos desarmônicos. Por vezes a opinião ou a opção preferida pelo médico não é a que mais agrada ao paciente ou, até mesmo, que não seja da vontade deste.

No caso em análise, das Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusões de sangue, entre outras situações, pode acontecer de o médico preferir efetuar uma transfusão de sangue por entender que esta opção é a mais econômica, mais rápida e de execução mais simplificada do que os tratamentos alternativos, o que levaria o profissional médico a escolher aquele tratamento a este, opção esta que conflitaria com a consciência religiosa do paciente Testemunha de Jeová maior, capaz, consciente e sem risco de morte.

A situação levantada deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais, seguindo os princípios balizadores da relação médico-paciente e a legislação pertinente ao caso.

No percurso do presente trabalho, ficou exposto em capítulos anteriores que o direito à liberdade religiosa, uma das manifestações do Direito de Liberdade, é reconhecido ao homem em documentos internacionais, sendo amplamente difundido como um Direito Humano.

Ademais, o direito à liberdade e liberdade religiosa, além de reconhecidos em documentos internacionais, foram incorporados ao texto de nossa Constituição da República em vigor, ganhando natureza de Direito Fundamental.

Sob o prisma da relação médico-paciente, que deve obediência aos direitos constitucionais, a situação em apreço rege-se pelos princípios balizadores de tal relação, mormente os princípios da autodeterminação ou autonomia da vontade do paciente, consentimento informado e o princípio que alicerça todo o nosso ordenamento jurídico, a Dignidade da Pessoa Humana.

No caso em evidência, notadamente não ocorre nenhum conflito entre direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo contrário, apenas o direito ao exercício de liberdade religiosa do paciente está sendo ameaçado pela comodidade terapêutica do médico.

A este respeito, observou o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Geraldo Augusto, em voto proferido no agravo nº 1.0701.07.191519-6/001, da relatoria do Desembargador Alberto Vilas Boas, proferido no dia 14/08/2007 e publicado no em 04/09/2007:

Acrescenta-se, também, que não se encontra em risco extremo de morte e que o tratamento a que se pretende seja ao agravante imposto, não se demonstra ser o único e exclusivo, havendo possibilidades concretas de procedimentos técnico-médicos alternativos, que não impliquem em transfusão de sangue. Finalmente, como bem observado no jurídico, preciso, minucioso e adequado voto do eminente Desembargador Relator, não se pode olvidar nessas circunstâncias, o valor da dignidade da pessoa humana, que envolve liberdade de consciência e de crença.²¹⁴

Nestes casos, não se pode chegar a outro destino, senão à primazia da garantia do Direito à Liberdade Religiosa do paciente, o que forçosamente obriga o profissional da medicina a se conformar ao alvitre do ser humano sob seus cuidados.

A este respeito, é as opiniões de Gustavo Tepedino, Maria, Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa:

Não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais.²¹⁵

Ainda segundo Maria Helena Diniz, o Conselho Federal de Medicina prescreve que, não havendo risco de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou dos seus responsáveis²¹⁶.

3.3 Testemunha de Jeová Maior, Capaz, Consciente Sob Risco de Morte

Embora a análise do conflito entre o interesse do médico e o direito de autodeterminação do paciente, na forma acima analisada, seja de relativa facilidade, já que não apresenta conflito direto entre Direitos Fundamentais, haverá ocasiões em que o conflito entre o querer do médico e o Direito Fundamental do paciente se autodeterminar apresentará contornos beligerantes, posto que colocar-se-ão em rota de colisão dois Direitos Fundamentais de muito valor para o ser humano, a saber, o Direito à Vida e o Direito à Liberdade, com sua vertente liberdade religiosa.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n°. 1.0701.07.191519-6/001, Rel. Ds. Alberto Vilas Boas, 1ª Câmara Cível, julgado em 14.08.07, publicado em 04.09.07. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

²¹⁵ TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007, pág. 41-42. No mesmo diapasão analisando o caso da recusa a tratamento médico por parte das Testemunhas de Jeová, SÁ, Maria de Fátima Freire e TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado, Responsabilidade médica e objeção de Consciência. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 21, jan./mar., 2005, p. 133.

²¹⁶ DINIZ, 2006. p. 276-277.

A solução para estes conflitos passa obrigatoriamente pela análise da teoria sobre os Direitos Fundamentais, em especial os direitos da personalidade, e pelos princípios balizadores da relação médico-paciente, apresentados nos capítulos anteriores, respaldados na legislação vigente.

Atualmente, não há consenso sobre o assunto, sendo as opiniões divergentes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, visto que, como anteriormente mencionado, o caso em questão coloca em frontal concorrência Direitos Fundamentais de extrema importância, protegidos pela Constituição Brasileira, quais sejam, Direito à vida (artigo 5º, *caput*) versus direito à liberdade e à liberdade religiosa (artigo 5º, *caput*, incisos II e VI).

Parte da jurisprudência nacional vem decidindo que, havendo risco de morte para o paciente, o médico está autorizado a impor a transfusão de sangue, conforme orienta o Código de Ética Médica em seu artigo 31²¹⁷, sob o argumento de que o direito à vida é superior ao direito de liberdade religiosa, sendo aquele direito maior e anterior a todos os outros e que, portanto, deve prevalecer²¹⁸.

Também parte da doutrina nacional defender a tese de que em casos de perigo de vida, deve o médico proceder à transfusão de sangue, mesmo sem o consentimento do paciente, como se conclui do trecho abaixo:

A tendência é que a transfusão somente seja feita nesses casos quando a pessoa não possa expressar sua vontade, ou quando houver iminente risco de morte de paciente. No caso de paciente que possa expressar de maneira livre e consciente a sua

²¹⁷ É vedado ao médico: Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

²¹⁸ EMENTA: CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. o judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (ART. 146, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Rel. Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 19 de out. de 2015).

vontade, entende-se que se ver respeitar a sua convicção religiosa, e seguir a sua determinação, mesmo que isto lhe seja prejudicial – mas não mortal.²¹⁹

Soriano também apontou para a existência da corrente que defende a preponderância da vida sobre a liberdade:

Há quem sustente que o direito à vida é preponderante. Para estes, a vida é protegida, em prejuízo da liberdade religiosa, e a transfusão de sangue deve ser realizada, autorizada ou reconhecida. Essa solução é amparada pela idéia de que os direitos ou valores Constitucionais obedecem a uma rígida e formal ordem hierárquica, tal, tal como aparece na cabeça do art. 5º da CF/88. A vida repita-se, sob este prisma é o bem jurídico preponderante.²²⁰

Respeita-se o posicionamento adotado por parte da doutrina e da jurisprudência, visto que todo e qualquer ser humano sabe muito bem o valor do direito sagrado de viver, direito este que nem sempre foi respeitado por Estados, e até hoje, de alguma forma, é desrespeitado. Basta ver a situação notória da saúde, onde pessoas são alijadas de atendimento e tratamentos vitais para a sua sobrevivência, ou até mesmo imaginar o tratamento de saúde que é dispensado aos presos de nosso sistema carcerário. É suficiente assistir aos noticiários.

Malgrado o pertinente reconhecimento que é dado ao direito à vida pela doutrina e jurisprudência, que o reconhecem como o maior de todos os direitos fundamentais, a solução do mencionado problema não se estriba apenas na supremacia do direito à vida como o maior bem, devendo passar por uma análise mais acurada.

Há que se salientar que outros já defenderam a soberania do direito à liberdade sobre o direito à vida, a exemplo dos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Se cabe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, esta, pela importância dos valores que tutelam, a liberdade é o primeiro dentre todos. Com efeito, de quanto vale a vida, a segurança, a igualdade, a propriedade, sem a liberdade? Talvez esta colocação peque por estar vinculada a uma cultura, ou eivada de subjetivismo, mas é a cultura Greco-romana cristã, a que o Brasil incontestavelmente pertence.²²¹

Todavia, como apresentado no capítulo referente aos Direitos Fundamentais, hodiernamente doutrina nacional ou estrangeira, majoritariamente entende que não há hierarquia entre Direitos Fundamentais, mas sim uma equivalência de valores entre estes.

Sobre a inexistência de hierarquia entre Direitos Fundamentais, já se manifestou Luísa Neto: “A dignidade está na base de todos os direitos e é uma unidade de sentido

²¹⁹ GOMES, Daniela Vasconcellos. O princípio da dignidade da pessoa Humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos. *Revista de Direito Privado*, ano 06, n.º. 209, jan-mar, 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 85.

²²⁰ SORIANO, 2002. p. 120.

²²¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. Parecer. São Paulo, 1994. p. 20.

axiológico, cultural e jurídica. A ordem constitucional dos direitos fundamentais é, pois, uma ordem pluralista e aberta e por isso não hierárquica.”²²²

No mesmo sentido, opinaram Gustavo Tepedino, Maria, Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa:

Não há, pois, segundo tal construção, que se falar em eventual supremacia de um determinado princípio – como se costuma associar a uma suposta superioridade do direito à vida, a bem da verdade situado no mesmo patamar hierárquico que os demais.²²³

Importante o reconhecimento pela doutrina moderna a respeito da equivalência entre os Direitos Fundamentais, pois, como evidenciado, tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade, neste se incluindo o direito à liberdade religiosa, são Direitos Fundamentais e, portanto, têm as mesmas características.

Portanto, a análise em caso de conflitos entre o Direito Fundamental de viver e o Direito Fundamental de liberdade, não pode ser dirimida com a simples afirmação de que o Direito Fundamental de viver é superior a todos os outros Direitos Fundamentais.

Nesta esteira de pensamento, Helena Melo e Rui Nunes emitiram a seguinte opinião, levando em conta o sistema constitucional português, que, tal qual o brasileiro, não estabelece ordem hierárquica entre os direitos fundamentais:

Não estabelecendo a nossa ordem jurídico-constitucional uma hierarquia entre os direitos protegidos, também não nos parece que os conflitos eventualmente existentes entre os bens jurídicos vida e integridade pessoal, por um lado, e liberdade e autonomia, por outro, se possam solucionar sempre a favor da vida.²²⁴

Ainda como pode ser observado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito à Vida não é o bem maior a ser protegido, basta observar o seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”. O mencionado dispositivo abre uma possibilidade para a aplicação de pena de morte em casos de guerra. Curioso que o mencionado dispositivo, dentre as penas que não serão permitidas, abre exceção somente no caso da pena de morte.

Observando a possibilidade de pena de morte, pronunciou-se José Afonso da Silva:

É da tradição do Direito Constitucional Brasileiro vedá-la, admitida somente no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante

²²²NETO, Luisa. *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (A relevância da Vontade na Configuração de Seu Regime. Teses e Monografias*, v. 5, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 138.

²²³TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2007. p. 42.

²²⁴MELO, Helena e NUNES, Rui. *Parecer n.º P/05/APB/06 – Sobre Directivas Antecipadas de Vontade*. Associação Portuguesa de Bioética, aprovado pela Assembleia-Geral da Associação Portuguesa de Bioética em 5 de maio de 2006, p.12. Disponível em: <http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1148471346directivas_medicas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial.²²⁵

A legislação infraconstitucional demonstra também a fragilidade do direito à vida em favor de outros direitos. A possibilidade de aborto humanitário ou piedoso, em caso de estupro, assegurada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 128, inciso II, é um bom exemplo.

Nesta modalidade de aborto, o bem maior que está sendo resguardado é a dignidade da mulher estuprada, como bem salientou Nucci: “Aborto humanitário ou piedoso: em nome da dignidade da pessoa humana no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto. São dois valores fundamentais, mas é melhor preservar aquela que já existe.”²²⁶

Os nossos tribunais têm se manifestado no mesmo sentido:

EMENTA: ABORTO SENTIMENTAL. CONFLITO QUE SE ESTABELECE ENTRE OS VALORES VIDA (DO FETO) E DIGNIDADE HUMANA (DA GESTANTE). ADOLESCENTE COM SEVERAS DEFICIÊNCIAS MENTAIS QUE SE VIU SUBMETIDA A RELAÇÕES SEXUAIS COM O PRÓPRIO TIO E PADRASTO, QUE DETINHA SUA GUARDA FORMAL, DO QUE RESULTOU A GRAVIDEZ. REVOGAÇÃO DA GUARDA QUE CONFERIU AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA FALTA DE REPRESENTANTE LEGAL, LEGITIMIDADE PARA ATUAR EM SEU NOME. O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência. Recurso provido.²²⁷

²²⁵ SILVA, 1998. p. 205.

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 427.

²²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70018163246, Câmara Medidas Urgentes Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel.: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 03/01/2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2015.

O mesmo entendimento pode ser visto no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao tratar caso de aborto eugênico, quando menciona a possibilidade de interrupção da gravidez, mesmo em casos de fetos saudáveis, com fins no artigo 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA.

1. A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Consoante entendimento desta Corte, é admitida a impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de liminar em outro writ quando presente flagrante ilegalidade. 3. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada.²²⁸

Não está se dizendo com isto que a vida seja um direito de menor valor do que outros Direitos Fundamentais; o que está se demonstrando é tão somente a não superioridade do direito de viver, sobre os outros Direitos Fundamentais, ou seja, o Direito à Vida não é absoluto.

A proteção do direito à vida é de grande relevância, visto que permite ao seu detentor exigir, dentro do seu exercício regular, que outros os respeitem, inclusive o Estado, que tem o dever constitucional de prover meios para que os seus súditos o exercitem dignamente, ainda que outrora fora abertamente agressor do direito à vida, bastando ter em mente os tempos de ditadura militar na América do Sul.

Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos apresenta o Direito à Vida como eminentemente voltado para a defesa do cidadão contra o Estado e contra terceiros:

O direito à vida é essencialmente um direito contra o Estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito. Isto significa que o

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 56.572/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 15/05/2006 p. 273. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 out. 2015.

Estado há de prover a necessária e adequada segurança pública, que impeça inclusive os demais particulares de desrespeitarem este sagrado direito.

O direito à vida, contudo, não se esgota neste “direito contra o Estado” pela continuidade da vida. Significa, ainda, como assinala a doutrina mais moderna, que o indivíduo possa encontrar meios de prover a si mesmo e, quando não for capaz de fazê-lo, que o indivíduo possa contar com o apoio do Estado, que deve prover aquele mínimo necessário para assegurar as condições básicas na preservação da vida. Assim, o Estado há de fornecer, àqueles que se mostrem incapazes de prover o seu próprio sustento, condições de saúde, higiene, transporte, alimentação e educação²²⁹.

Levando-se em conta tais aspectos de nossa legislação e os ensinamentos doutrinários modernos, é latente a não hierarquia entre os direitos fundamentais. Como bem observaram Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa, com auxílio dos ensinamentos de Daniel Sarmento, após opinarem pela não supremacia do Direito à Vida sobre os demais direitos fundamentais, no sentido de supremacia apenas da dignidade da pessoa humana. É a lição:

Sobrepujança numa eventual colisão de princípios há, admita-se, quando se aborda a dignidade da pessoa humana, mas isto porque este princípio “condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente”, devendo toda e qualquer ponderação de interesses orientar-se no sentido de sua proteção e promoção.²³⁰

Destarte, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao proteger os direitos elencados em seu artigo 5º, está se comprometendo a propiciar que o ser humano os possa desfrutar de forma digna, portanto, o que protege não é somente o ato de respirar, ou ser livre, mas sim de o ser e exercer com dignidade nos termos de seu artigo 1º, inciso III.

Nesta esteira de pensamento, o valor maior a ser protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é indubitavelmente a Dignidade do Ser Humano²³¹, o que se dá por um exercício consciente, livre e desembaraçado dos Direitos Fundamentais, especialmente os descritos no artigo 5º.

Destarte, todo e qualquer conflito bioético deverá ser dirimido à luz da dignidade da pessoa humana, como bem se expressou Daniela Vasconcelos Gomes:

Assim, em qualquer reflexão bioética há de ser considerado princípio da dignidade da pessoa humana, como elemento fundamental e inafastável. Tal princípio constitucional, fundamento de todo o ordenamento jurídico pátrio, não pode permanecer, como muitas vezes ocorre, no simples campo teórico. Somente com a

²²⁹ BASTOS, 2001. p. 495.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. 2007. p. 42.

²³¹ No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 impôs a todo o ordenamento pátrio a proteção plena da pessoa Humana, ao elevar a dignidade da pessoa humana, ao *status* de valor constitucional e de fundamento da república. GOMES, Daniela Vasconcellos. 2006. p. 88.

sua efetividade é que conflitos bioéticos – e conflitos de quaisquer outras espécies – poderão ser resolvidos de maneira satisfatória e justa.²³²

Assim, a recusa à transfusão de sangue deve ser encarada sob o enfoque das consequências psicológicas e emocionais, não só físicas, que pode acarretar ao paciente Testemunha de Jeová, isto porque, ao ser compelido a receber o sangue, tal pessoa pode sofrer um abalo psicológico de tamanha monta que poderá ver no fato de estar vivo um fardo torturante que torna a dádiva de viver uma tortura perpétua, que afronta e o espanca a sua dignidade.

Este fardo lançado sobre o paciente Testemunha de Jeová que se recusa a receber tratamento médico é reconhecido pela doutrina que trata o tema. Sobre este fato, escreveu Manoel Jorge e Silva Neto:

Todavia, é necessário examinar também que, na hipótese de consumada a transfusão à revelia da família ou mesmo do paciente – isso na normalidade de seu estado mental –, prevalecendo-se absolutamente a necessidade da transfusão para a continuidade do processo vital, o afastamento de preceito tão arraigado à individualidade e à crença da pessoa poderia mesmo se converter em gravame tão considerável que a própria existência se tornaria, para ela, de fato, absolutamente insuportável após o recebimento de sangue de outro indivíduo, ou seja, se traduziria, para o crente, em vida sem dignidade.²³³

No mesmo sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira defendem que:

Vale dizer que a vida do paciente, após a cirurgia, pode tornar-se inviável em razão da contrariedade sofrida e do desrespeito à sua opção, dentro dos parâmetros axiológicos que elegeram para si. Portanto deve o médico cientificá-lo das consequências que esta atitude pode causar à sua vida e respeitar sua decisão.²³⁴

Destarte, não se pode negligenciar a agressão à dignidade do paciente, causada pela imposição de transfusão de sangue quando este a recusou por motivo de consciência religiosa.

Ademais, como notado em capítulos anteriores, o direito de autodeterminação, oriundo do direito à liberdade, manifestado em sua vertente da liberdade religiosa, por se tratar de um Direito da Personalidade, tem um cunho personalíssimo, o que faz com que somente o seu titular tenha nas mãos o poder de escolher sobre a sua defesa.

Assim sendo, como o direito à vida e o direito à liberdade (liberdade religiosa) são hierarquicamente equivalentes, têm as mesmas características e são ambos personalíssimos,

²³² GOMES, Daniela Vasconcellos. O Princípio da Dignidade Humana e a Ponderação de Princípios em conflitos Bioéticos. *Revista de Direito Privado*. V. 29 p. 78-91. Jan-mar 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

²³³ SILVA NETO, 2008. p.115.

²³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 21, jan./mar., 2005, p. 132.

não se pode furtar de seu titular o direito de, em uníssono com suas leis internas, decidir qual deles deseja privilegiar.

Sobre a natureza personalíssima do consentimento para tratamento médico, lecionou Nunes:

Em se tratando de consentimento informado na bioética, a manifestação do paciente tem como objeto o direito a integridade física e moral, à saúde e a vida. Esses direitos são direitos da personalidade, uma das espécies de direitos fundamentais. Sendo direitos de natureza personalíssima, somente o titular pode manifestar-se sobre o assunto.²³⁵

Não se pode negar, portanto, que o paciente é o titular dos Direitos Fundamentais conflitantes em questão, de modo que somente ele é o detentor do poder de decidir qual dos dois Direitos Fundamentais lhe é mais valioso, além do que, não há em nossa Constituição da República ou em nosso ordenamento infraconstitucional, nenhum comando que imponha ao paciente Testemunha de Jeová a obrigação de se submeter à transfusão sanguínea.

Neste sentido comentam Sá e Teixeira:

A Constituição da República assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros. Ter uma convicção religiosa como esclarecida ou obscurantista pode interessar a cada um para seu foro interno. Do ponto-de-vista que se deve à prática do credo, não tem qualquer relevância. É só na colisão com outros direitos, entre os quais não se inclui a opinião alheia, que a liberdade religiosa pode experimentar limitação. Ora, nada há de contrário à ordem constitucional brasileira em que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão de sangue. Médicos e juízes que o impõem contra a vontade do paciente estão se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui o bem supremo.²³⁶

Trilhando o mesmo caminho, observou Soriano:

Impende lembrar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, conforme preceitua a Carta Magna. Sob essa óptica, há que se ponderar que ninguém é questionado por não se submeter a um tratamento de quimioterapia, ou de radioterapia, prescrito como forma de se combater uma neoplasia maligna, por exemplo. É cediço que a escolha do tratamento depende do paciente. É evidente a inexistência de lei que obrigue alguém a fazer esse ou aquele tratamento, incluindo, também, a transfusão de sangue.²³⁷

Atualmente, novas vozes se levantam em nosso judiciário, no sentido de privilegiar a escolha consciente do paciente Testemunha de Jeová que se recusa à transfusão de sangue, mesmo sob o risco de morte.

²³⁵ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Consentimento Informado na Relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 29, jan-mar, 2007, p. 105.

²³⁶ SÁ; TEIXEIRA, 2005, 132-133.

²³⁷ SORIANO, 2002, p. 121-122.

Serve como exemplo a decisão em liminar proferida pela Juíza Luciana Laurenti Gheller, da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, em cautelar inominada, cujo processo recebeu o nº. 2009.35.00.003277-7, da qual destacamos o seguinte trecho:

No caso em apreço verifico que o paciente é maior e não há nada nos autos a indicar que não esteja em pleno uso de suas faculdades mentais. Assim, detendo o paciente a capacidade civil e estando consciente das implicações e da gravidade da situação, entendo que a recusa em submeter-se à transfusão sanguínea em face de suas crenças religiosas é um direito que lhe assiste, ainda que haja risco de morte. Isso porque a liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, alcançando também a possibilidade do indivíduo adepto à determinada religião orientar-se segundo as posições por ela estabelecidas. (...) Desse modo, levando em consideração a situação dos autos, onde o paciente é detentor de capacidade civil e está no perfeito uso de suas faculdades mentais, entendo que sua recusa em submeter-se a tratamento que fere suas convicções religiosas deve ser respeitada.²³⁸

Não podemos nos olvidar de que a transfusão de sangue se assemelha, se não for igual, a um transplante de órgãos, e atualmente o artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, com redação dada pela Lei nº 10.211/2001, dispõe que o transplante ou enxerto só será feito com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Ora, o que é a transfusão de sangue, senão um transplante ou enxerto? Neste diapasão, a transfusão de sangue necessita essencialmente da autorização do receptor.

Esta situação foi observada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no voto proferido no agravo nº 1.0701.07.191519-6/001, pelo Desembargador Alberto Vilas Boas, proferido no dia 14/08/2007, e publicado em 04/09/2007, ao decidir pelo direito de autodeterminação do paciente em não receber sangue:

Outrossim, é importante enfatizar que o art. 10 da Lei nº 9.434/97 - que disciplina os transplantes de órgãos - somente autoriza intervenção desta natureza com o consentimento expresso do receptor inscrito em lista de espera e que tenha a necessária percepção dos riscos e excepcionalidade do tratamento.

Há ainda em última análise a possibilidade de o médico renunciar ao tratamento e repassar o paciente para um outro profissional que aceite proceder o tratamento da forma desejada pelo ser humano sob seus cuidados, nos termos do artigo 36 § 1º do Código de Ética Médica²³⁹.

²³⁸ BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado de Goiás. Cautelar Inominada nº. 2009.35.00.003277-7, 4ª Vara, Juíza Luciana Laurenti Gheller, decisão em 18 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.go.trf1.gov.br>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²³⁹ É vedado ao médico: Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados. § 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

Segundo Maria Tereza Rodrigues Vieira²⁴⁰, a Sociedade Brasileira de Hemoterapia e Hematologia debateu o problema e organizou um documento (14.12.1974), sugerindo que em se tratando de adulto consciente, devem ser respeitadas as suas convicções religiosas.

Assim, não há motivos para o profissional da medicina impor ao paciente a sua escala de valores e proceder à transfusão de sangue.

Ademais, deve ser observado que o paciente Testemunha de Jeová, ao procurar tratamento médico, expõe o seu posicionamento ao médico com a boa-fé de que sua posição religiosa será respeitada, podendo o médico renunciar ao mencionado tratamento, caso não concorde com o mesmo, como acima mencionado. Aceitando o médico o tratamento, nos termos do paciente Testemunha de Jeová, estaria o profissional quebrando a confiança nele depositada pelo paciente, caso procedesse à transfusão de sangue, agindo em desacordo com a boa-fé²⁴¹.

Além do mais, como mencionado acima e reconhecido pela doutrina, a aplicação de sangue em uma Testemunha de Jeová trará para a mesma uma dor psicológica de proporções indescritíveis, capaz de transformar a sua vida em uma tortura, um fardo de peso inestimável, o que transforma a prática da transfusão de sangue em um tratamento desumano ao paciente. Portanto, o médico que transfunde sangue em uma Testemunha de Jeová, contra a vontade desta, está a submetendo a prática degradante e desumana²⁴², em desacordo com artigo 25 do Código de Ética Médica²⁴³ e artigo 5º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, o médico diante da recusa de um paciente Testemunha de Jeová, maior e capaz, consciente, sob risco de morte ou não, deverá, após esgotadas todas as alternativas de

²⁴⁰ VIEIRA, Maria Tereza. *Bioética e Direito*. 2 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. p. 50. No mesmo sentido sobre a orientação da Sociedade Brasileira de Hemoterapia e Hematologia GELAIN, Ivo, 1998. p. 75 e 76.

²⁴¹ Conforme André Gonçalo Dias Pereira: A jurisprudência Belga também considera que ao médico que incube a prova da informação dada ao paciente. Neste sentido, a decisão do tribunal de Liège, de 30 de Abril de 1998, é bastante expressiva na sua fundamentação: “a obrigação do médico de obter o consentimento livre e esclarecido do paciente explica-se pela necessidade de um exercício efectivo por parte da paciente do seu direito de livre disposição do seu próprio corpo, pela boa fé que deve caracterizar o desenvolvimento da relação terapêutica e pelo dever de acompanhamento que assume o médico face à sua cliente.” PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, 9, Faculdade de Direito de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 197-198.

²⁴² Ora, submeter alguém a uma transfusão de sangue mediante emprego de força significa fazê-la objeto de tratos desumanos e degradantes. SÁ, Maria de Fátima Freire e TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado, 2005. p. 132-133.

²⁴³ É vedado ao médico: Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

tratamento sem sangue²⁴⁴, submeter-se ao veredicto do mesmo, em respeito à autonomia privada deste e se abster de efetuar a transfusão sanguínea, visto que esta avilta frontalmente a dignidade do paciente.

Assim, procedendo de acordo com a consciência do paciente Testemunha de Jeová, o médico estará agindo em consonância com a direção apontada pela Constituição²⁴⁵ da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

3.4 Paciente Testemunha de Jeová Maior, Capaz, Inconsciente sob Risco de Morte

A prática da medicina ainda não se livrou em definitivo da visão antiquada sobre princípio da beneficência, posto que os profissionais da medicina tendem a enxergar o paciente como um objeto ou um ser irracional incapaz de se autodeterminar.

Desta forma, parte dos profissionais de medicina tende a alegar que o paciente Testemunha de Jeová que se encontra em estado de inconsciência, não tem condições de se expressar e, por consequência, não têm o poder de autodeterminação, o que legitimaria o médico a fazer uma transfusão de sangue no paciente Testemunha de Jeová, mesmo contra a vontade deste, caso o mesmo estivesse correndo risco de morrer.

Este pensamento tem recebido o apoio de parte da doutrina jurídica, como se nota dos dizeres de Novelino:

²⁴⁴ Neste sentido o parecer do CREMERJ n.º. 25/94: PARECER: Face às frequentes recusas de pacientes, sob alegações de qualquer natureza, de se submeterem a transfusões de sangue e/ou seus derivados, e em virtude de existir apenas um Parecer do Conselho Federal de Medicina, datado de 1980, portanto anterior à Constituição Federal e ao Código de Ética Médica - ambos de 1988 - e defasado em relação ao progresso técnico-científico da Medicina, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro constituiu o GRUPO DE TRABALHO DE TRATAMENTO MÉDICO SEM TRANSFUSÃO DE SANGUE e, através de ampla discussão, emite o seguinte Parecer: O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá proceder a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance, visando respeitar o direito do paciente, ou, sentindo-se impossibilitado de prosseguir o tratamento, na forma desejada pelo paciente, poderá, nos termos do Parágrafo Primeiro, do artigo 61, do Código de Ética Médica, renunciar ao atendimento. Na segunda hipótese, o médico comunicará o fato ao paciente, ou a seu responsável legal, certificando-se do seu encaminhamento a outro profissional e assegurando, ainda, o fornecimento de todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

Há de se ressaltar, na oportunidade, que a responsabilidade ético-profissional do médico somente cessará quando do recebimento do paciente pelo médico substituto, devendo, até então, fazer uso de todos os demais recursos, clínicos e/ou cirúrgicos, para a manutenção do paciente. (Parecer n.º. 25/94, Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ . Aprovado em Sessão Plenária de 16/12/94. Conselheiros Rui Haddad, Maria Izabel Dias Miorim, Paulo Cesar Geraldês, José Carlos de Menezes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/CRMJR/pareceres/1994/25_1994.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

²⁴⁵ Conforme mencionado por José Carlos Buzanello : No campo jurídico: a recusa esclarecida da transfusão tem um crescente reconhecimento de tais direitos, quando o paciente for adulto, legalmente capaz e consciente. A Jurisprudência firmada pela “Corte Suprema de Justiça” da Argentina decidiu que “no resultaria constitucionalmente justificada uma resolución judicial que autorizara a someter uma persona adulta a um tratamento sanitario em contra de su voluntad , cuando La decisión del individuo hubiera sido dada com pleno discernimento. BUZANELLO. José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 386.

Em se tratando de paciente inconsciente ou incapaz, a manifestação de vontade não poderia ser suprida pela dos pais, familiares ou responsáveis. Caso haja iminente perigo de morte, a transfusão deverá ser feita, sob pena de responsabilização tanto dos médicos, quanto dos familiares ou responsáveis.²⁴⁶

Da mesma opinião é Manoel Jorge Silva Neto:

Consequentemente, sabendo-se que o paciente em fase terminal por ausência de transfusão de sangue não se encontra em sua plenitude de consciência, não podendo, logo, desta forma, exercer conscientemente a liberdade religiosa, nada obsta que a transfusão possa ser realizada pelo estabelecimento hospitalar, ainda que venha a obter tal autorização diretamente do Poder Judiciário.²⁴⁷

Este entendimento doutrinário carrega em seu âmago uma falsa impressão de que o paciente que se encontra em estado de inconsciência perdeu o direito de se autodeterminar, incorrendo assim em grave agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, maior valor de nosso ordenamento jurídico, como já visto alhures.

Notadamente, a dignidade da pessoa humana deslocou o centro do nosso ordenamento jurídico para o ser humano, que é ser livre, dotado de autonomia e, como ser autônomo, deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um objeto a ser trabalhado ou gerido pelo médico ou quem quer que seja.

Assim, parte da doutrina nacional e estrangeira tem entendido que ao paciente maior, capaz, mas que se encontra inconsciente e em risco de morte, não é subtraído o direito de autodeterminação, o que lhe confere o direito de ter a sua recusa a tratamento médico respeitada.

Neste sentido, André Gonçalo Dias Pereira, ao analisar o fator urgência no ordenamento português, comenta:

(...) a vontade do sujeito não desaparece totalmente, pelo simples facto de não poder, no momento, dar o seu consentimento. Assim como resulta da parte final do art. 156º, nº.2, CP, se se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado, então o médico deve – em nome da autonomia do paciente – abster-se de intervir.²⁴⁸

Tamanha é a importância da abstenção de sangue para as Testemunhas de Jeová, que as mesmas portam consigo um documento de diretrizes médicas, no qual informam de sua recusa irrevogável em receber transfusão de sangue e hemoderivados, bem como tratamentos alternativos e que aceitam e isentam os médicos que porventura venham a atendê-las de qualquer responsabilidade por tal decisão.

²⁴⁶ NOVELINO, 2009, p. 422.

²⁴⁷ SILVA NETO, 2008, p.116.

²⁴⁸ PEREIRA, 2004. p. 563.

Este documento vem sendo questionado por parte da doutrina, sob o argumento de que o mesmo não é prova inequívoca da recusa da Testemunha de Jeová em receber transfusões de sangue e hemoderivados, além de não comprovar a atualidade da posição inequívoca da Testemunha de Jeová no caso concreto em recusar o mencionado tratamento com sangue.

Helena Melo e Ruy Nunes, embora reconheçam a validade do documento em análise, apontam a existência de corrente doutrinária contrária à validade do *living will*, seguindo o entendimento de Cortés:

A generalidade dos Autores que se têm pronunciado na matéria no nosso país responde afirmativamente a esta questão, defendendo que o regime privilegiado do consentimento presumido constante do número dois do artigo 156º opera como via de legitimação de uma transfusão sanguínea urgente para salvaguardar a vida de uma Testemunha de Jeová. O principal argumento que invocam é o de que a ausência de consentimento (o dissentimento) não é actual e logo, não eficaz.²⁴⁹

Em desaprovação à recusa antecipada, posicionou-se Novelino:

A manifestação de vontade antecipada, por escrito, de paciente que esteja inconsciente no momento da transfusão, recusando-se a este tipo de tratamento, ainda que presentes os requisitos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), não será suficiente para afastar a prática da transfusão.²⁵⁰

Ocorre que estes posicionamentos, como todos os outros que castram ao paciente inconsciente o direito de autodeterminação, alijam o paciente Testemunha de Jeová do direito fundamentador de nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana.

Embora de pouca visibilidade no Brasil, os documentos de diretrizes antecipadas de vontade²⁵¹ para tratamentos médicos são frequentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros. É o caso dos Estados Unidos da América, onde figuram o *living will* e o *durable power of attorney for health care*. Tais documentos não servem apenas ao propósito das Testemunhas de Jeová, sendo utilizados também por pessoas de credos diferentes para deixarem expresso a que tipo de tratamento médico desejam ou não se submeter em caso de doenças que lhes impeçam futuramente de expressar a sua vontade.

²⁴⁹ MELO; NUNES, 2009. p. 8.

²⁵⁰ NOVELINO, 2009, p. 422-423.

²⁵¹ As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são produto do direito estadunidense. Surgiram no final da década de sessenta e foram positivadas pela lei federal denominada *Patient Self Determination Act* de 1991. Esta lei institui, na segunda seção, as diretivas antecipadas como gênero de documentos de manifestação de vontade para tratamento médicos, do qual são espécie o *living will* e o *durable power of attorney for health care*. DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. *Revista eletrônica de direito Civil*. v.4, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/>>. Acesso em: 24 out. 2015.

A doutrina portuguesa denomina tais documentos como “directivas antecipadas”²⁵², testamentos de vida ou desejos previa expressos” (Revista eletrônica lexical Coimbra) e os define como:

A Directiva antecipada é um documento escrito por uma pessoa maior e capaz, que contém directivas a respeito dos tratamentos que ele considera admissíveis ou que rejeita, e/ou a nomeação de um “procurador de cuidados de saúde”, que tomará as decisões por conta do doente, tendo em vista as eventuais situações de incapacidade.²⁵³

A doutrina estrangeira tem sugerido alguns requisitos para a validade do documento de diretrizes antecipadas para tratamento médico; neste sentido se manifestaram Oliveira e Pereira:

Na legislação estrangeira costuma exigir-se: Que o autor tenha capacidade no momento em que elabora as directivas antecipadas; Que estas directivas sejam reduzidas a escrito; por vezes exige-se a presença de testemunhas, noutras vezes que o documento seja lavrado perante Notário; Que tenham uma relativa actualidade. Algumas leis confirmam a validade das directivas a um prazo.²⁵⁴

Parte da doutrina nacional vem se posicionando no sentido da legitimidade e legalidade do documento de diretrizes antecipadas de tratamento médico como se extrai dos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos:

O documento é tão lícito quanto legítimo. E o médico, ao se deparar com ele, deve respeitar a vontade ali contida, que é a de não receber sangue e, conseqüentemente, de o paciente ser submetido a um tratamento alternativo, mesmo em se tratando de menores²⁵⁵. (...) E segue: Em termos de manifestação de vontade, há que se atentar apenas para os requisitos de sua validade, ou seja, agente capaz, objeto não proibido pelo direito de forma prescrita em lei. No caso do presente, cumpre acentuar que não se trata de objeto proibido pelo Direito, antes sendo decorrência direta do princípio da liberdade²⁵⁶.

No mesmo sentido assevera Nunes:

Para a eficácia e validade deste testamento será necessário que, no momento de sua elaboração, o paciente esteja lúcido e capaz de discernir, para exteriorizar a sua vontade. Poder-se-á adotar aqui, os requisitos exigidos para o testamento tradicional.²⁵⁷

O posicionamento que respeita o direito do paciente inconsciente, portador de documento de diretrizes antecipadas de tratamento médico, está em uníssono com o disposto

²⁵² OLIVEIRA, Guilherme de, e PEREIRA, André Dias. Consentimento Informado. *Livro prático sobre Consentimento Informado*. Disponível em: <<http://www.lexmedicinae.org/por/ConsInfLivroPratico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁵³ OLIVEIRA; PEREIRA, Disponível em: <<http://www.lexmedicinae.org/por/ConsInfLivroPratico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁵⁴ OLIVEIRA; PEREIRA, Disponível em: <<http://www.lexmedicinae.org/por/ConsInfLivroPratico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁵⁵ BASTOS, 2001. p. 505.

²⁵⁶ BASTOS, 2001. p. 506.

²⁵⁷ NUNES, 2007, p. 109.

no artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, visto que este assenta: “A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”²⁵⁸.

Segundo parte da doutrina portuguesa, a não observância do documento de diretrizes antecipadas para tratamento de saúde viola o direito à autodeterminação do paciente, bem como a integridade física e moral do mesmo. É o que se colhe da lição de Guilherme de Oliveira e André Dias Pereira: “As directivas antecipadas não podem ser ignoradas, sob pena do médico violar o seu direito à autodeterminação e a integridade física e moral do paciente, já que a lei vigente determina que elas sejam “tomadas em consideração.”²⁵⁹

Não se pode olvidar que o médico deve agir no sentido do melhor interesse do ser humano que está sob seus cuidados, o que implica em respeitar os seus valores e vontades presumíveis, como bem ensinou André Gonçalo Dias Pereira:

Hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades, pelo que, de algum modo, se desenha um “critério sincrético”, que combina os dois últimos referidos.²⁶⁰

Destarte, o simples fato de o paciente se antecipar a uma possível situação futura e se precaver no sentido de resguardar seus valores religiosos, por meio de um documento de diretrizes antecipatórias para tratamentos médicos, demonstra a sua vontade inequívoca de não se submeter à transfusão de sangue, *data venia*, aos entendimentos que pregam a incerteza do mencionado documento.

Não parece correto que tais documentos não sejam atuais ou inequívocos apenas porque o paciente não pode no momento em que está sendo atendido exarar a sua vontade. Os documentos em mira se prestam apenas para este papel, pois, enquanto consciente, o paciente não necessita de nada, além de sua voz, gestos ou papel e caneta para se comunicar com o médico e se recusar a receber a transfusão sanguínea. Além do que, em geral as Testemunhas de Jeová carregam consigo estes documentos e alguns até mesmo fazem mais de uma cópia destes para colocarem em lugar visível nos seus automóveis; tudo isto no sentido de se prevenirem e fazer valer os seus valores. Mais lógico é entender que nos casos de pacientes

²⁵⁸BRASIL. Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias. Consentimento Informado. *Livro prático sobre Consentimento Informado*. Disponível em: <<http://www.lexmedicinae.org/por/ConsInfLivroPratico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁶⁰ PEREIRA, 2004. p. 239.

Testemunhas de Jeová que portem os documentos de diretrizes antecipadas de tratamento médico, o ser humano que os porta tem a convicção inarredável de não se submeter a tratamento médico com sangue²⁶¹. Caso contrário, carregar consigo tais documentos não seria necessário ou de importância para uma Testemunha de Jeová? Qual o motivo de tanto zelo em antecipar sua vontade para as horas em que não puder se expressar? Não nos parece razoável pensar diferente.

Sobre a atualidade do consentimento e do dissentimento, asseverou Pereira:

(...) se é verdade que ambos são revogáveis a qualquer momento, não parece que devemos entender que o estado de inconsciência cria uma presunção no sentido de revogação da opinião anteriormente expressa.²⁶² (...) Daqui deriva que, de jure condito, o médico deverá, prima facie, respeitar as orientações do paciente ou do seu representante ad hoc. Deve-se, pois, acolher a autonomia precedente, visto que o paciente está numa situação de inconsciência.²⁶³

Deste modo, não se afigura plausível supor que em estado de inconsciência o paciente que carrega consigo um documento tão zelosamente elaborado tenha uma vontade diferente da constante no referido documento, o que impõe ao médico em última análise respeitá-lo.

Assim, Maria de Fátima de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira entendem que “o documento de identidade religiosa apresenta uma forma expressa de manifestação de vontade e merece ser respeitado”²⁶⁴.

As autoras acima mencionadas reforçam a posição de respeito ao documento de diretrizes antecipada para tratamento médico:

A segunda situação que vislumbramos é a de paciente maior, mas inconsciente. Aqui temos duas outras situações. Caso haja prova acerca da crença adotada pelo paciente, seja através de documento de identificação religioso, seja através de declaração firmada pela pessoa, registrada em cartório, ou declaração que tenha assinatura de duas testemunhas, onde rechaça qualquer tratamento que tenha por finalidade a transfusão sanguínea, não vemos outra alternativa senão privilegiar a sua vontade. Caso contrário, ou seja, inexistindo provas, o ato deve ser praticado.²⁶⁵

Sá e Teixeira ainda trazem a colação o artigo 50 do Decreto n.º. 1571 de 1993, da Colômbia, para reforçarem suas posições e exemplificar a existência de previsão de forma escrita como expressão da negativa à transfusão de sangue²⁶⁶.

²⁶¹ PEREIRA, 2004. p. 240.

²⁶² PEREIRA, 2004. p. 246.

²⁶³ PEREIRA, 2004. p. 251-252.

²⁶⁴ SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 131.

²⁶⁵ SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 133.

²⁶⁶ SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 133.

Destarte, em respeito à vontade expressa do paciente constante no documento de diretrizes antecipadas para tratamento médico, o profissional da medicina deverá respeitar a vontade do ser humano sob seus cuidados, sob pena de privá-lo de sua dignidade.

Todavia, pode ocorrer de que um paciente Testemunha de Jeová tenha por algum motivo se esquecido de carregar consigo o documento de diretrizes médicas. Neste caso, como o médico deve proceder, caso saiba da posição inquestionável do paciente em se submeter a transfusões sanguíneas por motivo de consciência religiosa?

Uma resposta direta e sem maiores reflexões poderia levar ao caminho trilhado pelo paternalismo, supondo a ausência de manifestação expressa, verbal ou escrita, pelo paciente, o que poderia levar o médico a se julgar no direito de, no dever de efetuar a transfusão no paciente Testemunha de Jeová, mesmo sabendo da inequívoca posição religiosa deste e de sua repulsa a tratamentos médicos, que utilizam sangue e hemoderivados, pois, como entendem Sá e Teixeira, “é imprescindível que a manifestação seja expressa e nunca presumida”.²⁶⁷

Todavia, diante da ciência do médico da vontade do paciente em nunca se submeter a tratamento médico com sangue, este pode se direcionar no sentido de agir no melhor interesse do paciente por “presumir” a sua recusa. Salienta-se que, neste caso, o médico sabe de forma inequívoca, por qualquer outro meio do posicionamento do paciente, o que pode ampará-lo no seu exercício médico.

Neste sentido, se manifestou Lydia Neves Bastos Telles Nunes, com base no item 3.7 da Declaração dos Direitos dos Pacientes:

Havendo representante legal, será ele o responsável pelo consentimento. Não havendo representante legal, uma orientação estabelecida pela Declaração dos Direitos do Pacientes, que no item 3.7 dispõe: “em todas as situações em que o paciente é capaz de dar o seu consentimento esclarecido ou em que nenhum representante legal foi designado pelo paciente para este efeito, devem tomar-se medidas apropriadas para a aplicação de um procedimento que permita que se alcance uma decisão de substituição de base do que se conhece e, na medida do possível, do que se poderia presumir-se dos desejos do paciente.”²⁶⁸

Ainda sobre a recusa presumida, podemos nos valer dos ensinamentos de Guy Durand:

Com um adulto com perda de consciência ou em estado de coma, deve-se verificar se ele exprimiu anteriormente sua vontade de modo explícito (por escrito ou oralmente). Em caso afirmativo, o respeito a essa vontade se impõe. Em caso negativo, pode-se, junto aos parentes, procurar determinar a vontade presumida do doente. Em última análise, pode-se ser levado a escolher o que parece ser seu melhor interesse, presumindo que essa é a sua vontade.²⁶⁹

²⁶⁷ SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 131.

²⁶⁸ NUNES, 2007, p. 106-107.

²⁶⁹ DURAND, 2007, p. 192.

Os entendimentos doutrinários acima mencionados, que abraçam a possibilidade de agir em consonância aos valores do paciente por uma presunção do tipo de tratamento que este aceitaria ou não, são condizentes com o valor maior perseguido por nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana, visto que o médico, sabendo quais são os valores religiosos do paciente e compreendendo que submetê-lo a uma transfusão sanguínea é o mesmo que submetê-lo a tratamento desumano e cruel, estará agindo no melhor interesse do paciente, posto que, como já dito por colacionada doutrina, “hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades”²⁷⁰.

Portanto, em coerência com o princípio da dignidade da pessoa humana, a natureza personalíssima dos direitos fundamentais e de sua equivalência de valores, estando o paciente Testemunha de Jeová em estado de inconsciência e correndo risco de morte, deverá o médico respeitar a vontade expressa daquele, através do documento de diretrizes antecipadas de tratamento médico, e o mesmo proceder deverá adotar o médico, caso tenha ciência por outros meios da inequívoca recusa a submeter-se a transfusão sanguínea por motivo religioso.

Este deve ser o proceder do médico, pois, do contrário, estará condenando o paciente Testemunha de Jeová a viver em desarmonia com os valores e princípios que elegeu para si próprio, tornando sua vida uma tortura e, por consequência, despida de dignidade.

3.5 Testemunha de Jeová Menor de Idade

Esta sem dúvida é a situação mais atormentadora no caso em apreço, uma vez que estão envolvidos interesses de menores de idade, pessoas que a princípio não têm o discernimento suficiente para decidir precisamente os valores morais que regerão suas vidas.

Como apontado por parte da doutrina, não se pode garantir que uma criança decidirá se tornar Testemunha de Jeová ou seguirá esta fé religiosa em sua idade adulta. Por este motivo, parte da doutrina²⁷¹ defende que em casos de crianças filhos de Testemunhas de Jeová, ao serem expostos a uma situação de perigo de vida, necessitando de transfusão de sangue, devem ser submetidas a tal tratamento, mesmo diante da recusa a transfusão de sangue por parte de seus pais. Sendo assim, em tais circunstâncias:

(...) diversamente do que entendemos quanto ao item anterior, há que se proteger o melhor interesse da criança, preservando-lhe a vida, e a razão é simples. Não se sabe se, no futuro, os filhos seguirão a religião na qual foram criados. Cabe ao médico,

²⁷⁰ PEREIRA, 2004. p. 239.

²⁷¹ SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 134.

portanto, realizar os procedimentos que o caso requeira, com ampla liberdade e independência.²⁷²

A jurisprudência também vem se posicionando no sentido de autorizar a transfusão sanguínea em casos de menores, mesmo contra a vontade dos pais Testemunhas de Jeová:

ACÇÃO CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE LIMINAR COM VISTAS À OBTENÇÃO DE MANDADO JUDICIAL AUTORIZATIVO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENOR. RISCO DE VIDA. URGÊNCIA. CONCESSÃO DA LIMINAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Verificada a urgência da concessão da liminar com a finalidade de se evitar risco de vida à menor, a concessão desta se impõe, com a consequente procedência do pedido. 2. Diante da situação de extrema gravidade e correndo risco de vida a menor a expedição do competente mandado judicial autorizativo da transfusão de sangue da menor se impunha. 3. Improvimento do recurso.²⁷³

Por um lado, se não há como garantir que uma criança irá seguir a religião dos pais na vida adulta, também não há como assegurar que aquelas irão seguir outra religião diferente da dos seus pais. O mais provável e comum é que sigam a religião dos pais.

Um caso emblemático, que poderá a vir provocar mudanças de paradigmas, ocorreu em 1993 e teve seu desfecho em 2014, em São Vicente, no litoral paulista. A garota Juliana Bonfim da Silva, 13 anos, portadora de anemia falciforme, foi levada ao hospital com uma crise de obstrução dos vasos sanguíneos. Alertados pelos médicos de que seria necessário realizar uma transfusão, os pais não autorizaram o procedimento, invocando preceitos religiosos das Testemunhas de Jeová. Em primeira instância, os pais foram pronunciados para ir a júri popular, acusados de homicídio com dolo eventual, decisão mantida em segunda instância.²⁷⁴

No Superior Tribunal Justiça, a Sexta Turma entendeu pelo trancamento da ação penal. Para o colegiado, os pais não poderiam ser responsabilizados porque, ainda que fossem contra o procedimento, não tinham o poder de impedi-lo, já que a menina estava internada. Os médicos é que deveriam ter agido e cumprido seu dever legal, mesmo diante da resistência da família. O julgamento ficou empatado, e como nesses casos a regra é prevalecer a posição mais favorável, o habeas corpus foi concedido. No acórdão,

²⁷² SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 135.

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cautelar Inominada. Processo nº. 1.0000.00.190354-1/000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Célio César Paduani, julgado em 16/11/2000, publicado em 06/02/2001. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁷⁴ Publicado pela Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/para-o-stj-testemunha-de-jeova-que-impedir-transfusao-nao-comete-crime-ec1o985d53cu0chwnz306y1qm>>. Acesso em: 22 out. 2015.

ficou registrado o entendimento de que a invocação religiosa deve ser indiferente aos médicos, que têm o dever de salvar a vida.²⁷⁵

Portanto, embora sejam majoritárias a doutrina e a jurisprudência que defendem a obrigatoriedade de se transfundir sangue em pacientes menores de idade filhos de Testemunhas de Jeová, mesmo contra a vontade dos pais, novos questionamentos a este respeito, têm sido feitos pela doutrina.

Celso Ribeiro Bastos diverge da doutrina majoritária e afirma que os pais têm o direito de escolher o tratamento médico a que seus filhos serão submetidos, com fundamento no poder familiar. É o que se extrai da seguinte lição:

Sabe-se que o pátrio poder inclui a tomada das decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela. Não se pode negar, pois, a tomada de decisões pelos pais, desde que os filhos sejam atingidos pela incapacidade jurídica de decidirem por si mesmos. A decisão sobre não submeter-se a determinado tratamento médico, como visto, é perfeitamente legítima e, assim, inclui-se, como

²⁷⁵ Julgado: HC 268.459, 6ª Turma do STJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02/09/2014, publicado em 28/10/2014. EMENTA: PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1 É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2 Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em *habeas corpus*, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3 Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4 Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. Fonte: STJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 22 out. 2015.

qualquer outra, no âmbito de decisões dos pais quando tratar-se de filho menor de idade.²⁷⁶

No mesmo sentido se manifestou Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Sempre foi reconhecido que, entre os poderes dos pais ou representantes legais do menor, se inscreve a matéria religiosa, como também a eles cabe a responsabilidade por sua saúde, etc. Assim, em princípio, é aos pais ou representantes legais do menor que cabe a decisão a respeito da assistência médica que deve ou não ser a eles dada. Corrobora essa tese o fato de que, nos preceitos constitucionais sobre a proteção da assistência religiosa, com a redação anterior a esta Constituição, era expresso que sobre isto se deveria atender à vontade dos representantes legais do menor. E, na verdade, se a redação ora vigente assim não o diz, essa mesma solução resulta do sistema.²⁷⁷

A recusa dos pais Testemunha de Jeová em que se transfunda sangue em seus filhos, além de se basear em preceitos religiosos, também se baseia na convicção de que tratamentos isentos de sangue são mais seguros e tão eficazes quanto. O que para os fiéis das Testemunhas de Jeová é agir no melhor interesse da criança, seja no aspecto religioso, seja no aspecto científico. Os pais querem, portanto, o melhor tratamento possível para seus filhos.

Ao analisar a questão da precariedade dos tratamentos que utilizam a transfusão de sangue, salientou Fernandes:

Portanto, hoje, não pode mais o juiz limitar-se a expedir mandados autorizando transfusões de sangue por entender insubsistentes as oposições de natureza religiosa. Deve e precisa o magistrado, ao visualizar a hipótese de transfusão forçada em adulto ou criança, saber que ele, juiz, também assume a responsabilidade pela eventual impureza do sangue transfundido, contagiando-se o paciente, na hipótese, com moléstias terríveis. Independentemente dos aspectos constitucionais acima referidos já existentes, portanto, um outro bordo de ataque, realçando a objeção a transfusão de sangue.²⁷⁸

Outrossim, é consenso entre os doutrinadores que há menores que detêm um amadurecimento suficiente para compreender o que lhes é de maior valor e se responsabilizar por suas escolhas. Assim, tais menores, “mesmo incapazes legalmente, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ao tratamento médico preconizado”²⁷⁹.

Não é difícil entender tal assertiva, posto que não se pode negar, por exemplo, que um menor de dezesseis anos tenha, na grande maioria dos casos, desenvolvimento mental e psicológico para tomar decisões que dizem respeito à sua vida. Tanto que em nosso país tais adolescentes têm inclusive direito a voto, poder para opinar sobre o destino da nação.

²⁷⁶ BASTOS, 2001. p. 507.

²⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Parecer, 1994, p. 29.

²⁷⁸ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Consulta Feita pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados*, São Paulo: p. 7. Disponível em: < <http://www.jw.org/pt/> >. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁷⁹ SÁ; TEIXEIRA, 2005. p. 137.

Não é preciso ir longe, a legislação especial que trata da criança e do adolescente em nosso país garante ao menor o direito à liberdade religiosa como bem apontou Fernandes:

Os artigos 3º e 4º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, asseguram à criança todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, pois criança ser humano é. Preservam-lhe a liberdade, a dignidade, a efetivação dos direitos referentes à vida e à saúde, entre outros. No artigo 7º, repercute outra vez a proteção à vida e a saúde da criança e do adolescente. Têm ambos atendimento médico assegurado (artigo 11). O estatuto lhes garante a liberdade, ao respeito e à dignidade (artigo 15). No artigo 16 há dispositivo extremamente importante para a solução ou encaminhamento do conflito jurídico em debate: “- O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: ... II – opinião e expressão. III – crença e culto religioso. O artigo 17, adiante, acentua: “-O direito ao respeito consiste na inviolabilidade de integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetivos pessoais.”²⁸⁰

Ora, não se pode negar ao menor suficientemente amadurecido o direito de se autodeterminar, de modo que toda e qualquer intervenção médica que se lhe apresente, depende de seu consentimento informado.

Ao tratar do tema asseverou Ferreira Filho: “Deve-se, todavia, levar em conta, em caso concreto, se o jovem já está em condições de emitir vontade consciente, caso em que deverá ser ouvido. E a fortiori se for apenas relativamente incapaz. Essa vontade consciente deverá ser respeitada”.²⁸¹

Jayme Neto não deixou passar despercebido o fato de que o menor suficientemente amadurecido pode tomar suas decisões independentes, no tocante à liberdade religiosa:

Pode-se presumir, *juris tantum*, a maioria religiosa dos adolescentes (pessoa entre 12 e 18 anos de idade, consoante art. 2º da Lei n.º. 8.069/90), afastável por demonstração de imaturidade biopsicossocial para o ato/omissão religiosos considerando, bem como a incapacidade religiosa das crianças (até 12 anos de idade incompletos, conforme dispositivo citado), também afastável por demonstração de maturidade biopsicossocial para ato/omissão religiosos em apreço.²⁸²

Vale lembrar que os menores relativamente capazes que professam a fé das Testemunhas de Jeová carregam consigo também o documento de diretrizes antecipadas para tratamento médico, elaborado e confeccionado nos moldes da legislação brasileira, constando inclusive a assinatura dos pais para lhes suprir a relativa incapacidade. Deste modo, pode-se afirmar ainda que os mesmos, além de amadurecimento para se autodeterminar, têm a capacidade suprida pela assinatura de seus assistentes legais, seus pais.

²⁸⁰ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Consulta Feita pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados*. São Paulo.

²⁸¹ FERREIRA FILHO, 1994, p. 29.

²⁸² WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 229.

Ilustrando a questão e reforçando a possibilidade de um menor decidir o seu destino se submetendo ou não a um tratamento médico, vale lembrar do famoso caso da menina inglesa Hannah, que ganhou o direito de não se submeter a um tratamento do coração, mesmo que isto lhe levasse à morte, uma vez que ela estava cansada de lutar contra sua doença e preferia morrer com dignidade a se submeter a mais tratamentos causticantes.²⁸³

3.6 A Responsabilidade Criminal do Médico que se Submete a Vontade Expressa do Paciente Testemunha de Jeová em não Receber Transfusão de Sangue

Parte da doutrina e jurisprudência do Brasil afirma que o médico tem o dever legal e ético de realizar transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, mesmo contra a vontade deste, como vimos no julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma que, caso o profissional da medicina não aplique o sangue em paciente Testemunha de Jeová, que esteja em iminente perigo de vida, estará cometendo o crime de omissão de socorro previsto no artigo 135 do Código Penal Brasileiro e, caso proceda a transfusão sem o consentimento do paciente que esteja correndo risco de morte, não estará praticando o crime de constrangimento ilegal disposto no artigo 146 também do Código Penal Brasileiro, por força do disposto no § 3º, inciso I do mesmo diploma legal.

Nesse sentido se manifestou Genival Veloso de França:

Como se viu antes, nossa legislação penal substantiva em vigor admite como crime deixar de prestar assistência a pessoas em grave e iminente perigo de morte (artigo 135) e exclui da categoria de delito a intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, se justificada por iminente perigo de vida (artigo 146). Nesse caso, o médico deve agir porque está amparado no exercício regular de seus direitos e no cumprimento do dever legal. Assim determina a Resolução CFM 1.021, de 26 de setembro de 1980.²⁸⁴

Argumentando o dever do médico em efetuar a transfusão sanguínea, a ementa da decisão proferida pelo Tribunal do Rio Grande do Sul declara:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao

²⁸³ Britânica de 13 anos ganha direito de morrer. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u466333.shtml>>. Acesso em: 23 out. 2015.

²⁸⁴ FRANÇA, Genival Veloso. Coordenador Cícero de Andrade Urban. Tratamento Arbitrário: Aspectos Éticos e Legais. In: *Bioética Clínica*, Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 195

tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido.²⁸⁵

Embora mereçam respeito as posições acima colacionadas, não podemos nos olvidar que, como fartamente considerado alhures, os pacientes maiores de idade e também os menores com amadurecimento suficiente para entender a gravidade da recusa a tratamento médico, têm o Direito Fundamental de liberdade, liberdade religiosa e autodeterminação, direitos estes que juntamente com o direito à vida compõem a base da dignidade da pessoa humana, valor supremo de nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Outrossim, por serem personalíssimos e hierarquicamente equivalentes, os direitos fundamentais em questão só poderão ser valorados, preteridos ou preferidos pelo único titular, no caso, o paciente que se recusa a receber transfusão de sangue, especialmente quando esta recusa se dê por motivação religiosa. Como visto também em caso de inconsciência, pode ser outorgado este direito ao procurador escolhido e instruído pelo único titular dos direitos em jogo. Vimos que isto é feito através do documento de diretrizes antecipadas para tratamento médico, documento válido e legítimo.

Deste modo, o profissional da medicina, ao tratar o paciente Testemunha de Jeová que se recusa a receber transfusão sanguínea, não comete crime algum ao respeitar a decisão do ser humano que está a seus cuidados. *Unida de Vitória*

Este posicionamento encontra acolhimento inclusive no meio médico, como pode ser colhido da decisão do CFM no processo 654/2000, de relatoria de José Maurício Batista, publicado no D.O.U em 18/06/2003, Seção 01, p. 98:

Ementa: PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINARES ARGÜIDAS: NULIDADE DO PROCESSO DEVIDO EQUÍVOCOS NA ATA DE JULGAMENTO, ABSTENÇÕES E FALTA DE DOCUMENTOS IMPORTANTES. DESCARACTERIZADA INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 1º, 2º, 29 E 57 DO CEM. REFORMA DA PENA DE “CENSURA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO” PARA ABSOLVIÇÃO. I- Não há que se falar em nulidade do processo, posto que a suposta confusão na ata não gera qualquer prejuízo à parte. A Abstenção citada em ata não diz respeito a impedimento de natureza pessoal, mas sim simples ausência física momentânea de membros no Conselho no momento da colheita de votos. Não houve prejuízo para parte recorrente, pois houve quorum, suficiente para se chegar ao resultado obtido. Não há que se falar em prejuízo de defesa devido à ausência de documentos importantes, uma vez que tais documentos são os votos da primeira sessão de julgamento, que estão presentes nos autos. II- A médica deixou de fazer transfusão de sangue à uma paciente em obediência à sua vontade expressa previamente. Como não se deve desrespeitar a autonomia da paciente, foi absolvida. III- Preliminares rejeitadas. IV- Apelação conhecida e provida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70020868162, 5ª. Câmara Cível, Rel.: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2015.

da 2ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e, por maioria, dar provimento ao recurso interposto pela apelante, reformando a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de "CENSURA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO", prevista na letra "b", do artigo 22 da Lei 3.268/57, para ABSOLVIÇÃO, descaracterizando infração aos artigos 1º, 2º, 29 e 57 do Código de Ética Médica, nos termos do voto divergente.²⁸⁶

Nucci apontou a possibilidade de não se imputar o crime de omissão de socorro quando a pessoa a ser socorrida nega-se a aceitar a ajuda oferecida. É a lição:

Portanto, se o caso configurar hipótese de vítima consciente e lúcida que, pretendendo buscar socorro sozinha, recusar auxílio oferecido por terceiros, não se pode admitir a configuração do tipo penal. Seria por demais esdrúxulo fazer com que alguém constranja fisicamente a uma pessoa ferida, por exemplo, a permitir seja socorrida, podendo daí resultar maiores lesões e consequências.²⁸⁷

Analisando a esfera penal ética, suscitada pela doutrina nos casos de recusa à transfusão de sangue, quanto à responsabilidade criminal do médico, posicionou-se Ferreira Filho:

Com efeito, do ângulo penal, inexistente crime sem culpa. Ora, na hipótese de recusa do tratamento, não haverá culpa por parte do médico em não ser este prestado. Não terá havido omissão de responsabilidade do médico, mas recusa de tratamento específico por parte do paciente. Igualmente, não haverá nesse caso responsabilidade médica por falta ética. Falta que ele, aliás, não cometeu, porque se o tratamento, ou a transfusão, não foram ministrados, isto se deu pela recusa por parte do paciente.²⁸⁸

Não se pode negar que o médico, ou qualquer pessoa que seja, tem o dever legal de prestar socorro a seu próximo que se encontre em risco de vida, como já disposto no artigo 135 do Código Penal Brasileiro. Todavia, este dispositivo legal não se sobrepõe à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fato que leva a se adequar à interpretação do dispositivo penal com os ditames constitucionais.

Assim, embora todos tenhamos o dever de socorro de forma geral, tal dever não pode ser imposto no caso de recusa a tratamento médico motivado pela autodeterminação oriunda de liberdade religiosa. Isto porque o dever de socorro é de cunho legal, enquanto que o direito à autodeterminação, liberdade e liberdade religiosa são de jaez constitucional.

Sobre o assunto lecionou Ferreira Filho:

Em primeiro lugar, deve-se respeitar uma hierarquia. O dever médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade – direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição. Em segundo lugar, a indagação já indica a resposta. O

²⁸⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Processo Ético Profissional n.º. 654/2000. Rel.: José Maurício Batista, publicado no D.O.U em 18.06.2003, Seção 01. P. 98. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 out. 2015.

²⁸⁷ NUCCI, 2003, p. 453.

²⁸⁸ FERREIRA FILHO, 1994, p. 28.

Médico satisfaz seus deveres informando o paciente do juízo que faz a propósito da necessidade ou conveniência desse ato ou tratamento, e das consequências prováveis de uma recusa.²⁸⁹

Por tais motivos, Celso Ribeiro Bastos, ao analisar os artigos 135 e 146, § 3º do Código Penal Brasileiro e demais dispositivos do Código de ética médica, chegou à conclusão de que a interpretação conferida comumente aos casos de risco de vida está equivocada e fere os princípios constitucionais básicos, não havendo amparo legal ou constitucional para obrigar alguém a se submeter a determinado tratamento médico²⁹⁰.

Pereira se manifestou, no que toca ao ordenamento português, sobre a responsabilidade do médico que se abstém de transfundir sangue em paciente Testemunha de Jeová, em razão da consciência religiosa deste:

A opinião hoje dominante é de que qualquer pessoa adulta tem direito de recusar os tratamentos propostos por mais irrazoável e estúpido que possa parecer aos olhos do médico. E é a que prevalece em Portugal. Para Costa Andrade, “a obediência à vontade do paciente- que se opõe a um tratamento indicado para lhe salvar ou prolongar a vida, ou reclama a interrupção do tratamento já indicado e indispensável para assegurar a sua sobrevivência – não colide com a incriminação do homicídio a pedido da vítima (art. 134º. CP)”. Num caso concreto, que mereceu apreciação do Contencioso da Ordem dos Médicos, concluiu-se, de igual modo, que: “age de forma deontologicamente correcta o médico que se abstém de efectuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após este ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal”.²⁹¹

Destarte, o dever e a obrigação do médico nos casos de recusa a transfusão de sangue, por motivo de objeção de consciência ou qualquer outro tratamento, se exaure com o desempenho correto do dever de informar, esclarecer as dúvidas do paciente e buscar outros tratamentos alternativos que sejam compatíveis com a consciência religiosa do paciente, além disso, o médico estará “violentando” o Direito Fundamental personalíssimo de autodeterminação do ser humano que se encontra sob os seus cuidados.

Portanto, em consonância com os princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, não comete crime de omissão de socorro, bem como não fere a ética médica, o médico que atendendo à consciência religiosa de seu paciente, se abstém de transfundir sangue no mesmo. Salienta-se que, em alguns ordenamentos estrangeiros, a

²⁸⁹ FERREIRA FILHO, 1994, p. 24.

²⁹⁰ BASTOS, 2001, p. 506.

²⁹¹ PEREIRA, 2004, p. 504-505.

exemplo do português, comete crime o médico que efetua transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová sem o consentimento deste²⁹².



²⁹² RODRIGUES, Álvaro da Cunha Rodrigues. *Direito de Medicina – I: Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, 6, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 45.

CONCLUSÃO

Durante toda a exposição dos capítulos deste trabalho, apresentou-se um conflito entre o Direito à Vida e o não menos importante Direito à Liberdade, neste compreendidos também à Liberdade Religiosa e o direito de autodeterminação.

Demonstrou-se que todo ordenamento jurídico está centrado na dignidade da pessoa humana, valor maior de nossa Constituição, sendo os Direitos Fundamentais instrumentos essenciais para a consecução do valor mor adotado pela Lei Maior.

Verificou-se que, malgrado as opiniões em contrário, não há entre os Direitos Fundamentais gravados em nossa Carta Magna uma hierarquia, cabendo, portanto, exclusivamente ao único titular dos direitos em conflito sopesar seus valores e decidir qual o Direito Fundamental lhe é mais importante, visto que os mesmos são reconhecidamente direitos da personalidade e têm um caráter personalíssimo.

Observou-se que parte da doutrina e da jurisprudência entende que ao médico é dado o direito e o dever de proceder à transfusão de sangue contra a vontade do paciente, caso este se encontre em iminente risco de vida, já que esta corrente, embora pregue a equivalência de valores entre os Direitos Fundamentais, bem como seu caráter personalíssimo, muda o discurso quando o direito à vida se choca com o Direito Fundamental à liberdade religiosa e autodeterminação.

Todavia, a análise dos princípios que norteiam a relação entre médico e paciente, princípios estes garantidos em nosso ordenamento jurídico, leva-nos a crer que o homem carrega consigo valores que dão sentido à sua vida, e castrar tais valores é na verdade uma afronta à dignidade do ser humano, comparada a submeter alguém a tratamento desumano e degradante, o que afronta totalmente o disposto nos artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso, III da Constituição da República.

Constatou-se que a religião faz parte do íntimo de cada um, mas não fica adstrita ao interior da pessoa. Ela extrapola esse limite, pois tem em ínsita a si a necessidade de ser exercida, o que só pode ocorrer no mundo onde se vive em sociedade. Daí, comprovou-se, a necessidade de ordenação, a fim de que as Testemunhas de Jeová possam conviver da forma mais harmônica e equânime possível.

Notou-se que a religião extrapola o âmbito interno da pessoa e desemboca no mundo social. Exatamente para que se torne possível a convivência pacífica entre as pessoas e as várias ideologias é que a liberdade religiosa deve ser tratada no mundo do dever-ser, encontrando o seu reflexo na ordem jurídica.

Conferindo, assim, o nosso ordenamento jurídico ao ser humano o direito de construir sua vida sobre valores morais específicos, especialmente valores religiosos; direito a ser informado sobre tudo o que diga respeito à sua saúde e a tratamento médico que porventura tenha que se submeter; direito de recusar a se submeter a tratamento médico, não nos parece razoável afirmar que não seja legalmente possível a um indivíduo, maior ou menor de idade, capaz de entender a situação, se recuse a receber transfusão de sangue, mesmo que isto possa lhe custar à vida.

Tal atitude é legítima e amplamente amparada por nosso ordenamento, especialmente por se fundar em convicção religiosa, visto que, como já mencionado, a Constituição Brasileira arrola o Direito à Liberdade religiosa como um dos Direitos Fundamentais necessários à dignidade do ser humano, o colocando no patamar do Direito à Vida, cabendo, portanto, ao paciente, já que não há hierarquia entre tais Direitos Fundamentais, decidir qual irá perseguir, para que se garanta a sua dignidade. Lembre-se que a Dignidade da Pessoa Humana é o valor constitucional que ilumina toda e qualquer decisão sobre o homem, porquanto é o valor constitucional que condensa em seu núcleo todos os outros princípios constitucionais.

Fica ainda latente, face aos princípios do consentimento informado e da autonomia da vontade, que mesmo os pacientes que se encontrem impossibilitados de expressar sua vontade por estarem inconscientes, mas que notoriamente são Testemunhas de Jeová, têm o direito à recusa a transfusão de sangue, devendo o médico buscar o que sabe ser a vontade do paciente pela presunção da vontade do mesmo, sendo esta a orientação da declaração dos direitos do paciente, como já exposto nesta pesquisa.

Note-se ainda, no tocante ao dissentimento de Testemunha de Jeová que esteja inconsciente, que estes geralmente carregam consigo um documento de diretrizes antecipadas para tratamento médico, recusando transfusões de sangue e isentando os médicos que lhes atendam de qualquer responsabilidade pela não aplicação da transfusão sanguínea. Este documento, embora seja visto por uma parte da doutrina como apenas um indício da vontade do paciente, é plenamente legítimo e válido dentro de nosso ordenamento jurídico, servindo como prova expressa da vontade do paciente em se recusar a receber transfusão de sangue. Não se pode fechar os olhos para o zelo e o cuidado que as Testemunhas de Jeová têm ao carregar consigo tais documentos.

Portanto, conclui-se que ao médico não cabe alternativa, senão a de respeitar a vontade expressa pela Testemunha de Jeová contida nestes documentos.

Verifica-se ainda que nenhuma norma jurídica obriga uma pessoa a se submeter a determinado tratamento médico, pelo contrário, não podendo ninguém ser constrangido a fazer algo, senão em virtude de lei. Sendo assim, não há que se dizer que seja obrigado a paciente Testemunha de Jeová receber transfusão de sangue, mesmo que isto possa lhe custar a vida.

Por fim, conclui-se que, uma vez recusada a transfusão de sangue por motivo de convicção religiosa por parte de um paciente Testemunha de Jeová, não comete crime de omissão de socorro o médico que respeita tal posição e a acata.

Não se sustenta, face à nossa Constituição, a afirmativa de que o médico tem o dever legal de transfundir sangue em paciente Testemunha de Jeová, mesmo contra a vontade deste, em razão de seu código de ética e do dever de prestar socorro contido para todos no Código Penal. Ademais, conclui-se que, mesmo que se não permitisse uma conduta diversa do médico por força de tais dispositivos, o que não ocorre, não poderiam tais normas deontológica e infraconstitucional se sobrepor à Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, não é correto afirmar que o médico tem o dever legal e ético de fazer transfusão de sangue em paciente Testemunha de Jeová, mesmo sem o consentimento deste.

Ademais, como demonstrado em harmonia com os princípios orientadores da relação médico-paciente, a responsabilidade do profissional de medicina se esgota com esclarecimento prestado ao paciente sobre o seu estado e a busca de tratamentos alternativos, caso o paciente se recuse a algum tratamento por motivo de consciência.

A celeuma que envolve este assunto está longe de ser calada. Quiçá um dia sejamos capazes de reconhecer que a dignidade do homem não está apenas em respirar e que, mesmo que para nós um valor possa parecer irrelevante, para o próximo pode ser essencial ao exercício da dignidade.

De tudo, ainda devemos nos lembrar que o que a nossa Constituição persegue e não só o Direito à Vida ou o Direito à Liberdade Religiosa, mas sim o Direito à Dignidade do ser humano. Deste modo, se a afronta à convicção religiosa de um cidadão a de lhe acarretar o peso da indignidade da vida, esta afronta deve ser repelida.

Por derradeiro e por tudo apurado neste trabalho, conclui-se que, sendo a Dignidade da Pessoa Humana o valor maior de nosso ordenamento; sendo a abstenção de sangue requisito vital para a dignidade das Testemunhas de Jeová, bem como um Direito Fundamental Personalíssimo Constitucionalmente garantido, o médico deve se render à recusa a Transfusão de sangue, sob o risco de agredir o que mais se preza nas democracias modernas, a Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

- ABE, Jair Minoro; Scalzitti, Alexandre; FILHO, João Inácio da Silva. *Introdução à lógica para a ciência da computação*. 2 ed. São Paulo: Arte & Ciência, 2002.
- ALVES, Rubem. *O enigma da religião*. 6 ed. Campinas: Papirus, 1988.
- _____. *O que é religião?* 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- AMARAL, Francisco dos Santos. *Direito Civil Brasileiro – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- AMORIM, Cloves. *Bioética Clínica*. Coordenador: Cícero de Andrade Urban, Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Novos temas de Biodireito e Bioética. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-80
- BARBOZA, Heloisa Helena. O Consentimento Informado na Relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 29, jan-mar, 2007.
- BARCELOS, Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Para Além dos Direitos Fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Novos Direitos*. Coordenadora Renata Braga Klevenhunsen. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005, p.172-173.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicção Religiosa. *Revista dos Tribunais* -787 – Maio de 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicção Religiosa. *Revista dos Tribunais*, 2001.
- BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo. Loyola, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4. ed. 2000.
- _____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- _____. *Fundamentos da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CESAR, Ribas Cezar. *O Conhecimento Abstrativo em Duns Escoto*. [s/l]: Edipucrs, 1996.
- CHEHOUD, Heloisa Sanches Querino. *A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos*. São Paulo: Almedina, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O Estado Atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DONEDA, Danilo. O direito da personalidade no novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, nº. 6, junho de 2005.
- DURAND, Guy. *Introdução Geral à Bioética: História, Conceitos e Instrumentos*. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- FAILLACE, Sandra T. Testemunhas de Jeová. In: LANDIM, Leilah (org.) *Sinais dos Tempos: Diversidade Religiosa no Brasil*. Rio de Janeiro: Cadernos do ISER n. 23, 1990.
- FARIAS, Edilson. Restrição de Direitos Fundamentais. *Revista Sequência*, nº. 41, Dez. 2000 – Ano XXI.
- FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Consulta Feita pela Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados*. São Paulo. Disponível em <<http://www.jw.org/pt/>>. Acesso em: 03 out. 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. Parecer. São Paulo, 1994.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. Parecer. São Paulo, 1994.
- FRANÇA, Genival Veloso. Tratamento Arbitrário: Aspectos Éticos e Legais. In: *Bioética Clínica*, Rio de Janeiro: Revinter, 2003.
- GOMES, Daniela Vasconcellos. O Princípio da Dignidade Humana e a Ponderação de Princípios em conflitos Bioéticos. *Revista de Direito Privado*. V. 29 p. 78-91. Jan-mar 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRESCHAT, Hans-Jurgen. *O que é ciência da religião*. Trad. Frank usarski, São Paulo: Paulinas, 2005.
- GUERRA, Sidney; PESSANHA, Érica de Souza. *O Núcleo Fundamentador do Direito Constitucional Brasileiro e do Direito Internacional dos Direitos Humanos: A Dignidade da Pessoa Humana*. Temas Emergentes de Direitos Humanos. Coordenador Sidney Guerra. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. *O Estado nação europeu frente aos desafios da globalização*. Trad. Antônio Sérgio Rocha. Novos Estudos. In: *Revista do CEBRAP*. São Paulo, n. 43, nov./1995.

- HENRY, Jhon. *A Revolução Científica e as origens da ciência moderna*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- HOSSNE, William Saad. *Bioética e Saúde Pública – A Regulamentação de pesquisa com seres humanos como instrumento de controle social*. Loyola, 2 ed. São Paulo: 2004.
- HUME, David. *História natural da religião*. São Paulo: Unespe, 2005.
- JORNAL MUNDO JOVEM. *Ensino religioso e cidadania: textos e dinâmicas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento do Biodireito: Os casos dos transexuais e dos anbes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 15, jul-set, 2003.
- KUCHENBECKER, Valter. *O homem e o sagrado: a religiosidade através dos tempos*. 8 ed. Canoas: ULBRA, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 11^a ed. Editora Método: São Paulo, 2007.
- LOPES, Ana Maria. Hierarquização dos Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, ano 9, n.º. 34, jan.- mar. de 2001.
- MACHADO NETO, Antônio L. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MACHADO, Jónatas E. M. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa Diante Das Ameaças à Liberdade Religiosa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII, Coimbra: Coimbra, 2006.
- MACHADO, Mendes Eduardo Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MCGRATH, Alister E. *Fundamentos do diálogo entre Ciência e Religião*. São Paulo: Loyola, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELO, Helena e NUNES, Rui. *Parecer n.º. P/05/APB/06 – Sobre Directivas Antecipadas de Vontade*. Associação Portuguesa de Bioética, aprovado pela Assembleia-Geral da Associação Portuguesa de Bioética em 5 de maio de 2006, p.12. Disponível em: <http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1148471346directivas_medicas.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2015.
- Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- MONDAINI, Marco. *Direitos Humanos*. São Paulo: Contexto, 2008.
- MONTEIRO, Lauro. *Britânica de 13 anos ganha direito de morrer*. Observatório da Infância. 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=653 l>. Acesso em: 10 ago. 2015.

- MORIN, Edgard. *Ninguém sabe o dia que nascerá* – coleção Nomes de Deuses – Entrevista a Edmond Blattchen. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. Pará: Universidade Estadual do Pará, 2002.
- NETO, Luisa. *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Copo (A relevância da Vontade na Configuração de Seu Regime. Teses e Monografias)*, v. 5, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ed. São Paulo: Método, 2009.
- NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *O Consentimento Informado na Relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, vol. 29, jan-mar, 2007.
- OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, André Dias. *Consentimento Informado: Livro prático sobre Consentimento Informado*. Disponível em: <<http://www.lexmedicinae.org/por/ConsInfLivroPratico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*: Ensaio Sobre um Caso de Constitucionalização do Direito Civil. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2002. Faculdade Unida de Vitória
- OTTO, Rudolf. *O Sagrado: os aspectos irracionais na noção do divino e sua relação com o racional*. Traduzido por Walter O. Schlupp. Petrópolis: Vozes. 2007.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PERISSÉ, Gabriel. *Palavra e origem: Considerações etimológicas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUIROZ, M. M. Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Teses e Monografias, Volume 4, Coimbra: Coimbra, 2002.
- REIMER, Haroldo. *Liberdade Religiosa na História e nas Constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013.
- RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002.
- RIBEIRO, Osvaldo Luiz. *Provocações facebookianas: religião, teologia e coisas do gênero*. São Paulo: Fonte Editorial, 2015.

- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Direito de Medicina – I: Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, 6. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2002.
- RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, 3. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Parte Geral*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 21, jan./mar., 2005.
- SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e. *Direito à Liberdade Religiosa na Jurisprudência do TEDH*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica*. 2.ed. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola 2002. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em 02 out. 2015.
- SIGNIFICADOS. Descubra o que significa, conceitos e definições. 2011-2015. Significado de Ciência. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/>>. Acesso em: 04/11/2015.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- SOARES, André Marcelo M.; MOSER, Antônio. *Bioética do consenso ao bom senso*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SOUZA, Rui Antônio de. *Expressões religiosas*. JOVEM, Mundo (org). Ensino Religioso e Cidadania: textos e dinâmicas. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

- SUSIN, Luiz Carlos. *Ciência e Religião, amigas ou inimigas?* JOVEM, Mundo (org.). *Ensino Religioso e Cidadania*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- SWEETMAN, Brendan. *Religião: conceitos-chave em filosofia*. São Paulo: Penso, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TILGHMAN, B.R. *Introdução à filosofia da religião*. São Paulo: Loyola, 1996.
- URBANO, Zilles. *O problema do conhecimento de Deus*. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1989.
- VAN BOVEN, Theodor C. *Critérios distintos de los derechos humanos: Ensayos sobre derechos humanos*. Madri. Vasak, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 34, jan-mar, p. 174-175, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

