



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E TRANSFUSÕES DE SANGUE

por

ALAN MENEZES GAMA

**ORIENTADOR (A): CAITLIN SAMPAIO
MULHOLLAND**

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E TRANSFUSÕES DE SANGUE

por

ALAN MENEZES GAMA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador (a):
Caitlin Sampaio Mulholland

2009.2

Resumo

Com base nos direitos fundamentais consagrados na Constituição Pátria em seu artigo 5º caput e inciso VI, quais sejam, direito à vida e liberdade de consciência e crença, verificamos que há um conflito entre os mesmos por ocasião da recusa, por parte de membros do grupo religioso denominado Testemunhas de Jeová, à administração de transfusões sanguíneas. Através da ponderação de princípios e estudos de casos podemos verificar que tal conflito é passível de solução, na qual tanto as partes envolvidas, quanto terceiros possam ser beneficiados.

Palavras chaves

Testemunhas de Jeová – transfusão de sangue – princípios constitucionais – direitos fundamentais

Sumário

| | |
|--|-----------|
| 1. Introdução..... | 6 |
| 1.1 - Justificativa..... | 7 |
| 1.2 - Objetivos..... | 8 |
| 1.3 - Metodologia..... | 9 |
| 2. Direitos Fundamentais..... | 10 |
| 2.1 – Direito à Vida..... | 20 |
| 2.2 – Direito à Liberdade Religiosa..... | 23 |
| 2.2.1 – Liberdade de Crença..... | 28 |
| 2.3 – Direito à Liberdade de Consciência..... | 35 |
| 3. Colisão de Direitos..... | 37 |
| 3.1 – Direito à Vida X Liberdade de Crença e de Consciência..... | 40 |
| 4. Hermenêutica Constitucional..... | 43 |
| 4.1 – Ponderação de Valores..... | 50 |
| 5. As questões médicas..... | 54 |
| 5.1 – Tratamentos alternativos..... | 59 |
| 5.2 – A questão das frações do sangue..... | 65 |
| 5.3 – Responsabilidade civil do médico..... | 67 |
| 6. A questão dos menores de idade..... | 79 |
| 7. Conclusão..... | 85 |
| 8. Bibliografia..... | 88 |

1 – Introdução

É longa a polêmica que envolve a posição de membros do grupo religioso denominado Testemunhas de Jeová, frente a sua posição sobre recusar enfaticamente a administração de transfusões de sangue, mesmo, em algumas situações, sob iminente risco de vida.

Em face de tal quadro, não raro verificamos reações acaloradas contra esse grupo, que por vezes, recebe o rótulo de fundamentalistas, fanáticos e suicidas. Essa reação negativa ocorre, principalmente quando envolve a vida de menores de idade.

No entanto, um bom número de pessoas que não são Testemunhas de Jeová, de diferentes setores da sociedade, advogados, juristas, médicos, biólogos, dentre outros, reconhecem que a recusa a transfusões de sangue é legítima. Principalmente na atual conjuntura da ciência médica, em que resta evidenciado os riscos envolvidos nesse tratamento, como a possibilidade, ainda alta, de contrair doenças graves e o risco da não aceitação de sangue estranho pelo próprio organismo do receptor. Além disso, a evolução da medicina propiciou o desenvolvimento de boa variedade de tratamentos alternativos, bem mais eficazes e seguros que as transfusões.

No plano jurídico, muitos defendem a posição das Testemunhas com base no uso legítimo do seu direito de consciência e crença, que num eventual conflito com o direito à vida, devem prevalecer. Mas a questão não é simples. O direito à vida é um direito indisponível, ou seja, apesar do titular ser a própria pessoa, ela não pode dispor da sua vida livremente. Isso porque o Estado assume a figura de guardião dos direitos indisponíveis e exerce a função de salvaguardá-los, mesmo contra a vontade de seu próprio titular. Então, surge a pergunta: a escolha de tratamentos de saúde é uma questão de ordem pública, podendo o Estado intervir, ou é privada, cabendo a decisão, exclusivamente, ao indivíduo, aplicando-se, assim, o princípio da autonomia da vontade?

E não é só. Se reconhecermos essa questão como de ordem privada e conseqüentemente a aplicação do principio da autonomia da vontade deve prosperar, pergunta-se: essa vontade pode ser sempre reconhecida como válida? É possível haver vício de consentimento que anule a força imperativa dessa vontade? A vontade dos pais sobre os filhos menores deve, também ser levada em conta, ou pode o menor decidir sobre si mesmo?

Essas são, sem dúvida, questões espinhosas que este trabalho procurará responder.

1.1 - Justificativa

Como restou demonstrado, a discussão e polêmica em torno desse tema são bastante acaloradas e várias questões vem a baila. Sendo certo que estamos falando de liberdades individuais e fundamentais, expressas na nossa Lei Maior, não podemos ignorar esse assunto. O trabalho do jurista é de pensar o Direito, buscando as respostas.

Não podemos simplificar uma problemática dessa monta, simplesmente por aceitarmos a figura do Estado como tutor e garantidor da observância dos direitos fundamentais indisponíveis e imbuído desta tarefa, emitindo leis positivas que devam ser obedecidas cegamente. Como ensina François Ewald, “o direito não é a lei”, e diz mais: “...a vontade do legislador se revela como sendo expressão da dominação temporária de uma maioria.”¹ E por ser temporária, a vontade da lei pode não corresponder mais à vontade da sociedade, que passou a compartilhar valores diferentes.

Muitas atrocidades já foram cometidas por Estados Nacionais de forma legal, ou seja, com o amparo da lei. Vide o caso notório da Alemanha nazista. Apesar da principal vítima desse regime assassino ter sido o povo judeu, outros grupos também foram perseguidos, como negros, ciganos, deficientes físicos, homossexuais e

¹ EWALD, François. Uma expressão foucaultiana: os princípios gerais do direito. Tradução de Antônio Cavalcanti Maia. p. 790.

Testemunhas de Jeová.² Não apenas esse regime, mas a praxe dos regimes totalitários é de eximir-se de responsabilidade, resguardando-se no ordenamento positivo.

Desta maneira, não há como conceber nesse momento histórico do direito, pós-positivista, marcado pela incorporação dos princípios à ordem jurídica, uma redução da lei como única fonte normativa. Hoje é pacífico o entendimento de que os princípios possuem a mesma força normativa que as regras positivas.³ O Estado não é apenas de Direito, mas assumiu a nomenclatura de Estado Democrático de Direito. E como possuem maior flexibilidade de aplicação, o trabalho do julgador torna-se mais árduo.

Sendo assim, o exercício hermenêutico para a resolução dos casos concretos não é apenas pinçar uma lei de dentro do ordenamento positivo e aplicar. Antes envolve muito mais, como ponderar princípios e definir qual irá prevalecer naquele caso em específico.

Esse cuidado zeloso em dizer o direito, ou seja, na atividade jurisdicional, é deveras relevante para se evitar abusos e distorções, sob o falso argumento de que seria para o bem maior da segurança jurídica. E da mesma forma que sob o nazismo, outros grupos foram molestados, apesar do alvo principal serem judeus, uma violação aos direitos de recusa às transfusões de sangue pelas Testemunhas de Jeová hoje, pode dar ensejo à violações aos direitos de qualquer pessoa em recusar um certo tratamento de saúde depois.

1.2 – Objetivos

Por todo o exposto, levando em consideração a relevância do tema e as sérias implicações na vida de pessoas e grupos, ou seja, o interesse é individual e coletivo, o nosso objetivo é fazer uma abordagem isenta de preconceitos, trazendo luz sobre a

² Para saber mais sobre a perseguição nazista às testemunhas de Jeová, ver *Testemunhas de Jeová – Proclamadores do reino de Deus*. Cesário Lange. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1993. p. 659/665; Vídeo: *As Testemunhas de Jeová resistem ao ataque nazista*. Cesário Lange. SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1997.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 276.

maioria dos pontos obscuros que envolvem esse assunto. Sabemos, no entanto, que por mais profundo que venha a se revelar este trabalho, é impossível abordar todos os aspectos relacionados, de maneira a esgotar a matéria.

A luz que nos referimos diz respeito às informações que grande parte das pessoas que se precipitam em julgar a atitude das Testemunhas de Jeová desconhecem. Como por exemplo, o fato de que quando as Testemunhas rejeitam a aplicação de transfusões, na maioria das vezes, elas não estão cometendo um ato suicida, já que é deixado claro aos médicos que a recusa se refere àquele tratamento específico, sendo prontamente aceita a administração de tratamentos alternativos sem sangue. Desejamos mostrar também que essa posição das Testemunhas tem, inclusive, contribuído para a evolução da medicina, que visando atender esse grupo tem dispensando grande atenção ao desenvolvimento de técnicas alternativas, que, uma vez incorporadas à prática médica, não ficam restritas aos pacientes professos dessa religião, mas os seus benefícios são estendidos à outros.

1.3 – Metodologia

Regras metodológicas são “subsídios técnicos fundamentais e recomendações práticas para o manuseio de materiais de pesquisa...”⁴ Ou seja, são instrumentos convencionados pela ciência para fornecer a forma necessária a fim de que um trabalho seja reconhecidamente científico. Portanto, a não observância dessas ferramentas acarreta a descaracterização da obra, que ficaria classificada como não-científica. Estaríamos diante de uma obra meramente opinativa ou de uma matéria de cunho jornalístico.

Bittar, no seu livro, apresenta duas técnicas de investigação científica: a empírica e a teórica.⁵ A empírica abrange: a observação, a amostragem, a entrevista, o questionário, a experimentação, o estudo de caso e a pesquisa-ação. Já a teórica abrange a histórica, a conceitual e a normativa.

⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Metodologia da Pesquisa Jurídica. 7ª Edição. Saraiva: 2009. p. 177.

⁵ Op. cit., p. 181- 187

Usaremos neste trabalho a seguinte técnica: a normativa, que parte de sentenças mais genéricas para mais específicas. A razão de termos optado pela técnica normativa consiste no fato de que antes de discorrermos sobre os princípios ou direitos fundamentais supostamente em colisão, quais sejam: direito à vida e liberdade de consciência e crença, precisamos conceituar direitos fundamentais *lato senso* e sua importância na ordem jurídica.

2 – Direitos Fundamentais

O século XX assistiu uma profunda transformação em todos os aspectos da vida. Eventos realmente chave contribuíram a essa mudança no rumo do mundo. Podemos destacar pontos negativos, como as guerras mundiais e barbáries nunca antes praticadas, e pontos positivos, como o progresso científico, em especial nos ramos tecnológico e médico. A vida mudou e os problemas também. Por isso, é necessária uma nova postura, um novo pensamento e novos alvos. O direito, ou melhor, a ciência do Direito, não poderia passar ao largo dessas transformações.

Como um aspecto intrínseco da cultura humana, sendo certo que o direito é uma construção humana, a ciência jurídica também mudou a sua sistemática, acompanhando um mundo onde as demandas sociais e os fatos se sucedem numa velocidade sem igual. Nesse contexto, a teoria positivista definitivamente não poderia sobreviver.

O novo modelo jurídico existente na contemporaneidade, denominado pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, aterrou a antiga teoria consagrada por décadas, que inegavelmente mostrou-se importante no momento histórico em que surgiu e mesmo hoje, ainda contribui com algum proveito, que é o positivismo jurídico, o qual alcançou apogeu com a Teoria Pura do Direito, pensada por Hans Kelsen, na qual a única fonte primária e principal do direito era a lei. Apenas e tão-somente a lei possuía força normativa, coercitiva. Os princípios, por sua vez,

exerciam meramente a função de atuar sobre as lacunas deixadas pelo ordenamento positivo.⁶

Na sistemática jurídica atual, outra fonte foi elevada ao mesmo patamar elevado das leis: os princípios. Sobre esse aspecto comentou Walber de Moura Agra:

A magnitude que vem sendo dada à análise dos princípios marca uma revolução na teoria constitucional, sepultando o Estado de Direito baseado exclusivamente em uma produção jurídica oriunda do Poder Legislativo, de cunho positivista, para ensejar os elementos de um direito principiológico, alicerçado nos princípios constitucionais, que têm como principal função, ao positivarem valores encontrados na sociedade, diminuir a distância entre a norma e a Justiça.⁷

E não poderia ser diferente. Conforme dito, a velocidade dos acontecimentos nos dias atuais é incomparavelmente superior ao trâmite do processo legislativo. Sem considerarmos que, no Brasil, o Parlamento encontra-se praticamente paralisado na sua função legislativa, tendo em vista a quantidade enorme de medidas provisórias oriundas do Executivo a demandarem apreciação, além dos inúmeros casos de corrupção e faltas disciplinares e éticas de parlamentares, a demandarem apuração e punição. Tudo isso faz com que o que menos se discuta, nas Casas Legislativas brasileiras, sejam leis. Se não se permitisse a inclusão dos princípios na categoria das normas, juntamente com as leis, negando-lhes aplicabilidade aos casos concretos, haveríamos um vácuo jurídico de difícil reparação. O mesmo autor acima citado, complementa dizendo que: “ Os princípios possuem também força normativa das regras jurídicas, como quaisquer outras normas jurídicas na Constituição, e as cominações que lhe forem contrárias devem ser declaradas inconstitucionais.”⁸

A necessidade de superação do antigo modelo, também se dá para evitar a ocorrência do uso das leis para cometimento de políticas que atentassem contra a

⁶ Nesse sentido, ensina Luis Roberto Barroso: “A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito- ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. **O Estado é a fonte única do poder e do Direito.** O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: **lacunas eventuais são resolvidas internamente**, pelo costume, pela analogia, **pelos princípios gerais.**” (grifei) BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 314.

⁷ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 73.

⁸ Op. cit., p. 74.

dignidade da pessoa humana, conforme visto em grande escala durante a Segunda Guerra Mundial. Políticas que buscaram justificação sob o manto da legalidade do ordenamento positivo, o qual, segundo a teoria de Kelsen, deveria estar totalmente apartado da moral ou de valores abstratos.⁹ Conforme leciona o constitucionalista Luis Roberto Barros:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.¹⁰

Pelo exposto, não restam dúvidas de que a natureza jurídica tanto das regras quanto dos princípios, é de norma, gênero da qual ambos os institutos são espécie.¹¹ Ocorre que, a origem dos mesmos não é idêntica. As regras, ou leis, emanam do Poder Legislativo, através de um processo de análise de todos os requisitos formais, de validade e de existência. A compreensão da origem dos princípios é de maior dificuldade. O entendimento preponderante na doutrina é de identificar no direito natural a sua fonte. Nesse sentido, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

...acima das leis positivas, há um Direito, ao qual estas se devem conformar. **Tal Direito** identifica-se ao justo que independe da vontade dos poderosos e **decorre da própria natureza das coisas...**” (grifei)¹²

Segundo o citado mestre, os princípios não só derivam do jusnatural, sendo, portanto, anterior ao juspositivo, mas também orientam o legislador a elaborar regras de acordo com tais. Desse entendimento não discrepa Walber de Moura Agra:

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 324.

¹⁰ Op. cit. p. 326/327.

¹¹ Paulo Bonavides citando Robert Alexy. BONAVIDES, Paulo. Apud. Op. cit. p. 277.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer: *Questões Constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblia e Tratados, 1994. p. 4.

Importante função desempenham os princípios constitucionais porque **trazem para a Constituição subsídio de conteúdo jusnaturalístico, baseado no direito extradogmático**, transcendendo a matéria das normas legisladas, contudo, sem um distanciamento dos anseios sociais e do direito positivado. Dessa forma, **há a positivação de vários postulados do direito natural.** (grifei)¹³

Esses postulados do direito natural, os princípios, quando positivados, ou seja, quando recepcionados pelo ordenamento jurídico constitucional, dão ensejo à ocorrência dos chamados direitos fundamentais. Ressaltamos, contudo, que tal fenômeno não ocorre indistintamente com todos os princípios, mas tão-somente com aqueles relacionados ao plano da pessoa. Isso porque existem princípios de natureza preponderantemente política, como os que disciplinam a forma de Estado, o sistema de governo e a separação entre poderes.¹⁴ Já outros, como a liberdade e a igualdade relacionam-se preponderantemente com a pessoa, que pode ser pessoa natural ou jurídica.¹⁵ Por fim, podemos subdividir tais princípios considerando aqueles que relacionam-se apenas com a pessoa humana.¹⁶

Os direitos fundamentais, os quais derivam dos princípios constitucionais, e que também bebem da mesma fonte jusnaturalista desses¹⁷, visam proteger a pessoa, independente de ser pessoa natural ou jurídica. Nesse ponto, nos afastamos do entendimento de Walber de Moura Agra, o qual diz:

O princípio preponderante que condensa os direitos fundamentais, garantindo-lhe uma feição sistêmica, é a dignidade da pessoa humana...**Todos os direitos fundamentais têm a função de desenvolver e assegurar a dignidade da pessoa humana**, concebida como a carga valorativa mais intensa da Constituição Federal de 1988. ¹⁸ (grifei)

¹³ Op. cit., p. 74.

¹⁴ Por exemplo: CRFB art. 60, §4º, I e III.

¹⁵ Campo dos direitos fundamentais.

¹⁶ Princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁷ “A utilização dos direitos fundamentais advém de uma tradição jusnaturalista, que concebe os direitos dos cidadãos como direitos intrínsecos ao homem, que são anteriores, inclusive, a qualquer organização política, existindo não em razão das leis ou do Estado, mas considerados como direitos inalienáveis, que não podem ser maculados por qualquer órgão estatal.” (AGRA, Walber de Moura. Op. cit. p. 104); “O termo “jusnaturalismo” identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*...A crença de que o homem possui *direitos naturais*, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado...”(BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 320/321).

¹⁸ Op. cit. p. 103.

Data vênia, discordamos da posição do referido mestre e nos aliamos ao constitucionalista Alexandre de Moraes, que reconheceu:

Igualmente as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.¹⁹

O citado autor complementa:

Assim, o regime das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.²⁰

Para sepultarmos definitivamente essa discussão, nos aproveitamos do exemplo exposto por Alexandre de Moraes, o qual cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o direito ao acesso à justiça gratuita às pessoas jurídicas (Informativo 277).²¹

Indene de dúvidas que os direitos fundamentais restaram elevados à uma posição privilegiada dentro dos ordenamentos, alcançando o ápice da pirâmide de Kelsen: as constituições. Essa incorporação dos referidos direitos, contudo, não foi instantânea, mas resultado de uma construção histórica, de lutas e revoltas. De acordo com Barroso, já no início do século XIX, os direitos naturais, que na nomenclatura atual nada mais são do que direitos fundamentais, “havia se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos.”²²

O mesmo autor menciona ainda que no século XIX, a incorporação desses direitos às constituições acontece de forma pacífica, não mais revolucionária.²³ Mas nem sempre foi assim.

A gênese cronológica do surgimento de tais direitos é chamada pela doutrina tradicional de geração. A primeira onda de direitos fundamentais, surge por ocasião

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª Edição. São Paulo: Ed Atlas, 2004. p. 65.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Op. cit.* p.323.

²³ *Ibid.*

da revolução francesa, que como sugere os historiadores, teve início em 1789.²⁴ O panorama existente na França, no século XVIII, era de uma sociedade feudal, dividida em três classes sociais ou estamentos, lideradas por um rei de poder absoluto e incontestável. A burguesia, pertencente ao terceiro estamento, vinha aumentando seu poder econômico enormemente, contudo continuava excluída de privilégios concedidos aos membros do primeiro e segundo estados, quais sejam: gozar de participação efetiva na vida pública, com poder decisório nas assembleias e, também, gozar de isenções tributárias, uma vez que toda a carga de impostos era suportada pelo terceiro estado. Esse contexto propiciou uma insurreição contra os desmandos de duas classes socialmente parasitárias, apoiadas por um rei controlador. Entra em cena a revolução francesa e junto com ela o famoso lema: liberdade, igualdade e fraternidade.

Inicialmente, a maior necessidade era de impor limites ao poder absoluto do Estado. Por isso, a primeira geração de direitos fundamentais, surgida pela revolução consagrou a liberdade. Logo, criava-se uma esfera da vida que antes não existia: a vida privada.²⁵ Nesse espaço, o sujeito era livre de qualquer interferência estatal e poderia gozar da vida livremente. Uma eventual intervenção estatal na vida dos indivíduos, só poderia se dar através de previsão legal e não mais pelo simples arbítrio real. Nesse sentido leciona Walber de Moura Agra que:

Esses direitos de primeira dimensão (geração) são igualmente chamados de direitos de resistência, de defesa e de direitos negativos. São denominados dessa forma porque se

²⁴ Não obstante, segundo a professora Vânia Siciliano Aieta, “o processo de positivação dos direitos fundamentais tem início na Idade Média. Dessa época, datam os primeiros documentos jurídicos que os revelaram.” Essa autora destaca, ainda, que “de todos os documentos medievais, a primeira grande fonte das Declarações de Direitos Fundamentais foi a Magna Carta de 1215, alcançando posteridade e relevância na história do processo de positivação dos Direitos Fundamentais.” Mas é preciso fazer uma ressalva, porque somente a partir do século XVIII, “surge o entendimento de que as constituições deveriam conter uma série de dispositivos que proclamassem os *princípios fundamentais*, caracterizando a própria natureza e fins do Estado.” (AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 1999. p. 9, 10 e 12). Ou seja, podemos até admitir que o movimento de incorporação dos direitos fundamentais aos ordenamentos positivos, teve início anterior a Revolução Francesa, mas esse fenômeno era bastante incipiente. Os documentos medievais se assemelhavam mais com uma carta de intenções do que com um plano político e normativo. Mas, após a Revolução Francesa, o Estado começa a traçar como finalidade a tutela efetiva desses direitos, criando, inclusive, garantias constitucionais.

²⁵ Conforme leciona Vânia Siciliano Aieta: “O advento das civilizações burguesas trouxe uma preocupação muito grande com a esfera privada.” Op. cit. p. 3.

concretizam com a abstenção do Estado em realizar certas condutas. Assim, o direito à liberdade é garantido desde que os entes estatais não coloquem empecilhos no deslocamento dos cidadãos. Estão compreendidos nessa dimensão os direitos civis, políticos e de liberdade.²⁶

O mesmo autor acrescenta:

A gênese dessa dimensão de direitos foi a resistência contra o Estado opressor, contra os privilégios da realeza, contra o modelo feudal que oprimia a burguesia incipiente. Para a realização dos direitos de primeira dimensão, bastou o surgimento do Estado de Direito, em que a atuação dos entes estatais deveria ser feita mediante lei, suprimindo a vontade despótica do rei.²⁷

Superado esse período conturbado, a burguesia, finalmente, consegue obter ampla influência política, com total controle dos órgãos públicos. Dá-se início ao Estado Liberal. Fortemente influenciado pela idéia do *laissez-faire*, a qual era vedado ao Estado interferir na economia, os burgueses buscaram estabelecer uma igualdade meramente econômica. Nas relações comerciais, na feitura de contratos, havia a presunção de que as partes sempre estavam em plenas condições de igualdade, exercendo tão-somente a sua autonomia. Um eventual prejuízo que a parte suportasse, era de responsabilidade única do seu mau tino para os negócios. Mais uma vez enfatizamos, tinha-se o entendimento de que qualquer anomalia no sistema econômico seria regulado ou ajustado pelo próprio mercado e não pelo ente estatal.

Essa norma ordem, com sua tentativa de igualar todos os indivíduos no mesmo patamar negocial, sem dúvidas, gerou uma profunda distorção. Isso porque não se levava em conta o fato de que, muitas das vezes, as partes eram bastante desiguais. O camponês pobre se via em séria desvantagem ao contratar a sua produção com um alto comerciante burguês. Não tendo o mesmo poder de barganha, tinha que se submeter aos preços estabelecidos aos seus produtos, consideravelmente baixos. A ficta liberdade econômica perdurou até o *crash* da

²⁶ Op. cit. p. 110.

²⁷ Ibid.

bolsa de Nova York, em 1929. A partir de então, começou o que ficou conhecido como a Grande Depressão.

Com a quebra de Wall Street várias famílias americanas perderam, repentinamente, todo o seu dinheiro que estava investido na bolsa. Sem dinheiro para consumir mesmo os produtos básicos de subsistência, a economia parou e os estoques acumularam-se, o que, por sua vez, gerou uma pressão inflacionária. Enquanto estabelecimentos comerciais faliam, a fila do desemprego aumentava. Em pouco tempo, os efeitos da recessão econômica se estenderam ao mundo inteiro. A Europa, que vinha se recuperando dos estragos causados pela Primeira Guerra Mundial e que dependia do crédito americano, perdeu essa preciosa ajuda. Os países começaram a aprovar leis protecionistas, indicando o fim do liberalismo clássico.²⁸

Mas foi em 1933, nos Estados Unidos, que a nova ordem político-econômica mundial se modificou radicalmente. Franklin Delano Roosevelt foi eleito presidente e deu início à uma política que ficou conhecida como *new deal*. O conjunto de ações tomadas pelo governo visava reconstituir o poder de compra das famílias, para que as mesmas pudessem reaquecer novamente o mercado.²⁹ Nesse passo, dentre outras medidas, foram realizadas grandes obras públicas, que geraram um bom número de empregos. Além disso, criou-se uma linha de crédito destinada a ajudar alguns setores da economia. E por fim, passou-se a dar mais atenção a questão previdenciária, com fornecimento de pensões aos aposentados e seguro desemprego.

²⁸ Vânia Siciliano Aieta indica como marco inicial do declínio da era liberal, a Revolução Russa de 1917. Nessa ocasião, o ideal liberal do individualismo (baseado no jusnaturalismo), cedeu lugar ao positivismo, que, progressivamente, estabelece limites à liberdade. A partir de então, “as concepções do liberalismo clássico entram em declínio, pois os positivistas impõem a fixação da consistência dos direitos através de regras, em detrimento da Teoria dos Direitos Naturais.” A autora cita a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, como exemplos de tentativa de conciliação entre direitos de liberdade e direitos sociais. (Op. cit. p. 17/18).

²⁹ Sobre isso, o professor de história da USP, José Jobson de Andrade Arruda, diz: “Era preciso abandonar o capitalismo liberal, limitando o poder dos capitalistas e aumentando a renda dos consumidores, através do dirigismo econômico e da intervenção do Estado na economia de forma mais enérgica...O *New Deal* é um marco histórico na trajetória do capitalismo americano. A intervenção do Estado na vida econômica, ainda modesta, se compararmos com a planificação e o dirigismo típico do modelo soviético, representa uma mudança significativa no modelo tradicional da economia de mercado praticada pelos americanos.” (ARRUDA, José Jobson de A. **A crise do Capitalismo Liberal**. In: REIS FILHO, Daniel, FERREIRA, Jorge e ZENHA, Celeste. *O século XX: o tempo das crises*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 30/31, grifado do original).

O campo estava fértil para o surgimento de uma nova onda direitos fundamentais, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos. Segundo Walber de Moura Agra:

O governo não poderia mais adotar uma postura inerte, esperando que a “mão invisível” do mercado possibilitasse a construção de um Estado de bem-estar social. Tornou-se inevitável a atuação estatal para suprir as demandas mais urgentes da sociedade.³⁰

E não é só:

Os direitos de segunda dimensão produzem uma simbiose entre o Estado e a sociedade, propiciando que a igualdade saia da esfera formal e adentre na esfera material, garantindo direitos a todos, principalmente àquela parte da população que é carente de recursos.³¹

Com o advento dos direitos de segunda geração, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha um novo prisma. A defesa da dignidade deixou de ser vista apenas como a não intervenção abusiva do Estado na vida privada, gerando um dever negativo, para transformar-se em dever positivo.

Para completar, a terceira onda ou geração de direitos fundamentais transpassa o caráter coletivo, identificado com grupos delimitados, para se expandir à interesses difusos, abrangendo número indeterminado de sujeitos. Esse movimento surge a fim de consagrar “os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos...”³²

Desta forma, conforme apresenta Alexandre de Moraes citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho³³, “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a

³⁰ Op. cit p. 110.

³¹ Op. cit. p. 111.

³² MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 61/62.

³³ O citado constitucionalista afirma que “o direito comparado aponta e a doutrina moderna registra pelo menos três “ondas” ou “gerações” de direitos fundamentais: a das **liberdades públicas**, como os afirma a Declaração de 1789, a dos **direitos econômicos e sociais** que anunciou a Constituição Alemã de 1919 e a dos **direitos de solidariedade**, presentes nas constituições mais recentes em numerosos pactos internacionais...”(FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 5).

segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.³⁴

Celso de Mello resumiu esse quadro evolutivo dos direitos fundamentais da seguinte forma:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³⁵

Ressaltamos, contudo, que a evolução dos direitos fundamentais é um fenômeno contínuo, não sendo possível delimitar um termo final. Na lição de Walber de Moura Agra:

Não se pode precisar um término para a evolução dos direitos fundamentais. Ela é infinita, consolidada uma dimensão, imediatamente outra começa a se consolidar. Enquanto o ser humano continuara a produzir valores, as suas necessidades a cada dia se avolumarão, sem se poder precisar um final para a saciedade dos interesses humanos.³⁶

Para embasar essa tese, o citado professor alude a uma quarta geração de direitos fundamentais constituídos por: direito a participação política efetiva, garantia de institutos de democracia participativa, liberdade ampla de informação, aprimoramento do regime democrático, manipulação genética, liberdade de mudança de sexo, etc.³⁷

Depois dessa exposição acerca dos direitos fundamentais, sua evolução histórica e sua importância na ordem jurídica, passemos a consideração das espécies de direitos, que se relacionam diretamente com o nosso tema. O primeiro deles: o direito à vida.

³⁴ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p.62.

³⁵ STF, Pleno, MS nº 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário de Justiça*, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

³⁶ AGRA, Walber de Moura. Op. cit. p. 109.

³⁷ Op. cit. p. 112; Ver também DE MORAES, Maria Celina Bondin. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro. Ed. Renovar: 2007. p. 96.

2.1 – Direito à Vida

Regra geral, a humanidade compartilha o sentimento de que a vida é um bem de valor inestimável.³⁸ Mesmo em culturas em que pode parecer, *a prima face*, que se trata de um bem descartável, uma análise mais cuidadosa desmente tal assertiva. Em lugares que sofrem a influência do fundamentalismo islâmico, por exemplo, é comum ver pessoas dispostas a sacrificar a própria vida, para pôr fim à vida de outros, na defesa de seus interesses políticos-religiosos. Contudo, mesmo nesse caso, em que a morte parece tão banal, o fim não é algo agradável, mas bastante sofrido, conforme demonstra as cenas corriqueiras de mulheres e homens palestinos aos prantos, pela morte de familiares. Para o jurista norte-americano Ronald Dworkin, a vida possui um valor em si mesmo, que ele chama de *intrínseco*. Nesse caso, vamos além de um valor considerado, *in casu*, onde prepondera o juízo subjetivo. Mas conforme o renomado autor explica:

Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for *independente* daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas. A maioria de nós trata alguns objetos e acontecimentos como intrinsecamente valiosos nesse sentido: achamos que devemos admirá-los e protegê-los porque são importantes em si mesmos, e não se ou por nós, ou outras pessoas, os desejamos ou apreciamos. Muitas pessoas acham que as grandes pinturas, por exemplo, são intrinsecamente valiosas. Elas são valiosas e devem ser respeitadas e protegidas por sua qualidade inerente de arte, e não porque as pessoas apreciem olhá-las ou encontrem alguma forma de instrução ou de experiência estética prazerosa em contemplá-las.³⁹

O valor intrínseco mencionado por Dworkin, nada mais seria que uma espécie de valor universal, compartilhado pelo inconsciente coletivo. E conforme o trecho

³⁸ Em célebre passagem bíblica, o anjo rebelde, que veio a se tornar Satanás, o Diabo, desafia o criador, Jeová Deus, dizendo que as pessoas só são obedientes à ele por motivos egoístas, em busca de vantagens pessoais. E que o ser humano ao ver sua vida em risco, não hesitaria em fazer qualquer coisa ao seu alcance para preservá-la, mesmo à revelia da vontade divina. Então, diz o relato, “Satanás respondeu a Jeová e disse: Pele por pele e tudo o que o homem tem dará pela sua alma (= vida).” (Jó 2:4, Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas). Essa fala ilustra bem o instinto humano da sobrevivência, sendo algo da natureza humana, transpassando aspectos culturais. Ressaltamos, porém, que dependendo da cultura, o grau de valor à vida difere, mas sempre existe um mínimo considerável de importância.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida- Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ª Edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. p. 99/100.

citado, não se limita à vida humana, mas se estende também à outros bens, como objetos e acontecimentos, e em outra passagem, o jurista ainda cita os animais em extinção.⁴⁰ Mas, com certeza, a vida humana transpassa como algo superior a tudo isso. Nesse sentido, o ilustre professor conclui:

Se for uma terrível profanação destruir uma pintura, por exemplo, ainda que uma pintura não seja uma pessoa, por que não deveria ser uma profanação ainda maior destruir uma coisa cujo valor intrínseco pode ser tão imensamente maior?⁴¹

E não é só:

Sem dúvida nossa preocupação com as espécies animais atinge sua forma mais dramática e intensa no caso de uma espécie em particular: a nossa...Nossa preocupação com a arte e a cultura reflete o respeito em que temos a criação artística, e nossa preocupação especial com as espécies animais reflete um respeito semelhante por aquilo que a natureza, entendida como instância divina ou secular, produziu. Essas bases idênticas do sagrado se unem no caso da sobrevivência de nossa própria espécie, pois para nós é de crucial importância que sobrevivamos...⁴²

Desta forma, resta evidenciado o grau de importância em que se coloca o bem em discussão. Entretanto, podemos ir além, porque se considerarmos o ponto de vista da religião, mais especificamente, das religiões que professam a fé cristã, como é o caso das testemunhas de Jeová, então estamos falando de algo mais do que valioso, mas de algo sagrado. O princípio da santidade da vida está presente na Bíblia desde o início dos tratos de Deus com a antiga nação de Israel. Através de um código escrito, conhecido como Lei Mosaica, Jeová, segundo a doutrina religiosa, consagrou a vida como um bem jurídico protegido, consubstanciado na seguinte

⁴⁰ “Por que as espécies individuais são tão valiosas que seria terrível que um empreendimento útil destruísse uma ou algumas milhares de espécies que existem no mundo? Alguém poderia dizer: protegemos as espécies ameaçadas de extinção porque queremos ter o prazer de continuar vendo animais de todas as espécies, ou porque queremos as informações úteis que podemos obter através de seu estudo, ou porque para nós é mais interessante que existam mais e não menos espécies. Nenhum desses argumentos, porém, parece ser muito verdadeiro. Muitas das pessoas – talvez a maioria – que consideram importantes as espécies ameaçadas talvez nunca cheguem a ver qualquer dos animais que querem proteger. Duvido que muitos dos que se empenham em proteger o mocho-orelhudo norte-americano tenham algum plano de visitar o habitat desses pássaros ou de vê-los em zoológicos, assim como não acho que acreditem que a preservação dos mochos-orelhudos nos permitirá adquirir informações úteis suficientes para justificar os gastos envolvidos. Essas pessoas lutam para proteger as espécies simplesmente porque acham que seria uma vergonha que os atos e as decisões humanas provocassem seu desaparecimento...Este é, portanto, outro exemplo importante de algo que muitos de nós consideramos possuir valor intrínseco...”(Op. cit. p. 104/105).

⁴¹ Op. cit. p. 102.

⁴² Op. cit. p. 106/107.

vedação, presente naquilo que se convencionou chamar de 10 Mandamentos: “Não deves assassinar.”⁴³

No mundo secular não é diferente. Dada a reconhecida relevância à vida humana, o Estado também estende especial atenção ao bem em referência a fim de mantê-lo incólume. Não é sem razão que o nosso Código Penal descreve várias condutas atentatórias à vida, prevendo as respectivas sanções.⁴⁴ Mais do que isso, a vida não é apenas protegida por uma lei infraconstitucional, porém, elevada a condição de direito fundamental, expressamente inscrito no artigo 5º, caput da Constituição da República, onde tem garantida a sua inviolabilidade. Segundo Alexandre de Moraes, a Constituição obriga o Estado a assegurar esse direito em duas acepções, a primeira relacionada ao direito do sujeito de continuar vivo e a outra relacionada a manutenção de uma vida digna quanto à subsistência.⁴⁵

Ocorre que, mesmo havendo certa unanimidade na doutrina no sentido de reconhecer o direito à vida como o mais importante dos direitos fundamentais⁴⁶, também se admite que, assim como qualquer direito, esse não é absoluto, ou seja, existem hipóteses em que a inviolabilidade da vida é afastada para contemplar outros interesses, ou direitos. Walber de Moura Agra cita os seguintes exemplos:

Como nenhum direito é absoluto, podendo ser restringido ou até mesmo retirado em razão de relevante interesse público, o direito à vida sofre exceção em caso de guerra declarada, havendo a tipificação dos crimes de deserção ou traição.⁴⁷

Há mais:

O direito à vida também abrange a vida uterina, que começa com a concepção e termina com o parto, tipificando o crime de aborto (art. 124 do Código Penal). O art. 128 do Código Penal brasileiro prevê a possibilidade de aborto terapêutico e de aborto sentimental ou humanitário...⁴⁸

⁴³ Êxodo 20:13 (Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas).

⁴⁴ Artigos 121 e seguintes do CP.

⁴⁵ Op. cit. p. 66; Ver também BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000. p. 7.

⁴⁶ Alexandre de Moraes, Op. cit. p. 65; Walber de Moura Agra, Op. cit. 114; BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 6.

⁴⁷ Op. cit. p. 115.

⁴⁸ Idem.

Pelo exposto, verificamos que o direito à vida não é soberano, não prevalecendo *sempre* sobre os demais direitos, em qualquer situação. Ao contrário, a prevalência do mencionado direito opera-se no âmbito do caso concreto. Isso se dá pela própria natureza fundamental ou essencial dos direitos em questão. Se retirarmos, por exemplo, um alicerce fundamental à sustentação de um prédio, certamente os riscos daquela edificação desmoronar serão enormes, ou seja, toda a sua sustentação é imprescindível. Logo, não há que se falar, abstratamente, numa eventual prevalência de um direito fundamental sobre outro, mas tão-somente na análise do caso *in concreto*, quando constatada colisão entre os mesmos. Cabe ao Estado, antes de mais nada, tentar conciliar a preservação dos direitos fundamentais em conflito e, esgotadas **todas** as tentativas, decidir qual prevalecerá.

O caso da recusa por parte das testemunhas de Jeová às transfusões de sangue, remete, *a prima face*, à uma situação típica de conflito entre direitos fundamentais: de um lado o direito à vida, do outro a liberdade religiosa, mais precisamente, a liberdade de crença e de consciência. Uma análise *en passant* sobre as questões envolvidas poderia gerar uma simplória solução para o caso, qual seja, dar prevalência ao mais fundamental de todos os direitos, a vida. No entanto, a tese segundo a qual existe uma colisão entre direitos fundamentais no caso *in comento*, não deve prosperar, conforme ficará demonstrado no item 3.1.

Passemos agora a consideração do segundo direito fundamental presente na nossa discussão: a liberdade religiosa.

2.2 – Direito à Liberdade Religiosa

Conforme versamos no item 2 da presente, a liberdade foi introduzida na primeira geração de direitos fundamentais, pela necessidade de impor limites a ingerência do Estado na vida privada dos indivíduos, um campo em que o ente

estatal não deveria regular, deixando ao arbítrio do sujeito.⁴⁹ Desta forma, da liberdade, qual conceito amplo, defluiu os direitos à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, de pensamento, e à propriedade.⁵⁰

A liberdade religiosa, espécie do gênero liberdade, recebeu tutela no artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, revestida como liberdade de opinião, quando diz: *“Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.”*⁵¹

Como pode-se observar no dispositivo citado, havia também uma preocupação em delimitar os limites do exercício desta liberdade. Isso não mudou após a absorção desse direito nos ordenamentos constitucionais. No Brasil, a Constituição de 1967/EC nº 1 de 1969 resguardava a liberdade religiosa, contanto que não contrariasse a ordem pública e os bons costumes. Apesar do texto atual da Constituição de 1988 não trazer expressamente essa limitação, não se pode admitir que a Carta Magna passou a admitir a prática religiosa contrária àqueles valores.⁵² Pelo contrário, conforme expõe Walber de Moura Agra:

Os limites para a liberdade de crença residem nos direitos fundamentais da pessoa e na lei de proteção aos animais. Com essa medida, pretende-se evitar o sacrifício de pessoas humanas, atos que possam denegri-las e maus-tratos contra os animais.⁵³

O professor conclui:

⁴⁹ Maria Celina Bodin ensina que a liberdade surge como valor burguês e, de início, visava salvaguardar a propriedade privada. Mas “a situação começou a se modificar justamente a partir da necessidade de regulamentar as situações extrapatrimoniais.” A professora diz ainda que “o princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.” (Op. cit. p. 104 e 107).

⁵⁰ AGRA, Walber de Moura. Op. cit. p. 117.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 13.

⁵² Celso Ribeiro Bastos dispõe que “o campo religioso, além de ser por excelência o das faculdades mais elevadas do ser humano, campo de realização dos anseios mais profundos da alma humana, é também espaço invadido por impostores, falsos profetas, que desnaturam esta atividade movidos por toda sorte de vícios. O Estado não pode, pois, deixar de estar alerta para coibir falsas expressões da religiosidade. Esta há de estar adstrita sempre a dois requisitos essenciais: à boa-fé dos promotores do culto ou da seita e também à exclusão de qualquer prática que, independentemente do seu pretense caráter religioso, seja atentadora aos princípios da ordem constitucionalmente estabelecida.” (Op. cit. p. 12).

⁵³ Op. cit. p. 130.

Como limite à liberdade de culto, podemos apontar que sua manifestação tem de respeitar o sossego dos vizinhos, não podendo fazer barulho que atrapalhe o descanso alheio. Caso isso ocorra, os cultos podem sofrer restrição no horário ou as igrejas ser obrigadas a providenciar vedação sonora para diminuir o barulho.⁵⁴

Outra questão, foi estabelecer o que seria liberdade religiosa. Conforme mencionado, na esteira da Revolução Francesa, entendeu-se ser mero poder de expressar livremente uma opinião de cunho religioso. A mudança de tratamento e conceituação pode ser vista na evolução constitucional brasileira. O catolicismo foi a religião oficial do Estado, durante todo período colonial, até porque na metrópole, Portugal, existia a mesma política, inclusive com um sistema conhecido como padroado⁵⁵, também praticado no Brasil. Desta forma a primeira Constituição, de 1824, promulgada após a independência, disciplinava a liberdade religiosa como mera tolerância à prática de outros credos, não católicos. No entanto, o catolicismo permaneceu como a religião oficial do Império e às outras religiões foi imposta uma limitação contida no art. 5º:

A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas sem forma alguma exterior de templo.⁵⁶

A separação entre Igreja e Estado ocorreu com a promulgação da Constituição de 1891 e foi seguida por todas as demais. Também pôs termo às limitações impostas ao exercício de qualquer religião, contanto que não ofendesse o bem comum, conforme se verifica no art. 72, 3º:

Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.⁵⁷

⁵⁴ Op. cit. p. 131; Alexandre de Moraes vai no mesmo sentido quando diz: “A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes.” E conclui: “Obviamente, assim como as demais liberdades públicas, também a liberdade religiosa não atinge grau absoluto, não sendo, pois, permitidos a qualquer religião ou culto atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilização civil e criminal.” (Op. cit. p. 77).

⁵⁵ Através do padroado, era concedido poder ao Estado para intervir nos assuntos internos da Igreja, inclusive na nomeação de bispos.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Op. cit. p. 14.

⁵⁷ Idem.

Desta forma, ficou vedado ao Estado impor aos indivíduos determinado credo ou intervir nos assuntos administrativos das igrejas. Isso era apropriado, uma vez que tal intervenção, não raro, gerava conflitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que os conflitos entre deveres religiosos e comandos estatais se verificam desde a antiguidade, passando pelo primeiro século da Era Cristã, em que os seguidores de Cristo sofreram às mãos dos Césares de Roma.⁵⁸ De fato, a Bíblia registra que em certa ocasião, os apóstolos mantiveram o seu trabalho de evangelização, mesmo após terem sido encarcerados e proibidos pelo Sinédrio, a Suprema Corte Judaica, de continuar realizando tal obra, porém de forma corajosa responderam: “Temos de obedecer a Deus como governante antes que aos homens.”(Atos 5:29, Op. cit.)⁵⁹

A atual Constituição consagrou a liberdade religiosa no seu art. 5º, VI que dispõe:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

A doutrina tem entendido o referido direito, segundo o novo texto constitucional, como “direito de cada ser humano ter sua religião, por escolha livre, segui-la livremente nos seus mandamentos, prestar, segundo estes, o seu culto à

⁵⁸ Ibid. p. 10.

⁵⁹ As testemunhas de Jeová entendem que, não obstante estarem sujeitas às autoridades governamentais, a sua obediência à Jeová deve vir antes. Assim, se alguma ordem estatal entra em conflito com as “ordens divinas” contidas na Bíblia, aquela deve ser desconsiderada, segundo o princípio deixado por Cristo de pagar de volta a César o que é de César, mas a Deus o que é de Deus. (Mateus 22:17-21; Romanos 13:1, Op. cit.). Cabe mencionar a onda de perseguição sofrida por esse grupo religioso no Malawi, a partir da década de 60. O anuário das testemunhas de Jeová de 1999 relata: “O início da década de 60 viu crescer o espírito nacionalista em Malawi. Segundo um acordo firmado com a Grã-Bretanha, o país ganharia autonomia em meados de 1964, depois de uma eleição geral. No ínterim, o Dr. Banda foi empossado como primeiro-ministro interino da colônia. Antes da eleição geral, o governo tomou medidas para um cadastramento *facultativo* dos eleitores, de 30 de dezembro de 1963 a 19 de janeiro de 1964...Com a febre do cadastramento eleitoral ardendo no país, as Testemunhas de Jeová exerceram seu direito de *não* se cadastrar. No entanto, quando delegados do partido notaram sua neutralidade, teve início uma violenta onda de perseguição. Tentou-se obrigar as Testemunhas de Jeová a mudar de idéia e comprar cartões de afiliação partidária. Nesse período, a filial foi informada de que mais de 100 Salões do Reino e bem mais de 1.000 casas de irmãos haviam sido incendiados ou derrubados. Centenas de campos ou celeiros foram queimados. Infelizmente, devido a isso, muitas famílias de Testemunhas de Jeová viram-se sem alimento e abrigo. Para salvar a vida, algumas fugiram para o vizinho Moçambique. Muitas foram brutalmente espancadas...” (1999 – Anuário das Testemunhas de Jeová. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999. p. 171,172. grifado do original).

divindade, sem ingerência, mas com o apoio do Estado.”⁶⁰ Celso Ribeiro Bastos complementa:

Referida liberdade consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa. No entanto, ela não se esgota nesta fé ou crença pessoal, muitas vezes meramente subjetiva (de foro íntimo). Ela envolve todos os consectários que desta liberdade advêm, assim como engloba uma prática religiosa ou culto como um dos seus elementos fundamentais, do que resulta também incluída, na liberdade religiosa, além da realização prática das orientações religiosas, a possibilidade de organização destes mesmos cultos, dando lugar às igrejas ou locais de cultos.⁶¹

Assim, podemos conceber o exercício religioso em duas esferas, ambas protegidas, a subjetiva ou íntima, consubstanciada na crença e a prática propriamente dita, as formas pelas quais o sujeito exterioriza sua fé, através do culto, consubstanciado em atos litúrgicos.⁶² Neste respeito, trazemos a lição de Walber de Moura Agra:

O direito de culto garante a manifestação religiosa dos cidadãos – ele é o ato de cultuar, de externar a religiosidade perante o credo adotado, na manifestação da crença aceita. Como consequência do direito de culto há o direito de liturgia, que são os atos que externam a forma como os cidadãos entram em contato com a religiosidade. Seria a proceduralização dos atos do culto. A missa é um exemplo de culto e as suas etapas, como a eucaristia, cantos iniciais etc., exemplos de liturgias.⁶³

Proteger a liberdade de culto e suas liturgias é mera consequência da proteção à liberdade de crença, sendo certo que restaria completamente inócuo resguardar a última, se a primeira não fosse igualmente protegida. Segundo Alexandre de Moraes, “a abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, a moral, a liturgia e o culto.”⁶⁴

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 17,18.

⁶¹ Op. cit. p. 11.

⁶² Celso Ribeiro Bastos define liberdade de culto da seguinte maneira: “Como já visto, a religião não pode, como de resto acontece com as demais liberdades de pensamento, contentar-se com a sua dimensão espiritual, isto é, enquanto realidade ínsita à alma do indivíduo. Ela vai, contudo, via de regra, procurar uma externalização, o que demanda um aparato, um ritual, uma solenidade mesmo, que a manifestação do pensamento não requer necessariamente, a que se denomina “liberdade de culto”.” (Op. cit. p. 13).

⁶³ Op. cit. p. 130.

⁶⁴ Op. cit. p. 75.

Nessa esteira, voltamos novamente atenção ao caso das transfusões de sangue. O ato de recusa por parte das testemunhas de Jeová ao referido procedimento médico, importa apenas em uma forma de exteriorizar a sua fé, baseada num entendimento que elas tem da Bíblia. E como cabe ao Estado, por dever constitucional, proteger os atos litúrgicos de diferentes credos, a menos que sejam atentatórios contra a ordem pública e os bons costumes, entendemos que o ente estatal não deve opor limites a posição das testemunhas neste particular, sob pena de ferir sobremaneira uma livre expressão religiosa legítima. Como leciona Celso Ribeiro Bastos, “as práticas religiosas das Testemunhas de Jeová em nada violam o ordenamento jurídico brasileiro”, mas, continua o mestre, “a recusa de transfusão de sangue nada mais é do que uma forma do fiel externar a sua fé.” E por fim conclui, “a orientação religiosa há de ser seguida pelo indivíduo em todos os momentos de sua vida, independentemente do local, horário ou situação. De outra forma, não haveria nem liberdade de crença, nem liberdade no exercício dos cultos religiosos, mas apenas “proteção aos locais de culto e suas liturgias””, acaso desrespeitada a posição das testemunhas.⁶⁵

2.2.1 – Liberdade de Crença

Decorrencia da liberdade religiosa, sendo por esta abarcada, a liberdade de crença está consagrada no mesmo art. 5º, VI da CF/88 supra citado (item 2.2). E decorre desta, pelo simples fato de que a crença representa uma ideologia ou doutrina, a qual toda religião possui e, por consequência, defende. Cabe a ressalva, também, que a crença é uma espécie do gênero pensamento.

O ser humano é um animal racional, o que, aliás, nos diferencia dos demais. Por isso, detêm a capacidade de produzir pensamentos, ideologias, doutrinas, ou seja, uma construção abstrata, imaterial. A crença, portanto, é uma forma de ideologia ou pensamento, só que de cunho religioso. Ela nasce no foro íntimo, mas

⁶⁵ Op. cit. p. 13.

como já destacamos, pode se exteriorizar através de atos, e é o que normalmente acontece. O Estado, por sua vez, está legitimado para regular a prática religiosa ou o culto, mas qualquer tentativa de intervir na crença restará inócua. Conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

...o direito não alcança o foro íntimo, sendo baldadas de êxito todas as tentativas dos detentores da verdade de impor uma crença, mormente religiosa, ou proibi-la, segundo revela a história do passado e do presente (v. o fracasso da campanha ateísta soviética)...⁶⁶

É certo, porém, que não faltaram tentativas por parte dos Estados Nacionais ao longo da história em impor diretrizes ao pensamento *lato sensu*, não apenas a crença religiosa. Na União Soviética, além dos esforços de eliminar a crença religiosa, havia também uma campanha de controle ideológico de cunho político, ou seja, era absolutamente vedado contestar o então sistema vigente, o socialismo, sob pena de se caracterizar um traidor e, com isso, sofrer terríveis sanções, como a condenação à morte. A fogueira de livros na Alemanha nazista é outro exemplo. E por fim, destacando que esse rol não é taxativo, podemos lembrar da caça às “bruxas”, durante a inquisição.

No entanto, todas essas tentativas não prosperaram. Segundo Hannah Arendt, os regimes totalitários de governo visam exatamente isso: controlar o pensamento humano. Através de uma política de doutrinação, no totalitarismo inexistente a crítica, a diferença, porque todas as pessoas pensam igual, compartilham da mesma ideologia, aquela mais conveniente para o regime. Quando isso acontece, surge o que a filósofa chama de *domínio total*.⁶⁷ Mas parte da historiografia entende que tal regime nunca existiu na prática.⁶⁸ O nazismo, apesar de ter angariado amplo apoio, apenas se

⁶⁶ Op. cit. p. 19.

⁶⁷ Segundo ela, “o domínio total, que procura sistematizar a infinita pluralidade e diferenciação dos seres humanos como se toda a humanidade fosse apenas um indivíduo, só é possível quando toda e qualquer pessoa seja reduzida à mesma identidade de reações. O problema é fabricar algo que não existe, isto é, um tipo de espécie humana que se assemelhe a outras espécies animais, e cuja única “liberdade” consista em “preservar a espécie”. O domínio totalitário procura alcançar esse objetivo através da doutrinação ideológica das formações de elite e do terror absoluto nos campos...” (ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 5ª reimpressão. Editora Companhia das Letras. p. 488).

⁶⁸ Sobre o período de terror vivido na URSS, o professor de história da UFF, Jorge Ferreira, diz: “...é freqüente na literatura a adoção do termo “totalitarismo” para definir o poder na União Soviética. Apesar de brutal, burocrático e terrorista, o modelo soviético não foi “totalitário”. O romance *1984*, de George Orwell, sugeriu a imagem de uma

aproximou desse propósito, uma vez que sofreu resistência de alguns cidadãos alemães, que conseguiram manter a sua individualidade, consubstanciada num pensamento crítico. Também os que foram perseguidos, não se reduziram completamente à uma massa sem razão de ser, cuja existência não se justificava. A própria Hannah Arendt admite:

Morta a pessoa moral, a única coisa que ainda impede que os homens se transformem em mortos-vivos é a diferença individual, a identidade única do indivíduo. Sob certa forma estéril, essa individualidade pode ser conservada por um estoicismo persistente, e sabemos que muitos homens em regimes totalitários se refugiaram, e ainda se refugiam diariamente, nesse absoluto isolamento de uma personalidade sem direitos e sem consciência. Sem dúvida, essa parte da pessoa humana, precisamente por depender tão essencialmente da natureza e das forças que não podem ser controladas pela vontade alheia, é a mais difícil de destruir (e, quando destruída, é a mais fácil de restaurar).⁶⁹

É certo, porém, que existem ideologias, ou mesmo crenças religiosas, que resultam nocivas e que, por isso, merecem ser combatidas. No entanto, a melhor maneira de se proceder em um combate ideológico é opondo argumentos contra argumentos e não usando a força. Aliás, essa é a razão de ser da democracia, a qual pautada na liberdade de opinião, promove o espaço para o debate, campo em que se buscará o convencimento da parte contrária, para que a mesma abandone sua crença anterior, abraçando a nova tese apresentada. Mas o debate só alcançará esse objetivo, se as partes estiverem dispostas a considerar os argumentos apresentados, caso contrário, teremos apenas uma discussão entre pessoas refratárias.⁷⁰ Cabe

sociedade totalitária, onde ninguém escapava do olho vigilante do poder, vítima, ainda, de lavagens cerebrais. “Isso é sem dúvida o que Stalin teria *querido* alcançar”, diz Hobsbawm... “O sistema não exercia efetivo ‘controle da mente’, e muito menos conseguia ‘conversão do pensamento’ (...)”, embora despolitizasse e aterrorizasse a sociedade...” E conclui citando Martin Malia: “O controle total de uma sociedade por um Estado é irrealizável...”(FERREIRA, Jorge. **O Socialismo Soviético**. In: REIS FILHO, Daniel, FERREIRA, Jorge e ZENHA, Celeste. *O século XX: o tempo das crises*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 106, grifado do original).

⁶⁹ Op. cit. p. 504.

⁷⁰ Em certa passagem bíblica, vemos que o apóstolo Paulo tinha o costume de participar de debates de cunho religioso e sua qualidade de convencimento apresentava boa margem de êxito. Vemos também que é possível estabelecer um debate desta natureza, de modo argumentativo e não apenas emocional, *in verbis*: “Assim, segundo o costume de Paulo, ele entrou, indo ter com eles, e por três sábados raciocinou com eles à base das Escrituras, explicando e provando com referências que era necessário que o Cristo sofresse e fosse levantado dentre os mortos...Em resultado, alguns deles tornaram-se crentes e associaram-se com Paulo e Silas, e assim fizeram também uma grande multidão dos gregos que adoravam a Deus e não poucas mulheres de destaque.” (Atos 17:2-4, Op. cit.). Em outra ocasião, o mesmo apóstolo foi igualmente persuasivo, ao apresentar sua defesa perante o Rei romano Agripa, contra uma denúncia de sedição, lançada

ressaltar, que não estamos condenando a pluralidade de pensamentos ou crenças, tão-somente afirmando que defender o pluralismo, não significa concordar com tudo que nos é apresentado. Neste particular, o campo da religiosidade é emblemático, isso porque, regra geral, as pessoas coadunam do entendimento de que “religião não se discute”, uma vez que todas as religiões ostentam coisas boas e ruins, sendo certo que no final, todas levam o sujeito ao mesmo lugar: à Deus. Ocorre que, tal conduta, além de promover a ausência de senso crítico, só beneficia aqueles que usam da boa-fé dos fiéis para favorecimento próprio.

Conforme demonstrado, a crença religiosa é a base em que se sustenta a fé.⁷¹ Então, qual é a crença em que se baseia a fé das testemunhas de Jeová, para adotarem essa posição controversa acerca da recusa às transfusões de sangue? Esse grupo religioso se reporta ao entendimento de diversos textos bíblicos cominados, além da lição dos tratos de Deus com a antiga nação de Israel, consubstanciados em costumes, chancelados pela historiografia.

O princípio bíblico que vem à baila é o da santidade da vida e, por consequência, do sangue, que simboliza a vida.⁷² O termo santo, significa algo que foi separado ou apartado para determinada finalidade.⁷³ Nesse sentido, não apenas pessoas podem ser santas, mas também coisas imateriais, animais e objetos.⁷⁴ Pois bem, o sangue teria sido, então, separado por Deus com o propósito de fazer expiação pelos pecados do homem. Desta forma, “no Israel antigo, um pecador arrependido podia oferecer um animal em sacrifício no altar de Deus em vez de ser

pelos judeus. A reação do rei foi inusitada, dizendo: “em pouco tempo me persuadirias a tornar-me cristão.” (Atos 26:28, Op. cit.).

⁷¹ A Bíblia diz que “a fé segue a coisa ouvida. Por sua vez, a coisa ouvida vem por intermédio da palavra...” (Romanos 10:17, Op. cit.). Ou seja, a fé não é uma qualidade inata do ser humano, mas ela é desenvolvida conforme a pessoa adquire conhecimento.

⁷² Uma obra de referência ensina: “Depois que Caim matou seu irmão, Abel, Jeová lhe disse: “O sangue de teu irmão está clamando a mim desde o solo.” (Gênesis 4:10) Quando Deus falou do sangue de Abel, ele referia-se à vida de Abel. Caim havia tirado a vida de seu irmão e tinha de ser punido. Era como se o sangue, ou a vida, de Abel clamasse a Jeová por justiça.” (*O que a Bíblia realmente ensina?*. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2005. p. 128/129).

⁷³ Jeová ordenou aos israelitas: “...tendes de mostrar-vos santos para mim, porque eu, Jeová, sou santo; e estou passando para separar-vos dos povos para vos tornardes meus.” (Levítico 20:26, Op. cit.).

⁷⁴ O primeiro templo construído pelos israelitas para a adoração de Jeová foi um tabernáculo simples, mas considerado santo, assim como os seus utensílios (Levítico 8: 10). Os animais ofertados à Deus como dádivas ou para a expiação de pecados, também eram considerados santos ou sagrados. (Levítico 7:1).

condenado por violar os mandamentos de Jeová.”⁷⁵ Qualquer outro uso do sangue seria ilegítimo e sujeitaria o infrator à morte. A vedação expressa presente na Bíblia, diz respeito ao uso do sangue na alimentação. Certa obra de referência diz:

Antes do Dilúvio, as pessoas comiam apenas frutas, vegetais, cereais e nozes. Depois do Dilúvio, Jeová disse a Noé e seus filhos: “Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo.” No entanto, Deus impôs esta restrição: “Somente a carne com a sua alma (ou vida) – seu sangue – não deveis comer.”(Gênesis 1:29; 9: 3,4).⁷⁶

E mais:

...Na Lei de Jeová aos israelitas, ele ordenou:”Quanto a qualquer homem...que caçando apanhe um animal selvático ou uma ave que se possa comer, neste caso tem de derramar seu sangue e cobri-lo com pó...Eu disse aos filhos de Israel: “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne.”” (Levítico 17: 13,14) A ordem de Deus de não comer sangue animal, originalmente dada a Noé uns 800 anos antes, ainda vigorava. O conceito de Jeová era claro: seus servos podiam comer carne animal, mas não o sangue...⁷⁷

Outra obra complementa:

Cerca de 2.400 anos depois que Jeová deu a Noé a ordem de não comer sangue, e aproximadamente 1.500 anos depois de estabelecer o pacto da Lei, ele inspirou o corpo governante da congregação cristã do primeiro século a escrever: “Pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: de **persistirdes** em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e **de sangue...**” – Atos 15:28, 29.(grifei)⁷⁸

Ou seja, mesmo depois da revogação da lei Mosaica, liberando os cristãos da dependência deste “tutor”⁷⁹, a vedação ao uso do sangue para fins diversos daquele pelo qual estava afeto se manteve, e, por consequência, os seguidores de Jesus deveriam persistir em manter a sua abstinência. É com base nessa crença que as testemunhas de Jeová se conduzem. Além disso, para elas, apesar de prezarem a vida, a obediência ao seu Deus é prioridade, sendo certo que a perda do favor dele

⁷⁵ *Mantenha-se no amor de Deus*. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2008. p. 76.

⁷⁶ *O que a Bíblia realmente ensina?*. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2005. p. 129.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Mantenha-se no amor de Deus*. Op. cit. p. 77.

⁷⁹ A Bíblia diz que a função da Lei era servir como tutor, conduzindo a Cristo, mas após a vinda dele, os cristãos não estariam mais debaixo daquele tutor. (Gálatas 3: 24,25. Op. cit.). A Edição Pastoral-Catequética substitui o termo por “pedagogo”.

representaria em prejuízo maior que a perda da própria vida. Isso ocorre porque elas acreditam que num futuro próximo, o Criador irá restabelecer as mesmas condições paradisíacas que existiam no Jardim do Éden e, então, a humanidade que for achada merecedora, desfrutará da tão aguardada vida eterna. Por isso, é aceitável a idéia de perder a vida nesse sistema iníquo já condenado, visando a “verdadeira vida no novo mundo”, porque acaso morram no favor de Jeová, terão a esperança de serem ressuscitadas no futuro paraíso terrestre, mas se perderem a vida na reprovação dele, não terão mais nenhuma expectativa de vida.⁸⁰

Por fim, pode-se questionar: visto que as Escrituras não condenam expressamente o uso do sangue em transfusões, seria razoável crer que tal prática é encarada de forma desfavorável por Deus? Outra obra de referência pondera:

Num hospital quando um paciente não consegue alimentar-se pela boca, ele é alimentado endovenosamente. Ora, será que alguém que jamais poria sangue em sua boca, mas que aceitasse sangue por meio de transfusão, estaria realmente obedecendo à ordem de “persistir em abster-se de sangue”? (Atos 15:29) A título de comparação, considere o caso de um homem a quem o médico dissesse que precisa abster-se de álcool. Estaria ele obedecendo à ordem, se deixasse de beber álcool, mas fizesse que este lhe fosse injetado diretamente nas veias?⁸¹

Ante o exposto, semelhante ao trabalho hermenêutico desempenhado pelos operadores do direito, para as testemunhas, o entendimento correto da Bíblia depende, muitas das vezes, de se buscar a intenção do “legislador”. Nesse sentido, sustentam que as Escrituras não contêm um rol taxativo de regras proibitivas,

⁸⁰ De acordo com 2 Pedro 3:13 (Op. cit.): “...há novos céus e uma nova terra que aguardamos segundo a sua promessa, e nestes há de morar a justiça.”; Salmos 36: 29 (Bíblia Sagrada Edição Pastoral-Catequética, 151ª Edição. São Paulo: Ed. Ave-Maria, 2002): “Os justos possuirão a terra, e a habitarão eternamente.”; João 5: 25,28,29 (Tradução do Novo Mundo. Op. cit.): “Digo-vos em toda verdade: vem a hora, e agora é, em que os mortos ouvirão a voz do Filho de Deus, e os que tiverem dado ouvidos viverão...Não vos maravilheis disso, porque vem a hora em todos os que estão nos túmulos memoriais ouvirão a sua voz e sairão...”; Ainda sobre a ressurreição, importante destacarmos que tal crença já se encontrava presente desde o judaísmo, quando pensava-se possível voltar a viver aqui mesmo na terra, num tempo futuro, conforme mostra Daniel 12: 13 (Op. cit.): “E quanto a ti mesmo (Daniel), vai para o fim; e descansarás, porém, no fim dos dias erguer-te-ás para receber a tua sorte.” A esperança numa ressurreição futura na terra, também, foi compartilhada pelos cristãos do primeiro século, como atesta a ocasião em que Lázaro morreu e indagada por Jesus, a irmã dele, Marta, disse: “Sei que ele (Lázaro) se levantará na ressurreição, no último dia.” (João 11: 24, Op. cit). Segundo George Foot Moore: “Escritos...do segundo ou primeiro século antes de nossa era confirmam a crença de que, no esperado ponto decisivo na história do mundo, os mortos de gerações anteriores seriam trazidos de volta à vida na Terra.” (*Vida Eterna na Terra – Uma esperança Cristã?* **Revista A Sentinela**. São Paulo. Vol 130, nº 16, p. 7-8, ago. 2009).

⁸¹ *Raciocínios à base das Escrituras*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1985,1989. p. 345.

demandando, em várias situações cotidianas, discernimento para se perceber qual é a vontade de Deus naquele caso concreto. Conforme diz Efésios 5: 17 (*Tradução do Novo Mundo...op. cit.*): “...deixai de ficar desarrazoados, mas prossegui **percebendo** qual é a vontade de Jeová.”⁸²(grifei)

Essa síntese expositiva das crenças das testemunhas de Jeová tem alguma relevância jurídica? A princípio não, mas um Juiz no plantão judiciário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decidiu, em sede liminar, negar o pedido do hospital para administrar a transfusão forçada em paciente testemunha. Em sua fundamentação, o magistrado fez alusão à crença supra citada, como um dos fatores que influenciaram sua decisão, conforme verificamos, *in verbis*:

Na perspectiva do paciente, a vida não se encerra com a morte, muito ao contrário, esta seria apenas o início da vida no paraíso. Esta é a sua concepção constitucionalmente validade (sic) à luz de seu direito à liberdade de culto. Obrigar o tratamento em tal caso, contra a sua expressa manifestação de vontade livre e consciente, seria condená-lo a uma sobrevida que além de não saudável, seria sem esperança na sua vida espiritual no paraíso.

E não é só:

O muito que o paciente viveu até agora (81 anos) não é nada perto do que ele acredita ser a vida eterna no paraíso. Menos ainda é o que lhe resta a viver caso o procedimento médico fosse bem sucedido, seja em relação ao que já viveu, seja em relação ao que pensa existir no paraíso.

E por fim, conclui Sua Excelência:

Não obstante, esta pequena fração de vida que se quer garantir será imensa e imensurável no que tange ao seu sofrimento, não por suas lesões físicas, mas pela agressão à sua liberdade espiritual que advirá da perda do paraíso, da perda da purificação que pensa ter mantido ao longo dos anos de vida.⁸³

Por todo o exposto, concluímos que a crença das testemunhas de Jeová é razoável, dentro da esfera espiritual e teológica, não representando nenhuma afronta aos valores constitucionais dos bons costumes e da ordem pública, merecendo, com isso, proteção do ordenamento.

⁸² A Edição Pastoral-Catequética versa essa passagem assim: “Não sejais imprudentes, mas procurai compreender qual seja a vontade de Deus.”

⁸³ Decisão proferida pelo Juiz André Nicolitt, nos autos do processo nº 2009.205.025742-5, em 13/07/09.

E para finalizarmos a consideração dos direitos fundamentais envolvidos nessa questão, trataremos do direito à liberdade de consciência, a qual guarda relação com a liberdade de crença, contudo, não se confunde com essa.

2.3 – Direito à Liberdade de Consciência

Conforme já explanado, a liberdade de consciência guarda relação com a liberdade de crença, contudo, não se confunde com essa. Ambas são espécies do gênero pensamento. A consciência engloba pensamentos ou convicções em sentido amplo, enquanto a crença engloba apenas os de caráter religioso. Manoel Gonçalves Ferreira Filho diferencia ainda crença de consciência dizendo que, a primeira refere-se à convicção ideológica ou a verdade pela qual o sujeito acredita, guardando relação com o foro íntimo. A segunda, por sua vez, refere-se à conduta decorrente da crença, seja em uma religião, seja no ateísmo.⁸⁴ Ou seja, é a prática daqueles valores na vida, *verbis*:

Nitidamente aí se espelha a idéia de que liberdade de consciência é viver de acordo com a consciência, pautar a própria conduta pelas convicções religiosas. E em todos os momentos da vida.⁸⁵

A liberdade em referência restou consagrada, juntamente com a crença, como direito fundamental, e igualmente protegido, tendo sua inviolabilidade garantida no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, VI, CF/88). Mas a Constituição vai além, prevendo no inciso VIII, que ninguém ficará privado de direitos por motivo de escusa de consciência, exceto nos casos de obrigação legal a todos imposta ou recusa em cumprir prestação alternativa, prevista em lei. Desta forma, é permitido

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 18; Walber de Moura Agra assim define: “liberdade de consciência significa um raciocinar acerca de um pensamento; acontece quando existe uma reflexão mental acerca de um objeto.” (Op. cit. p. 130).

⁸⁵ Idem. p. 19.

ao cidadão, por exemplo, recusar-se em prestar o serviço militar por motivo de consciência. Segundo lição de Alexandre de Moraes:

O art. 143 da Lei Magna prevê que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei (Lei nº 4.375, de 17-8-1964, regulamentada pelo Decreto nº 57.654, de 20-1-1966), competindo às Forças Armadas, na forma da lei, atribuir serviços alternativos aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.⁸⁶

Importa ressaltar que a Magna Carta também prevê no seu art. 5º, II que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. No entanto, conforme dispõe Celso Ribeiro Basto, “a expressa ressalva constitucional, no sentido de que nem mesmo a obrigação legal poderá anular a liberdade de crença⁸⁷, que prevalecerá, sem qualquer punição,(...), bem demonstra o alcance desta liberdade na sistemática constitucional.”⁸⁸

No caso posto em discussão, não estamos sequer diante de uma obrigação legal a todos imposta, sendo certo que não há nenhuma legislação que preveja o dever de se submeter à determinado tratamento de saúde, como a transfusão sanguínea. Portanto, incabível a criação de um dever por parte do Estado, do hospital ou do médico, não previsto em lei. Tal conduta arbitrária merece censura, a nosso ver, através de impetração de mandado de segurança. Celso Ribeiro Bastos assim defende:

Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos “motivos humanitários” da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual da cada ser, sob múltiplos aspectos.⁸⁹

E não é só, mas conclui o ilustre constitucionalista:

⁸⁶ Op. cit. p. 76.

⁸⁷ Bem como a liberdade de consciência.

⁸⁸ Op. cit. p. 16.

⁸⁹ Op. cit. p. 19.

Assim, se nem mesmo à lei é conferida a possibilidade de imiscuir-se neste tema, proscrevendo determinada opção individual sobre tratamentos médicos, o que se dirá da decisão individual do profissional da medicina? Resta absolutamente claro que este não poderá sobrepor-se à indicação expressa do cidadão.⁹⁰

Ante o exposto, patente a violação de direitos líquidos e certos, ensejadora do remédio proposto, em caso de tentativa de transfusão forçada em paciente testemunha de Jeová.

Com isso, finalizamos nossa exposição acerca dos direitos fundamentais atinentes à matéria *in comento*. Desta forma, as perguntas que surgem são: é possível conciliá-los? Ou estamos diante de um caso de colisão entre direitos constitucionalmente protegidos, de mesma hierarquia, cuja solução dependerá dos meios utilizados pelo julgador no caso concreto? Tentaremos responder esses intrigantes questionamentos no capítulo seguinte.

3 – Colisão de Direitos

A antiga ordem jurídica pautada no positivismo, entendia que o Direito estava atrelado unicamente ao legalismo asséptico e científico. Essa era a premissa da Teoria Pura de Kelsen, ou seja, o Direito para ser reconhecido como ciência deveria estar afastado de todo vestígio de juízos de valor, metafísica, jusnaturalismo. O sistema era fechado à essas influências e qualquer eventual conflito entre regras, única fonte primária, seria resolvido internamente.

A partir do século XX, o sistema positivista se tornou obsoleto, incapaz de responder satisfatoriamente às infinitudes de situações surgidas pelas transformações sociais, que resultavam em novas demandas batendo às portas do judiciário pendentes de solução. Ficou nítida a necessidade em dar um passo a mais, porém, com cautela. Também não seria sensato voltar ao extradogmatismo, sendo certo que a segurança da ciência não é nada descartável. A saída foi conciliar os dois

⁹⁰ *Idem*. p. 23.

sistemas, o ordenamento deixaria de conceber como única fonte normativa primária as regras, para recepcionar também os princípios. Luiz Roberto Barroso leciona:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.⁹¹

E conclui o ilustre professor:

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta...O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*⁹². (grifado do original)

Na nova ordem jurídica, denominada pós-positivismo, a Constituição não é mais um sistema hermético, fechado, mas “passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”⁹³

Isso não significou o término dos conflitos entre comandos normativos. Ao contrário, representou uma mudança na forma pela qual se pensaria a solução para os mesmos. Sob o primado positivista, a natureza dos conflitos de normas se dava entre regras, uma vez que por serem fonte primária, sempre prevaleciam sobre as demais. A aplicação das regras não insurge maiores dificuldades, conforme Barroso:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (all or nothing). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não da margem à elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese

⁹¹ Op. cit. p. 328.

⁹² Idem.

⁹³ Ibid. p. 330.

de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.⁹⁴ (grifado do original)

Desta forma, a regra visa prever situações genéricas e abstratas e na incidência do fato típico, aplica-se conforme o disposto. Esse modelo “quase perfeito” é posto à prova quando mais de uma regra disciplina o mesmo fato, propondo soluções distintas ao caso. O Direito, então, se armou de meios para corrigir eventuais desarmonias no sistema, continua Barroso:

O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior – ,o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e a da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral...⁹⁵

Mas agora estamos diante de um sistema mais complexo, em que o ordenamento é composto por regras e princípios, ambos possuindo o mesmo *status* de fonte primária do direito. Portanto, é possível a ocorrência de conflito entre os mesmos, não sendo aplicável a utilização do método *supra* citado para se buscar a harmonia do sistema. Assim também sustenta Barroso:

Esses critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: enquanto as regras são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas -, os princípios são ponderados.⁹⁶

Ou seja, hoje é possível observarmos conflitos entre regras, ou entre regras e princípios e, por fim, entre princípios. E é exatamente diante da última hipótese em que se situa esse tema, uma vez que os direitos fundamentais são decorrentes dos princípios.

⁹⁴ Op. cit. p. 330.

⁹⁵ Ibidem. p. 331.

⁹⁶ Idem.

3.1 – Direito à Vida X Liberdade de Crença e de Consciência

A questão envolvendo a recusa por parte das testemunhas de Jeová às transfusões de sangue remete, *a prima face*, à um caso típico de conflito entre direitos fundamentais: de um lado o direito à vida e do outro a liberdade religiosa. Contudo, através de uma análise mais cuidadosa, verificamos que a referida tese não deve prosperar, senão vejamos.

Ambos os direitos foram alçados ao plano constitucional no art. 5º caput que dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade em sentido amplo. O inciso VI do mesmo dispositivo reserva a mesma proteção, especificamente, à liberdade religiosa, consubstanciada na consciência, na crença e no culto. Desta forma, não há, em tese, hierarquia entre os institutos. Todos eles são invioláveis e, como direitos da personalidade, indisponíveis. Isso significa dizer que é vedado à terceiros, sob as penalidades legais, violar direito alheio nesse campo, assim como também ao próprio titular do direito dispor dos mesmos, cabendo ao Estado a sua tutela ainda que contrária a vontade do titular. Por isso, não há que se falar em liberdade de matar, sendo certo que o homicídio ou a mera tentativa, já sujeitará o infrator à correspondente responsabilização. Igualmente, o Estado brasileiro não permite a prática do suicídio, aborto ou eutanásia.

Em todos os exemplos acima citados, podemos verificar a ocorrência de conflitos entre a vida e a liberdade de dispor da própria vida ou em violar a vida de terceiros. E muitos associam, por analogia, a conduta das testemunhas de Jeová à prática de um suicídio. Ocorre que, no suicídio a pessoa **deseja** a morte à continuar vivo. Esse não é o caso das testemunhas, que ao contrário, buscam orientação e tratamento médico quando acometidas por alguma fatalidade, sendo certo que elas não crêem e não praticam curas pela fé. Comparar as duas condutas geraria uma grave distorção, uma vez que apesar da prática do suicídio ser vedada, não há qualquer sanção à quem o tenta, mas à testemunha de Jeová que procurasse tratamento médico e se visse obrigada à aceitar uma transfusão de sangue forçada,

existiria verdadeira pena privativa da liberdade religiosa. Ou seja, a conduta daquele que procurasse um tratamento restaria mais gravosa do que a daquele que deliberadamente se omitiu, ou mesmo agiu em prol do resultado morte. Nesse passo, pondera Celso Ribeiro Bastos:

...criar-se-ia situação extremamente estapafúrdia, beneficiando aquele que não procurasse auxílio médico, em detrimento daquele que, procurando-o, acabasse por perder sua liberdade pessoal. Em outras palavras, para que a transfusão de sangue pudesse ser obrigatória, a depender apenas da orientação médica apropriada, seria impositivo que também a procura pela orientação médica fosse obrigatória. Ora, o indivíduo, sabendo que sua doença ou enfermidade irá necessitar de transfusão de sangue, pode deixar de procurar os médicos justamente pela inclinação religiosa que lhe proíbe a transfusão. Neste caso, ele não se vê constrangido por qualquer punição jurídica pessoal em função desta sua recusa.⁹⁷

E não é só:

Assim, a posição daqueles que sustentam a possibilidade de transfusão de sangue mesmo contra a vontade do paciente estão, indiretamente, incitando as pessoas a deixarem de procurar auxílio médico, do que pode resultar um problema de saúde pública extremamente grave.⁹⁸

Ante o exposto, incabível a comparação acima proposta, bem como a comparação da conduta das testemunhas com a eutanásia, pelos mesmos motivos apresentados, qual seja, **não se trata de um desejo deliberado em dispor da própria vida**. O resultado morte é possível, mas não é visado. Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe que:

Num conflito, por exemplo, entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa o titular de ambos é que há de escolher o que há de prevalecer. E este registro não teoriza senão o que na história é freqüente: para manter a liberdade o indivíduo corre o risco inexorável de morrer. Não renegue isto quem não estiver disposto a, para ser coerente, lutar para que se retirem das ruas as estátuas de incontáveis heróis, dos altares da Igreja Católica numerosos santos. Nem se alegue que este argumento levaria à admissão do suicídio. Não, porque não há o direito à morte, embora haja o de preferir, por paradoxal que seja para alguns, a morte à perda da liberdade.⁹⁹

Neste sentido, mesmo que admitíssemos que haja um conflito de direitos, também não se trataria de uma opção pela morte, mas pela liberdade, ainda que no

⁹⁷Op. cit. p. 23.

⁹⁸Ibid. p. 24.

⁹⁹Op. cit. p. 21.

bojo desta escolha possa sobrevir o fim da vida. Contudo, nas palavras do aludido mestre, tal conduta não pode ser tida como fanática, irracional ou mesmo proibida, uma vez que historicamente, a luta pela liberdade, por inúmeras vezes representou a perda de vidas de pessoas hoje saudadas como heróis e não como fundamentalistas perigosos. Assim como vários santos cultuados pela Igreja Católica também morreram pela mesma causa: para defenderem a sua fé e a sua crença. E, por fim, nas guerras seculares, os jovens são até mesmo incentivados a se alistarem no serviço militar, pondo sua vida em risco a fim de defenderem uma ideologia política, em nome do nacionalismo ou patriotismo. Ou seja, a opção esclarecida pela liberdade, em nome de valores ou ideologias consideradas nobres, mesmo quando há risco de vida, regra geral, sempre foi vista com bons olhos pelas sociedades ao longo do tempo. Então, porque no caso das testemunhas de Jeová seria diferente?

Ante o exposto, criar constrangimentos ao livre exercício de um direito legítimo por parte dos membros dessa religião seria o mesmo que discriminá-los, unicamente por pertencerem à uma religião considerada “menor”, o que resultaria em afronta também ao princípio constitucional da isonomia.

Há mais. Para restar claro que não existe colisão entre direitos no referido caso, importa esclarecer que só podemos falar em colisão quando não se faz possível a harmonia dos interesses em jogo. Como o que está em discussão são direitos fundamentais, é imperativo que o Estado busque salvaguardá-los na sua inteireza, para que saiam incólume e igualmente contemplados. Apenas quando essa harmonização não seja viável, então estaremos diante de uma colisão entre direitos. No caso em tela, podemos atestar que nos últimos anos, a medicina evoluiu de forma impressionante, o que resultou num bom número de tratamentos alternativos, que substituem a antiga prática das transfusões, com maior segurança e eficácia. Portanto, quando uma testemunha de Jeová recusa a administração de transfusão, ela está tão-somente recusando **um tipo** de tratamento, mas aceita prontamente a aplicação de um método alternativo, que tenha respaldo científico e que não avilte sua consciência e crença, nesse sentido certo parecer diz:

...Ademais, as Testemunha de Jeová – vale frisar – não são contra tratamento médico. Ao contrário, utilizam-se das várias especialidades médicas para assisti-las nos seus problemas de saúde. Aceitam praticamente todos os tratamentos disponíveis, com exceção da transfusão de sangue e produtos dele derivados, especialmente dos principais elementos que o compõem. Não se trata, assim, de *recusa* de tratamento médico, mas sim de *escolha esclarecida*.¹⁰⁰ (grifado do original)

Sendo assim, apenas poderíamos falar numa eventual colisão de direitos, acaso houvesse de fato uma vontade deliberada em dispor da própria vida, o que não é o caso das testemunhas. A obra *supra* citada continua:

O fato das Testemunhas de Jeová buscarem ativamente tratamento médico coadunado com sua escolha informada e consciente mostra estarem interessadas na saúde e na vida. Ademais, as testemunhas de Jeová organizaram uma rede internacional de comissões de ligação com médicos e hospitais para ajudar os seus membros a conseguir tratamento médico isento de sangue. No Brasil, os pacientes Testemunhas de Jeová podem recorrer a 76 de tais comissões e aos mais de 500 profissionais que nelas servem, que estão preparados para indicar aos pacientes – caso estes assim desejem e solicitem – uma lista contendo atualmente mais de 2.500 médicos, que expressaram sua disposição de tratar as Testemunhas de Jeová sem o uso do sangue, e que já estão fazendo isso.¹⁰¹

Não obstante, na remota hipótese, de ainda se admitir haver um conflito entre direitos no caso *in comento*, o que se considera apenas por argumentar, a pergunta que se faz é: o que poderá ajudar o julgador, para que se possa compor a lide de forma satisfatória? Consideraremos no próximo capítulo, a técnica desenvolvida pelo Direito, nessa nova conjuntura constitucional, pós-positivista, visando auxiliar o juiz na sua função jurisdicional.

4 – Hermenêutica Constitucional

A questão da interpretação do direito já povoa a atenção dos juristas de longa data. Sob o primado positivista, tinha-se o entendimento que a lei previa de forma satisfatória todas as ocorrências da vida social, bastava-se saber interpretar a lei.

¹⁰⁰ BRUMLEY, Philip; DEL CALRO, José Cláudio; DE ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral. Parecer: *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999. p.12.

¹⁰¹ Ibid. p. 18.

Desta forma, surge durante o século XIX, a Escola de Exegese, visando criar métodos capazes para um exercício hermenêutico eficaz.¹⁰² Tais métodos ficaram consagrados como técnicas tradicionais de interpretação jurídica, os quais passaremos a considerar.

A primeira técnica desenvolvida para se obter o melhor sentido da norma foi o método *literal ou gramatical*. Esse consistia em “indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático.”¹⁰³ O nobre professor Miguel Reale assim leciona:

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.¹⁰⁴

Nesse sentido, o intérprete da norma estava totalmente adstrito ao texto, aplicando os comandos legais de forma literal.¹⁰⁵ Contudo, o referido método aplicava-se em conjunto com outro, denominado *lógico-sistemático*, apesar de alguns sustentarem que a técnica sistemática apenas se fazia necessária após a exegese gramatical e lógica, o que, com o tempo, não prosperou, “se verificando a impossibilidade de separar essas duas ordens de pesquisas.”¹⁰⁶ Mais uma vez, nos socorremos ao ensinamento de Miguel Reale que diz:

Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se *interpretação lógico-sistemática*.¹⁰⁷

¹⁰² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 278.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 279.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Paulo Bonavides escreve que “a interpretação gramatical, segundo von Jhering, assenta no princípio que reconhece por legislado e pretendido tão-somente o que se disse no texto da lei, de modo direto e expresso. O que não consta das palavras, segundo aquele jurista, é como se não existisse: deixa de ser objeto de consideração. De sorte que o intérprete se prende apenas à manifestação externa, ao que de modo imediato se apresenta no teor da lei.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 440/441).

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Idem*.

Conclui o mestre:

É somente graças à interpretação lógica e gramatical que, segundo,(sic) a Escola Exegese, o jurista cumpria o seu dever primordial de aplicador da lei, *de conformidade com a intenção original do legislador*. Este é o lema da Escola.¹⁰⁸ (grifado do original)

Dessas técnicas de hermenêutica tradicionais, criadas no bojo do primado positivista, verificamos que a preocupação era de saber como interpretar melhor a letra da lei, com todo o cuidado de não substituir a intenção do legislador, respeitando o princípio constitucional da divisão dos poderes.¹⁰⁹ Ou seja, ao intérprete era vedado criar direito, ou inovar em matéria alheia à norma legal.

A partir das mudanças ocorridas durante o século XIX, os métodos tradicionais da Escola de Exegese se mostraram insuficientes para responder de forma satisfatória aos anseios sociais. Conforme Miguel Reale:

Verificou-se, então, compreensível desajuste entre a lei, codificada no início do século XIX, e a vida com novas facetas e novas tendências. As pretensões de “plenitude legal” da Escola de Exegese pareceram pretensiosas. A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado. Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.¹¹⁰

Ato contínuo, surge a Escola Histórica de Savigny, a qual propõe uma nova técnica de interpretação, denominada *histórica*. Segundo o referido método, “feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. É indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também a fim de ajustá-la às situações supervenientes.”¹¹¹ Paulo Bonavides acrescenta que:

¹⁰⁸ Ibidem. p. 280.

¹⁰⁹ Idem. A juíza e professora Jane Reis sustenta que “a maior ou menor clareza do texto normativo importará em maior ou menor grau de liberdade ao intérprete, ou seja, quanto mais ambíguo o texto maior o poder de interpretação jurídica...É, pois, essa precisão e vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz.” E conclui a douta magistrada: “De fato, o grau de densidade semântica do texto é um critério fundamental na distribuição de tarefas entre o juiz e o legislador.”(PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40).

¹¹⁰ Ibidem. p. 281.

¹¹¹ Ibidem. p. 282.

...o método (histórico) traça toda a história da propositura legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, como diz Burkhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*.¹¹²

No método histórico, também denominado evolutivo ou progressivo, assim como nos anteriores, ao intérprete era vedada “*interpretação criadora*, à margem da lei ou a despeito dela.”¹¹³ Razão pela qual, levantaram-se críticas no sentido de não se admitir tal técnica como propriamente interpretativa, uma vez que a vontade do juiz substituiria a vontade do legislador ou da lei.¹¹⁴

Chegamos, por fim, à era pós-positivista e com ela o advento de uma nova técnica hermenêutica, denominada *método científico-espiritual*. Agora o intérprete adquiria uma autonomia maior no entendimento e na aplicação da norma jurídica, ele poderia ir um pouco mais além do que o expressamente contido no texto. Paulo Bonavides destaca que:

A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa portanto com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido.¹¹⁵

E mais:

Graças pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metafísicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado “o espírito da Constituição”, que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis.¹¹⁶

Buscar “o espírito da Constituição” nada mais é que perquirir qual são os valores relevantes que a norma jurídica em análise visa proteger, já que segundo

¹¹² BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. p. 446.

¹¹³ REALE, Miguel. Op. cit. p.284.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 447.

¹¹⁵ Ibidem. p. 478.

¹¹⁶ Ibidem. p. 480.

Miguel Reale, o “fim da lei é sempre um valor”.¹¹⁷ Desta forma, de acordo com o aludido mestre, na compreensão atual do problema hermenêutico, diz:

Não se pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam.¹¹⁸ (grifado do original)

Resta claro que o antigo empecilho que engessava o intérprete, segundo o qual à este era vedado inovar em matéria não contemplada expressamente pela lei, cai por terra na nova sistemática jurídica. Em prol da finalidade social da lei, é possível, a partir desse momento, que o hermeneuta crie direito a fim de responder satisfatoriamente as demandas do caso concreto. Segundo Miguel Reale:

Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na *estrutura de suas significações particulares*. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre o “o todo da lei” e as “partes” representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados.¹¹⁹ (grifado do original)

De fato, em harmonia com o que fora esboçado, Paulo Bonavides destaca a diferença que separa os métodos hermenêuticos tradicionais dos métodos modernos da seguinte forma:

O traço capital de separação entre esse método (científico-espiritual) e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente crítico com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente *formal*, e que, segundo Smend, “decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados”, submetidos a uma normatividade de todo abstrata.¹²⁰ (grifado do original)

¹¹⁷ REALE, Miguel. Op. cit. p. 290. Podemos acrescentar, também, que os novos textos constitucionais, no ato de abarcar os direitos fundamentais no seu conteúdo normativo, abriram-se à um leque maior de significados, uma vez que os ditos direitos carregam certa indeterminação conceitual. Desta forma, conforme leciona Jane Reis: “...Quanto maior a abertura do texto, maior será (sic) permeabilidade da interpretação a valores, maiores serão as possibilidades de significação e, consequentemente, maior será o espaço de criatividade conferido ao Judiciário.” (Op.cit. p. 40).

¹¹⁸ Ibidem. p. 291.

¹¹⁹ Ibidem. p. 289.

¹²⁰ Op. cit. p. 479.

E conclui:

O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à “concretude” da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.¹²¹

Outra técnica moderna, que importa destacarmos, é o denominado método de *concretização*. Segundo o qual admiti-se “que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição,” o que depende também da “‘compreensão prévia’ do intérprete ao problema cuja solução se busca.”¹²² De acordo com Paulo Bonavides:

A “concretização” e a “compreensão” só são possíveis, conforme pondera Hesse, em face de um *problema concreto*, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados.¹²³

E não é só:

O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a “*compreensão prévia*” do intérprete e o *problema concreto a resolver*.¹²⁴

Por fim, conclui:

Os intérpretes concretistas têm da Constituição normativa uma concepção diferente daquela esposada pelos adeptos de outros métodos, porquanto não consideram a Constituição um sistema hierárquico-axiológico, como os partidários da interpretação integrativa ou científico-espiritual, nem como um sistema lógico-axiomático, como os positivistas mais modernos. Ao contrário, rejeitam o emprego da idéia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um “procedimento tópico” de interpretação, que busca orientações, pontos de vistas ou critérios-chaves, adotados consoante a norma e o problema a ser objeto de concretização. É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.¹²⁵

¹²¹ Idem.

¹²² BONAVIDES, Paulo. Op cit. p. 481.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Ibidem. p. 482.

¹²⁵ Idem.

Considerando que o referido método visa dar soluções à problemática decorrente do caso concreto, o hermenauta deve-se preocupar em ater-se necessariamente ao problema proposto, sob pena de configuração, na hipótese, de entendimento arbitrário por parte do intérprete.¹²⁶

Após esse longo caminho evolutivo pelo qual as técnicas de interpretação transcorreram, pergunta-se: qual é o método ideal para interpretarmos a constituição? A resposta é controvertida, uma vez que “em matéria constitucional é muito difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação.”¹²⁷

Antes do novo modelo constitucional, a referida interpretação fazia-se unicamente através das técnicas tradicionais.¹²⁸ Agora, os métodos modernos ganharam corpo e tornaram-se, sem dúvida, muito mais relevantes como instrumentos à disposição do intérprete. Paulo Bonavides expõe o motivo dessa mudança:

A relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza declaradamente social.¹²⁹

Em outras palavras, fez-se necessário ajustar a constituição rígida à um cenário social diferente, em que os direitos fundamentais introduziram na Ciência Jurídica uma nova forma de se ver o Direito. Não é mais possível aguardar uma mudança legislativa para que, só então, os referidos direitos pudessem ser salvaguardados, uma vez que o perecimento dos mesmos devido ao *periculum in mora*, acarretaria em prejuízos graves e, por vezes, irreversíveis. Portanto, o emprego dos métodos hermenêuticos modernos altera o “sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibidem. p. 461.

¹²⁸ “Interpretar a Constituição se constituía uma tarefa eminentemente jurídica, feita com a Ciência do Direito e não com a Sociologia Jurídica, com uma disciplina técnica – a Hermenêutica Jurídica – e não com um instrumento polêmico – a Ciência Política.” (BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 465/466).

¹²⁹ Op. cit. p. 458.

prementes e sentidas exigências da realidade social.”¹³⁰ É o que Bonavides chama de “mudança tácita da Constituição por obra de intérpretes”.¹³¹

Na verdade, a preocupação nessa nova ordem é em atualizar os preceitos constitucionais à realidade social. Desta forma, a interpretação da constituição não significa apenas esclarecer o sentido da norma, mas representa, também, a promoção de respostas satisfatórias às demandas.¹³²

Considerando que, conforme demonstrado, a hermenêutica constitucional guarda um viés criativo, não ficando engessada ao texto da lei, torna-se imperativo que o julgador exponha suas razões de maneira fundamentada, através de uma argumentação plausível, racional e científica. No campo dos direitos fundamentais, como é o caso da questão do sangue, objeto do nosso estudo, mais ainda. Isso porque quando ocorre conflito entre direitos fundamentais, o método segundo o qual o intérprete se socorre é da *ponderação de interesses ou de valores*, que consiste em verificar no caso concreto, qual direito se reveste de maior relevância. Passemos à consideração do referido método aplicado à questão das testemunhas de Jeová no tópico seguinte.

4.1 – Ponderação de Valores

O campo dos direitos fundamentais demanda uma certa amplitude na aplicação. Isso ocorre pelo fato de que tais direitos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, pela dificuldade em estabelecer limites conceituais ao que seria dignidade humana. Portanto, não se pode interpretá-los sem perquirir de valores extrajurídicos: políticos, sociais, filosóficos, morais, religiosos. Desta forma, o pós-positivismo introduz no Direito uma discussão ética e não apenas legalista. Luiz Roberto Barroso sustenta que:

¹³⁰ Ibidem. p. 459.

¹³¹ Idem.

¹³² Ibidem. p. 483.

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.¹³³

Ante o exposto, indene de dúvidas que necessário se faz a utilização pelo intérprete da técnica hermenêutica da ponderação, a qual “veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas.”¹³⁴ O professor Barroso assim define o referido método:

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.¹³⁵ (grifado do original)

Da lição esposada acima, concluímos que no caso de colisão entre direitos fundamentais é necessária a máxima cautela do julgador para que os direitos contrapostos restem minimamente prejudicados. O ideal, conforme defendido pelo ilustre constitucionalista, é que haja concessões recíprocas, visando a harmonização e não o sacrifício de um direito. Lembramos, também, que não há supremacia entre os direitos colidentes, uma vez que os mesmos possuem igualmente *status* constitucional. Por isso, a decisão de qual deles irá prevalecer, apenas, é possível na apreciação do caso concreto e de forma fundamentada.

Data vênia, ousamos discordar do professor Barroso em certo ponto, por entendermos, conforme sustentado ao item 3.1, que a busca pela harmonização entre

¹³³ Op. Cit. p. 344.

¹³⁴ JANE, Reis. Op. Cit. p.220.

¹³⁵ Op. Cit. p. 332. Jane Reis assim ensina: “...o vocábulo *ponderação* tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada. (Op. Cit. p. 220).

os direitos se dá *a priori*. Apenas não havendo possibilidade de coexistência se verificaria, portanto, a colisão. Estabelecido o impasse, mesmo procedendo-se concessões recíprocas, haverá perda dos direitos na essência. Sendo assim, não há que se falar numa harmonia em sentido pleno, ainda mais que a regra, na prática, é de não se ser possível a aludida harmonização, culminando com a prevalência de um direito sobre outro.

Nesse ponto, chegamos à questão principal para elucidarmos o caso em estudo. Constatada a colisão entre direitos fundamentais, o juiz ou o órgão julgador deverá buscar a harmonização, segundo Barroso, entre os mesmos, para que haja um mínimo de sacrifício ou perda de efetividade. Não sendo possível a coexistência dos interesses colidentes, deve o intérprete averiguar, através da ponderação de valores, qual direito possui maior relevância. As perguntas que fazemos, então, são: o que deve auxiliar o magistrado nessa perquirição? E qual direito deve ser sacrificado?

Parte da doutrina responde que, o julgador deve se socorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, que apesar de se revestir de um conceito amplo, verificamos algumas tentativas importantes e válidas de definições. Luiz Roberto Barroso assim leciona:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se profere quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos stigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.¹³⁶

E não é só:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria

¹³⁶ Op. cit. p. 336.

liberdade. **Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade...**¹³⁷ (grifei)

Da aludida conceituação, fazemos breves comentários: para que reste possível afirmar que a pessoa leve uma vida digna, apenas o gozo de condições materiais de subsistência, *p. v.* roupa, alimentação, moradia, não é suficiente, apesar de fundamental. Igualmente importante são as condições imateriais, como educação, lazer, exercício da cidadania e, o que nos interessa, **da liberdade**. E para que haja o respeito ao exercício da liberdade, necessário se faz o respeito à diferença, ao pluralismo. Desta feita, o princípio constitucional da isonomia garante o pleno desfrute da liberdade, contanto que lícita e que não cause prejuízo à terceiros. Portanto, qualquer ato, seja do Estado seja de particular, que oponha óbices ao desfrute da liberdade, se reveste de iniquidade. No caso da questão do sangue, em conformidade com o trecho destacado acima, podemos concluir que mesmo quando o médico decide pela transfusão de sangue, a fim de salvar a vida e sendo bem sucedido, ainda assim há violação à dignidade. Isso porque a vida não é apenas o existir, mas existir com dignidade, ou seja, sendo respeitada a integridade da pessoa não apenas física, mas também psíquica, emocional, social e espiritual.¹³⁸

Ante o exposto, sustentamos que o valor de maior relevância a ser protegido é a dignidade. Logo, numa eventual colisão entre o direito à vida e à liberdade, o bem jurídico que acreditamos merecer guarda é a liberdade, aspecto fundamental e da essência da dignidade da pessoa humana. De acordo com Maria Celina Bodin:

...A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, **ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional.**¹³⁹ (grifei)

Das lições da nobre professora, resta claro que a dignidade, e não a vida, é o valor maior dentro da ordem constitucional. Portanto, o julgador não deve se sentir

¹³⁷ Ibidem. p. 337.

¹³⁸ A Organização Mundial de Saúde define saúde como um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças. (disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAde>)

¹³⁹ Op. cit. p. 105.

receoso em proteger a liberdade, mesmo que haja risco de vida, sob pena de ferir sobremaneira a dignidade. Para que não reste dúvida, citamos, mais uma vez, a ilustre professora Maria Celina, quando diz:

Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda **a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos...**¹⁴⁰ (grifei)

Poderíamos citar variados exemplos de atos atentatórios à dignidade, cada qual mais grave que o outro e que, regra geral, nos causam reações condenatórias enfáticas. No entanto, ainda há resistência em se encarar a submissão forçada à transfusão de sangue como algo inaceitável, com a desculpa de salvar a vida. Como exaustivamente demonstramos, tal conduta é igualmente violadora da dignidade e, portanto, deve ser repelida. E nos desculpamos pela repetição, mas nos reportamos de novo, às palavras do professor Barroso: “ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”¹⁴¹

Ante o exposto, o julgador ao ponderar entre qual dos direitos colidentes deve prevalecer, se a liberdade ou se a vida, deve perquirir qual desses ditos direitos se reveste de maior valor frente ao ordenamento constitucional. Sustentamos que é a liberdade que melhor consubstancia a dignidade e, portanto, é esta que deve ser privilegiada.

5 – As Questões Médicas

A medicina, como ramo das ciências biológicas, não é uma ciência exata. Isso implica em dizer que as “verdades” médicas não são absolutas, pelo contrário, de

¹⁴⁰ Ibidem. p. 107.

¹⁴¹ Op. cit. p. 337. Segundo certo manual, o Papa João Paulo II expôs que forçar alguém a violar sua consciência “é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana. Em certo sentido, é pior do que infligir a morte física, que matar.” (*Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová*. Apud. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995. p. 27. {Fonte original: *Pope denounces Polish crackdown*. The New York Times. Jan. 11, 1982. p. A9}).

acordo com o avançar de pesquisas e descobertas, assim como, de desenvolvimento de técnicas, a medicina transmuta-se, para o benefício de todos. E assim será indefinidamente, jamais sendo possível estabelecer um limite ao progresso nesse ramo. E justamente por se revestir desse caráter mutável, as práticas médicas carregam consigo certo grau de incerteza, também. Muitas das vezes, o entendimento acerca do “melhor” tratamento de saúde é definido, meramente pela escolha subjetiva do profissional médico. Sobre isso certo parecer diz:

As incertezas sobre a prática médica crescem na medida em que se constata que as opiniões sobre como tratar determinados problemas de saúde são muito variadas. O entendimento sobre tratamento “necessário” ou “indispensável”, numa certa situação, varia de um profissional para outro...¹⁴²

E completa:

Alguns profissionais da medicina transmitem inadvertidamente os seus próprios valores aos seus pacientes e suas famílias desinformados. Com efeito, o público não especializado (inclusive os juízes e tribunais) desconhece geralmente a realidade da incerteza médica devido à relutância dos profissionais em admiti-la (sic) com franqueza.¹⁴³

De fato, as recomendações mais sensatas quando o assunto é escolha de tratamentos de saúde, em casos mais sérios, é de que o paciente procure a orientação de mais de um profissional, justamente para confirmar a indicação prescrita pelo primeiro ou mesmo para descartá-la. Não é nada sensato aceitar de pronto determinado diagnóstico ou prescrição de tratamento, quando se tratar de caso grave, considerando as incertezas da prática médica.

Há mais. Todos os tratamentos médicos são meramente **tentativas** de se restabelecer a saúde do paciente ou de salvar-lhe a vida. Mas não são garantias de que o resultado idealizado se verifique na prática. Pode acontecer de que mesmo após a utilização de todos os meios disponíveis, ainda assim o paciente venha à

¹⁴² BRUMLEY, Philip; DEL CALRO, José Cláudio; DE ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral. Parecer: *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999. p.5.

¹⁴³ Idem.

óbito. Portanto, é equivocado revestir as transfusões de sangue de uma esfera quase mística, como se fosse um “elixir mágico”, capaz de, com toda certeza, salvar a vida do paciente ou de restituir-lhe a saúde, quando tal garantia **não existe**. Pelo contrário, quando se fala em prática transfusional, a incerteza, não só na eficácia, como também na necessidade, se mostra alarmante. O mesmo parecer supra reproduzido, cita o periódico brasileiro *Boletim*, da Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, que diz:

A utilização indiscriminada de sangue e derivados continua sendo muito grande no Brasil, apesar dos enormes riscos inerentes a estas transfusões.(...) Foram revisados os prontuários (de 75) pacientes para se determinar a indicação de cada transfusão. Do total, apenas 25% tinha uma indicação precisa. (...) estes resultados mostram a necessidade da educação continuada em hemoterapia, a fim de se evitarem as transfusões desnecessárias.¹⁴⁴

A mesma obra cita um estudo realizado na Inglaterra sobre transfusões em cirurgia de câncer colorretal que constatou:

Se poderia ter evitado a transfusão em 30% dos pacientes e que, no total, foram administradas desnecessariamente 377 unidades.¹⁴⁵

Outra pesquisa citada neste parecer, realizada entre anesthesiologistas, confirmou:

A existência de ampla variação na prática de transfusão (...) Dá a impressão que muitas delas se basearam no hábito e não na informação científica.¹⁴⁶

Se já não bastasse tudo isso, a prática transfusional ainda representa grave risco de infecções por doenças sanguíneas, como hepatite e HIV. A revista *Transfusion* comenta:

¹⁴⁴ Ibidem. p. 6. (Fonte original: FILHO, Amorim e col. *Uso de Plasma Fresco Congelado: Uma Análise Crítica*. 12 Boletim, 134 (1990)).

¹⁴⁵ Ibidem. p. 7. (Fonte original: HALLISEY e col. Blood Transfusion: An Overused Resource in Colorectal Cancer Surgery. 74 *Annals Royal College of Surgeons England*, 59 (1992) (resumo)).

¹⁴⁶ Idem. (Fonte original: SHELING e col. A Survey of Transfusion Practices Among Anesthesiologists. 52 *Vox Sanguinis*, 60-2 (1987). O *The New England Journal of Medicine* publicou matéria em que disse: “segundo estimativas, 66% das transfusões são indevidamente aplicadas.” (*A crescente procura por tratamentos médicos e cirurgia sem sangue. Revista Despertar!*. Apud. São Paulo. Vol. 81, nº 1, jan 2000. p.6).

Embora a sociedade gaste muitos recursos para tornar os estoques de sangue mais seguros do que nunca (...) cremos que os pacientes ainda procurarão evitar as transfusões de sangue alogênico (de doador) simplesmente porque o estoque de sangue **nunca será completamente seguro**.¹⁴⁷ (grifei)

Outra obra de referência diz a esse respeito:

É com boa razão que Peter Carolan, alto funcionário da Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e Crescente Vermelho, diz: “É impossível garantir que o suprimento de sangue seja totalmente seguro.”Ele acrescenta: “Sempre existirão novas infecções para as quais não haverá, na época, exames que as detectem.”¹⁴⁸

E prossegue, o periódico:

E se surgisse um novo agente infeccioso que, tal como o da Aids, ficasse no corpo da pessoa muito tempo sem ser detectado e fosse facilmente transmitido por meio de sangue? Ao falar numa conferência médica em Praga, na República Tcheca, em abril de 2005, o Dr. Harvey G. Klein dos Institutos Nacionais de Saúde, dos EUA, disse que essa perspectiva é preocupante. Ele acrescentou: “Os que coletam componentes de sangue não estariam muito mais bem preparados para impedir uma epidemia transmitida por meio de transfusão de sangue do que estavam no princípio da Aids.”¹⁴⁹

De fato, a preocupação com o surgimento de novas doenças é bastante plausível. Não muito distante, o mundo foi acometido pelo surto da gripe aviária ou Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), em 2005. O surto dessa doença teve início nos países asiáticos e rapidamente se tornou uma pandemia, chegando mesmo nos países ocidentais. E mais recentemente, em 2009, o mundo conheceu a gripe suína ou gripe A (H1N1), que já causou a morte de milhares de pessoas em vários países. Apesar das referidas doenças terem em comum o fato de manifestarem formas de contágio pela via respiratória, não se pode desconsiderar o surgimento de novas doenças infecciosas por via sanguínea, tão mortíferas quanto a Aids e que, justamente por serem ainda desconhecidas, passarão despercebidas pela triagem da coleta nos bancos de sangue.

E não é só. O manuseio do sangue pelos profissionais exige cuidado rigoroso, uma vez que qualquer descuido que enseje erro no procedimento ou troca de um tipo

¹⁴⁷ *A crescente procura...* Op. cit Apud p.7.

¹⁴⁸ *Medicina Transfusional – seu futuro está garantido?* In Sangue – Por que é tão valioso? **Revista Desperta!**. São Paulo. Vol. 87. nº 8. ago 2006. p. 6.

¹⁴⁹ Idem.

sanguíneo por outro, pode resultar na morte do paciente. Essa talvez seja a maior preocupação nos países desenvolvidos, já que nesses o controle do sangue é mais eficiente com relação à detecção de contaminação do material coletado por doenças conhecidas. Sobre isso, a obra de referência supra citada, diz:

Quais são as maiores ameaças relacionadas às transfusões em pacientes de países desenvolvidos? Erros e reações imunológicas. A respeito de um estudo realizado no Canadá em 2001, o jornal *Globe and Mail* relatou que milhares de transfusões de sangue quase foram fatais em razão de se “coletar amostras de sangue da pessoa errada, etiquetar amostras incorretamente e pedir sangue para o paciente errado.” Erros como esses causaram a morte de pelo menos 441 pessoas nos Estados Unidos entre 1995 e 2001.¹⁵⁰

E mesmo que o sangue coletado e posteriormente administrado na transfusão esteja em perfeitas condições, outra preocupação refere-se às reações adversas do organismo do transfundido. A mesma fonte, complementa:

Quem recebe sangue de outra pessoa corre basicamente os mesmos riscos dos que recebem um transplante de órgão. O sistema imunológico tem a tendência de rejeitar tecidos alheios. Em alguns casos, as transfusões de sangue na realidade impedem que as reações imunológicas naturais sejam ativadas. Tal imunossupressão deixa o paciente vulnerável a infecções pós-operatórias e a vírus antes inativos.¹⁵¹

Ainda sobre as reações auto-imunes, o periódico supra citado, acrescenta:

A lesão pulmonar aguda relacionada à transfusão (Trali), relatada pela primeira vez no início dos anos 90, é uma reação imunológica que ocorre após uma transfusão de sangue, pondo a vida em risco. Sabe-se atualmente que a Trali causa centenas de mortes a cada ano. No entanto, os especialistas suspeitam que o número seja maior, visto que vários profissionais da área de saúde não reconhecem os sintomas. Apesar de não se saber exatamente o que desencadeia essa reação, de acordo com a revista *New Scientist*, o sangue que provoca isso “parece vir principalmente de pessoas que foram expostas a vários grupos sanguíneos no passado, tais como...as que receberam várias transfusões de sangue”. Um relatório declara que a Trali é agora uma das principais causas de mortes relacionadas com transfusões nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, fazendo dela “um problema para os bancos de sangue, ainda pior que as doenças bem conhecidas, como a Aids.”¹⁵²

Ante todo o exposto, patente que não existe “verdade” absoluta quando o assunto é medicina, nem existe tratamento de saúde isento de críticas, no caso da

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Ibidem. p. 7.

terapia transfusional há várias e que devem ser levadas bastante à sério. Portanto, para não se tornar refém de uma técnica tão perigosa, a ciência médica vem desenvolvendo uma gama de tratamentos alternativos, capazes de substituir a antiga prática das transfusões, com maior segurança ao paciente. Trataremos deste tema no tópico seguinte.

5.1 – Tratamentos alternativos

Sobre a necessidade da medicina se libertar da dependência às transfusões, uma médica brasileira disse:

A literatura médica indica ampla gama de estratégias para evitar e controlar hemorragias e anemias sem transfusões de sangue (...). Assim, é da responsabilidade do médico considerar tais alternativas com a finalidade de proteger seus pacientes das doenças associadas às transfusões de sangue e respeitar as convicções religiosas da família.¹⁵³

Há de fato, um crescente entendimento da classe médica pela importância em desenvolver métodos alternativos às transfusões. O Dr. Joachim Boldt, professor de anestesiologia, na Alemanha, disse: “Todos os que lidam com sangue e cuidam de pacientes cirúrgicos devem cogitar a cirurgia sem sangue.”¹⁵⁴ Já o cirurgião ortopédico, Peter Earnshaw, da Inglaterra, diz: “É verdade que a cirurgia sem sangue é especialmente importante para as Testemunhas de Jeová. No entanto, queremos usar esse tipo de tratamento para todos.” E o Dr. Aryeh Schander, professor clínico assistente de anestesiologia, nos Estados Unidos, ratifica: “Membros do meu departamento de anestesia disseram: ‘Os pacientes que não recebem sangue estão tão bem quanto os outros ou até melhor. Por que deveríamos ter dois padrões de tratamento? Se esse é o melhor tratamento, deveríamos usá-lo para todo mundo.’ De

¹⁵³ BRUMLEY, Philip; DEL CALRO, José Cláudio; DE ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral. Apud. Parecer: *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999. p.11. (Fonte original: DIMÂMPERA. *Tratamentos sem Sangue Homólogo, a Baixo Custo*. In SIQUEIRA, Ações Integradas de Saúde – A Criança e a Família. pp. 193-9 (1994)).

¹⁵⁴ *A crescente procura...* Op. cit. p. 7.

modo que agora estamos na expectativa de que o tratamento médico sem sangue se torne o tratamento padrão.”¹⁵⁵

Conscientes dessa necessidade, os profissionais da área médica resolveram enfrentar esse enorme desafio, com resultados bastante satisfatórios. Citaremos a seguir, *en passant*, alguns dos tratamentos alternativos e técnicas cirúrgicas, que evitam grandes hemorragias, constantes em manuais distribuídos pelos Serviços de Informação sobre Hospitais para as Testemunhas de Jeová:

CONTROLE DE HEMORRAGIAS GASTROINTESTINAIS¹⁵⁶

I – Criteriosa Ressuscitação Volêmica

A) Expansores de volume isentos de sangue

1 – Cristalóides

- a. solução salina normal
- b. Lactato de Ringer

2 – Colóides

- a. Pentastarch/hetastarch (hidroxietilamido)
- b. Gelatina
- c. Dextran

3 – Oxigenoterapia

II – Estimulação Farmacológica da Hemostasia

A) Para aumentar a atividade dos fatores de coagulação

1 – Desmopressina

2 – Vitamina K

3 – Fator VII recombinante ativado (rFVIIa) (p. ex. Novo Seven, NiaStase)

III – Sangramento do trato GI superior

A) Hemorragia de úlcera péptica

1 – Terapia farmacológica de supressão ácida (em combinação com endoscopia)

- a. Inibidores de bomba de prótons (PPIs) (p. ex. omeprazol {Losec}, pantoprazol {Panto})
- b. antagonistas do receptor H2 da histamina (ARH2) (p. ex. Tagamet e Zantac)
- c. antiácidos

¹⁵⁵ Ibidem. p. 10.

¹⁵⁶ *Estratégias clínicas para controlar hemorragias gastrointestinais agudas e anemia sem transfusão de sangue*. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2006. p. 4/5.

2 – Terapia endoscópica

a. Métodos térmicos/ de eletrocoagulação

- (1) heater probe (sonda térmica)
- (2) eletrocoagulação monopulmonar
- (3) coagulação com plasma de argônio
- (4) coagulação usando microondas

b. eletroterapia por injeção

- (1) epinefrina
- (2) epinefrina e trombina
- (3) epinefrina e polidocanol
- (4) cola de fibrina (p. ex. Beriplast, Tisseel)

OBSTRETÍCIA E GINECOLOGIA¹⁵⁷

I – Tratamento da menorragia

A) Tratamento clínico dos casos agudos

1 – combinação de medicamentos

- a. estrogênios conjugados
- b. anticoncepcionais orais de alta dosagem
 - (1) combinação de estrogênio e progestina
- c. ácido tranexâmico

B) Tratamento cirúrgico

- 1 – histeroscopia e curetagem de emergência
- 2 – tamponamento uterino (cateter de balão de Foley)
- 3 – ablação por balão endometrial
- 4 – histerectomia

TRATAMENTO DA ENEMIA¹⁵⁸

A) Terapia precoce com estimulantes eritropoéticos

- 1 – eritropoetina ou darbepoetina alfa

¹⁵⁷ *Estratégias clínicas para evitar e controlar a hemorragia e a anemia sem transfusão de sangue em obstetria e ginecologia.* São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2002/2003. p.3.

¹⁵⁸ *Estratégias clínicas para controlar hemorragias gastrointestinais agudas e anemia sem transfusão de sangue.* São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2006. p. 8.

B) Terapia à base de ferro e suplemento hematínico

- 1 – ferro intravenoso
- 2 – ácido fólico
- 3 – Vitamina B12

Ressalvamos que, os fluidos sintéticos desenvolvidos não substituem os componentes do sangue humano, mas tão-somente mantém o volume sanguíneo estável, evitando o choque hipovolêmico.¹⁵⁹ E acrescentamos, também, que a maior preocupação hoje no transoperatório é de se evitar grandes incisões, capazes de provocar grandes hemorragias, porque quanto menor a quantidade de sangue que o paciente perder, menor o risco de entrar em choque. Nesse passo, desenvolveram-se instrumentos cirúrgicos capazes de a um só tempo cortar e cauterizar os vasos sanguíneos.¹⁶⁰

E não é só. As técnicas cirúrgicas que visam armazenar o sangue do paciente de antemão, para que no ato da cirurgia este possa ser utilizado, também são inaceitáveis para as testemunhas de Jeová. No entanto, o uso de aparelhos coração-pulmão e o reaproveitamento intraoperatório do sangue, contanto que a circulação não seja interrompida, não são vedados por elas.¹⁶¹

Desta forma, com a ajuda de variadas técnicas alternativas, já é possível a realização de cirurgias de coração aberto, cirurgias ortopédicas, transplante de fígado, rim, coração e pulmão, cirurgias oncológicas e transplante de células-tronco sanguíneas periféricas, sem o uso do sangue.¹⁶²

Ocorre que, considerando ser relativamente recente o entendimento no campo da ciência médica acerca da necessidade de desenvolver tratamentos alternativos, a grande maioria dos médicos ainda desconhece ou não domina vários procedimentos já disponíveis. Assim como muitos hospitais não dispõem de material ou infraestrutura adequados para oferecer essa outra via ao paciente. Todavia, os médicos

¹⁵⁹ *A crescente procura...* Op. cit. p. 8.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p. 9.

¹⁶¹ *Como pode o sangue salvar sua vida?* São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990. p.27. Esse posicionamento decorre da leitura do livro bíblico de Deuteronômio 12:23,24, da qual se depreende que, uma vez fora do corpo, o sangue deve ser “derramado na terra”, ou seja, inutilizado.

¹⁶² *Alternativas Médicas à transfusão de sangue*. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2002.

Earnshaw e Shander, citados no início deste tópico, concordam no sentido de que as técnicas alternativas são mais econômicas que a tradicional transfusão, podendo representar uma redução nos custos em cerca de 25%.¹⁶³ De fato, a grande preocupação recai sobre o sistema público de saúde, bastante precário. Nesse sentido, o Ministério da Saúde editou a *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde*¹⁶⁴, a qual prevê no seu princípio 3º, art. VI:

É direito dos cidadãos atendimento acolhedor (...), garantindo-lhes:

VI – A informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, considerando as evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha.

O 6º princípio, art. I também diz:

Os gestores do SUS, das três esferas de governo, para observância desses princípios, se comprometem a:

I – Promover o respeito e cumprimento desses direitos e deveres com a adoção de medidas progressivas para sua efetivação.

Pelo exposto, entendemos que mesmo no serviço público o direito do paciente à recusa às transfusões não deve restar prejudicado ou relativizado, devido à ineficiência governamental. É ônus dos gestores do SUS equipar os hospitais da rede, a fim de que possam garantir atendimento adequado e que não vá de encontro com as crenças da pessoa, cumprindo, assim, efetivamente o disposto na referida *Carta*.

Não obstante isso, as testemunhas de Jeová possuem uma rede mundial de Comissões de Ligação com Hospitais (COLIH), que servem para dar suporte aos membros dessa religião e também levar informações aos profissionais da área médica. Um manual produzido por eles, explica o funcionamento desse órgão:

Estas comissões, presentes em todas as grandes cidades, compõe-se de profissionais experientes e treinados que atuam como ligação entre o médico e o paciente que é Testemunha de Jeová, a pedido do paciente. Os seus serviços são programados para resolver

¹⁶³ *A crescente procura...*Op. cit. p.10.

¹⁶⁴ BRASIL. Carta dos direitos dos usuários da saúde/Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf.

os problemas que surgem quando os médicos acham necessário dar sangue. Eles dão apoio à família e ao médico assistente por localizar médicos e equipes médicas experientes em técnicas de tratamento sem sangue. Há mais de 100.000 médicos ao redor do mundo que cooperam na utilização de tais técnicas alternativas.¹⁶⁵

E complementa:

Os membros das Comissões de Ligação com Hospitais dispõem de amplas informações a respeito de alternativas disponíveis para a terapia transfusional. Eles mantêm um arquivo de artigos atualizados sobre estratégias de tratamento sem sangue, tirados de literatura médica respeitada, que podem estar à pronta disposição do médico que cuida do paciente. Essa rede em expansão em mais de 1.500 comissões ao redor do mundo já tem mostrado ser muito útil tanto a médicos como a pacientes.¹⁶⁶

O órgão conta também com um departamento que funciona para coordenar o trabalho das COLIHs e das congêneres e filiais das testemunhas de Jeová, no atendimento de emergências. O manual supra citado explica que esse departamento:

Pesquisa regularmente um vasto banco de dados médicos a fim de fornecer às comissões de Ligação com Hospitais, bem como aos médicos cooperadores, *risk managers* (profissionais que avaliam tratamentos médicos de risco), a alguns hospitais e associações médicas, e a outros, informações atualizadas a respeito das mais recentes alternativas para o sangue doado, dos riscos transfusionais, das novas técnicas cirúrgicas e do que há de mais recente em matéria de medicamentos que ajudam a manter um hematócrito adequado e a controlar hemorragias. Para situações de emergência, este departamento mantém um amplo banco de dados com artigos sobre alternativas para os hemoderivados e presta um serviço internacional por fax às Comissões de Ligação com Hospitais, a médicos, a hospitais e a assistentes sociais, para que os pacientes que são Testemunhas de Jeová recebam o necessário tratamento sem sangue.¹⁶⁷

Em suma, as COLIHs, segundo dados mais recentes, formam uma rede composta por 1.500 comissões, abrangendo cerca de 9.000 profissionais treinados, contam com uma lista de mais de 100.000 médicos cooperadores, possuem acesso a 260 centros de tratamento médico e cirúrgico sem sangue, em todo o mundo, pesquisadores *on-line* de assuntos médicos, com acesso a 4.000 revistas e periódicos, fornecem um serviço de farta distribuição de artigos médicos e disponibilizam telefones de emergência 24 horas.¹⁶⁸ No Brasil, a COLIH está

¹⁶⁵ Rede de Serviços de apoio a pacientes Testemunhas de Jeová in. *Cuidados com a Família...* Op. cit. p.3.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 4.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Ibidem p. 6.

presente em 110 cidades-chaves, que por sua vez, dão assistência às cidades menores, e possui mais de 4.000 médicos cadastrados.¹⁶⁹

Por tudo isso, resta bastante claro que a conduta das testemunhas de Jeová, antes de ser uma atitude suicida ou fanática, possui aval da ciência e conta com uma infra-estrutura eficaz de prestação de serviço criada pela própria Associação Mundial das Testemunhas de Jeová – *Watch Tower*, para atendimento dos membros dessa religião em situações de emergência médica.

Para aprofundarmos a análise da questão, podemos perguntar: a posição das testemunhas de Jeová frente às transfusões de sangue total é bastante clara, mas qual é o entendimento que esse grupo religioso tem acerca das frações do sangue? Consideraremos esse assunto no próximo tópico.

5.2 – A questão das frações do sangue

Em muitos casos em que se prescreve o tratamento transfusional hoje, o que ocorre não é mais a transfusão do sangue total, mas a de um ou de alguns de seus componentes primários. O sangue possui quatro componentes primários: plasma, glóbulos brancos, plaquetas e glóbulos vermelhos.

O plasma corresponde a 52% a 62% do sangue total. “É um fluido de cor amarelo-claro em que os glóbulos sanguíneos, as proteínas e outras substâncias ficam suspensos e são transportados.”¹⁷⁰ Além disso, ele é formado por 90% de água, que por sua vez, transporta dezenas de hormônios, sais inorgânicos, enzimas e nutrientes, incluindo minerais e açúcar, assim como fatores de coagulação e anticorpos.¹⁷¹

Os glóbulos brancos ou leucócitos constituem menos de 1% do sangue total e tem como função proteger o organismo, atacando e destruindo matéria estranha,

¹⁶⁹ *Ibidem* p. 7.

¹⁷⁰ *Medicina transfusional...* Op.cit. p.8.

¹⁷¹ *Mantenha-se no amor de Deus...* Op. cit. p. 215.

potencialmente nociva. As plaquetas, também chamadas de trombócitos, igualmente constituem uma parte diminuta no sangue total (menos de 1%) e tem como função participar no processo de coagulação, debelando hemorragias. Por fim, os glóbulos vermelhos (eritrócitos) constituem entre 38% e 48% da totalidade do sangue e funcionam como transportadores de oxigênio e gás carbônico para os tecidos de todo o organismo.¹⁷²

Todos esses componentes primários do sangue são passíveis de serem separados e utilizados na medicina transfusional e que, por sua vez, podem ser fracionados mais ainda a fim de se obter produtos derivados desses componentes primários. Certo periódico diz:

A ciência e a tecnologia tornam possível identificar e extrair substâncias do sangue por meio de um processo chamado fracionamento. Para ilustrar: A água do mar, que é constituída por 96,5% de água, pode ser dividida por processos de fracionamento a fim de se obter as outras substâncias que estão presentes nela, tais como magnésio, bromo e, é claro, o sal. Da mesma forma, o plasma sanguíneo, que compõe mais da metade do volume do sangue total, é constituído por mais de 90% de água, e pode ser processado para se obter frações incluindo proteínas, tais como albumina, fibrinogênio e várias globulinas.¹⁷³

E continua:

Como parte de um tratamento ou terapia, um médico talvez recomende quantidades concentradas de uma das frações do plasma. Um exemplo disso é o crioprecipitado, rico em proteínas, que é obtido por se congelar e descongelar o plasma. Essa fração insolúvel do plasma é rica em fatores coagulantes e geralmente é administrada em pacientes para estancar hemorragias (...) Algumas proteínas do plasma são usadas em injeções comuns para ajudar a aumentar a imunidade de alguém que foi exposto a agentes infecciosos. Quase todas as aplicações médicas consistem em proteínas encontradas no plasma sanguíneo.¹⁷⁴

E completa:

De acordo com a *Science News*, “os cientistas identificaram apenas algumas centenas das milhares de proteínas, segundo se calcula, que normalmente estão na corrente sanguínea de uma pessoa”. À medida que, no futuro, se souber mais sobre o sangue, novos produtos derivados dessas proteínas poderão surgir.¹⁷⁵

¹⁷² *Medicina transfusional...Op.cit. p.9.*

¹⁷³ *Idem.*

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.*

Não apenas o plasma, mas outros componentes primários também podem ser processados com o propósito de se isolar partes menores, ou frações. A hemoglobina, p. ex., é derivada e extraída dos glóbulos vermelhos.¹⁷⁶

As testemunhas de Jeová entendem que a ordem contida na Bíblia, de se abster do sangue, também inclui os quatro componentes primários. Desta forma, elas se recusam a utilizar tratamentos que incluem as referidas substâncias. No entanto, em relação às frações extraídas desses componentes primários, o entendimento é diferente. A respeito de tratamentos médicos que envolvam as ditas frações, entende-se ser uma questão de consciência, em que cada membro desse grupo deverá tomar sua decisão pessoal. Uma obra de referência diz:

...o entendimento religioso das Testemunhas não proíbe de modo absoluto o uso de componentes, como a albumina, as imunoglobulinas e os preparados para hemofílicos; cabe a cada Testemunha decidir individualmente se deve aceitar a esses.¹⁷⁷

Mas o que ocorre quando numa situação de emergência, em que a vida da pessoa está em risco, o médico desconsidera a vontade do paciente para aplicar a transfusão de sangue contra a vontade deste? Ou, ao contrário, quando o médico acata a opção do paciente e o mesmo vem à óbito? Em alguma dessas situações o profissional pode ser responsabilizado? Consideraremos essa questão no tópico seguinte.

5.3 – Responsabilidade civil do médico

De acordo com o iminente professor Sérgio Cavalieri, responsabilidade civil “exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação.”¹⁷⁸ E mais:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 8.

¹⁷⁷ *Como pode o sangue salvar sua vida?* Op. cit. p. 27. (V. também *Mantenha-se no amor de Deus...* Op. cit. p. 78/79).

¹⁷⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

Ou seja, a idéia da responsabilização surge a fim de reparar um dano causado, em decorrência do descumprimento de uma obrigação originária. Há entendimento que sustenta a existência de um dever geral de não causar dano à outrem.¹⁷⁹ No entanto, O Direito estabelece duas ordens de responsabilização, aos quais decorrem de deveres previstos no contrato ou nos negócios jurídicos e outros deveres decorrentes da lei, ao primeiro dá-se o nome de responsabilidade contratual e ao segundo, de extracontratual. Assim ensina douto magistrado:

...se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.¹⁸⁰

Dessa violação a um dever originário, seja contratual ou legal, nasce a obrigação de indenizar por parte do ofensor.¹⁸¹ Ainda nos valendo das lições do professor Cavalieri, podemos citar como causas que geram a referida obrigação ou que, em outras palavras, tem força de causar lesão a um dever jurídico:

a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro ou fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).¹⁸²

Portanto, verificada a ocorrência de um ato atentatório a um dever jurídico imposto, resta ao ofensor a obrigação de restabelecer o equilíbrio anteriormente existente entre o agente, causador do dano, e a vítima. Essa é a função, de acordo

¹⁷⁹ Ibidem. p.1.

¹⁸⁰ Ibidem. p.15.

¹⁸¹ Ibidem. p.4.

¹⁸² Ibidem. p.5/6.

com Cavalieri, da responsabilidade civil, de “recolocar o prejudicado no *statu quo ante*.”¹⁸³

Mas não é só. O ato lesivo, caracterizador da responsabilização *in comento*, pode se dá por culpa do agente ou não. No primeiro caso estamos diante da responsabilidade civil subjetiva, no segundo da responsabilização objetiva. A idéia de culpa está vinculada àquela infração a um dever de cuidado mediante a imprudência, negligência ou a imperícia do agente.¹⁸⁴ Já a previsão de um dever de indenizar, derivado de ato independente de perquirição da culpa, fora introduzida no Código Civil de 1916, mas ganhou maior relevo com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1991, que consagrou a aludida responsabilização baseada tão-somente no risco da atividade desenvolvida pelo fornecedor de produtos ou serviços.

No antigo Código de 1916, a responsabilidade objetiva era a exceção, porque a regra consistia na necessidade de provar a culpa do agente e, por consequência, a ilicitude do seu ato. O novo Código Civil também prevê a responsabilização mediante cometimento de conduta culposa, mas, assim como a legislação anterior, apresenta um rol de hipóteses de exclusão de ilicitude, no seu art. 188, através do qual o ofensor não estaria violando um dever jurídico, embora cause dano a outrem. Da leitura do dispositivo citado, não constituem atos ilícitos: os praticados no exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade.¹⁸⁵

Além da conduta do ofensor, outro aspecto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que nada mais é que “a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado (...) É através dele que podemos concluir quem foi o causador

¹⁸³ Ibidem. p.13.

¹⁸⁴ Segundo Cavalieri, imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação; negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva; e imperícia decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica. (Op. Cit. p.36).

¹⁸⁵ De acordo com Cavalieri, o exercício regular de um direito é aquele em conformidade com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes; a legítima defesa se verifica quando o agente, usando moderadamente dos meios necessários, repele agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem; e o estado de necessidade ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de repelir perigo iminente. (Op. cit. p. 19).

do dano.”¹⁸⁶O nexo é condição *sine qua non* para se verificar a responsabilidade civil do agente e para que, por consequência, surja a obrigação de indenizar. De acordo com Sérgio Cavalieri:

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa,..., mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.¹⁸⁷

Mas assim como ocorre na culpa, o nexo também recepciona hipóteses de exclusão, quais sejam: caso fortuito, força maior e fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. O caso fortuito ou força maior, também chamados de *factum principis*, se caracterizam pela imprevisibilidade ou inevitabilidade (*act of God*). O fato de terceiro “é a prática de dano por pessoa aparentemente alheia à causa determinante”. Assim, também a culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade.¹⁸⁸

Por fim, o último elemento da responsabilização civil é o dano, que pode ser material ou moral. De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri:

O dano patrimonial, (...), também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta de lesão de bens ou interesses patrimoniais. Como adiante veremos, a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde sua clientela -, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.¹⁸⁹

D. v., entendemos como impróprio o termo “dano patrimonial indireto”. Isso porque a violação a bens personalíssimos, mesmo que tenham reflexo no patrimônio, se configuram como dano moral combinado com dano patrimonial. Nesse caso, as duas lesões, a nosso ver, se verificam isoladamente, assim como o *quantum* indenizatório deve ser estipulado em separado. Em suma, o dano material é

¹⁸⁶ CAVALIERI, Sérgio. Op. cit. p. 46.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 113/117; Sérgio Cavaliere diferencia caso fortuito de força maior dizendo que a primeira refere-se a evento imprevisível e, por isso, inevitável, enquanto a última, ainda que previsível, se torna inevitável, por se tratar de fato superior às forças do agente, como os fatos da natureza. (Op. cit. p. 65/66).

¹⁸⁹ Op. cit. p. 71.

tudo quanto passível de avaliação pecuniária e engloba o dano emergente e o lucro cessante.¹⁹⁰

Seara mais espinhosa é tentar definir ou verificar a ocorrência do dano moral.

Consonante ensinamento de Sérgio Cavalieri:

...hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, (...). Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.¹⁹¹

Ocorre que, conforme amplamente demonstrado ao longo desta obra, o novo modelo constitucional privilegiou a defesa da dignidade humana, consubstanciada na efetividade dos direitos fundamentais. Desta forma, não há como desassociar o entendimento do que seja dano moral com a proteção à dignidade. Nesse sentido, citamos a lição da professora Maria Celina Bodin:

...o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial”. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer “mal evidente” ou “perturbação”, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.¹⁹²

Prossigue a ilustre professora:

A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentua-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (...) em

¹⁹⁰ Da leitura do art. 402 do CC, verificamos que dano emergente é aquilo que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, a exata quantia que desfalcou o seu patrimônio. Já o lucro cessante é aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, em decorrência do dano.

¹⁹¹ Op. cit. p.81.

¹⁹² Op. cit. p.185.

que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.¹⁹³

Ante todo o exposto e considerando a linha de sustentação adotada ao longo deste trabalho, nos aliamos ao posicionamento da professora Maria Celina, no sentido de encararmos o dano moral como violação a algum aspecto da dignidade humana, consubstanciada em violação aos direitos fundamentais, insertos no texto da Magna Carta.

E depois, dessa breve explanação acerca dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, perguntamos: é possível responsabilizar o médico ou o hospital, quando um paciente testemunha de Jeová é submetido forçadamente à uma transfusão de sangue indesejada? E, ao contrário, em acatando a vontade do paciente de não transfundir sangue e o mesmo venha à óbito, é possível responsabilizar o médico, por eventual omissão de socorro?

Conforme já demonstramos supra, a posição das testemunhas de Jeová goza do respaldo da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou o direito à liberdade em sentido *lato* e à liberdade de consciência e de crença, como direitos fundamentais, no seu art. 5º caput e inciso VI (direitos esses decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana). Desta forma, nos reportamos mais uma vez à lição da professora Maria Celina, a qual já havíamos citado ao item 4.1:

Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir (...) **a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos...**¹⁹⁴ (grifei)

Indene de dúvidas que obrigar o paciente à uma transfusão de sangue à revelia da sua vontade, é situação ensejadora de responsabilização civil pelos danos morais acometidos à vítima. Ambos os sujeitos podem ser acionados, o médico e o hospital. No entanto, a aferição de responsabilidade difere nos dois casos.

¹⁹³ Ibidem. p. 188.

¹⁹⁴ Ibidem. p.107.

Com relação ao hospital, o caso não enseja maiores dificuldades, uma vez que aplica-se, a responsabilização objetiva, com fulcro no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Diz Sérgio Cavalieri:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.¹⁹⁵

E conclui:

É o que o Código chama de *fato* do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.¹⁹⁶

Já com relação ao médico, a situação é mais complexa. Isso se dá devido a natureza do contrato, estabelecido entre paciente e médico. O exercício da medicina, regra geral, constitui uma obrigação de meios e não de resultados, significando dizer que “cumpra ao médico empenhar-se, quanto necessário e possível, para o bom resultado da prática médica, com o objetivo de curar o paciente. Isso importa em obrigação de utilização de todas as técnicas disponíveis, aceitas pelo consenso profissional como adequadas ao fim proposto.”¹⁹⁷ Logo, eventual responsabilização só é cabível quando provada culpa, decorrente de negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, diferente do hospital, a responsabilidade do médico é subjetiva. Desta forma, como é possível perquirir a culpa do profissional no caso *in comento*?

Todas as testemunhas de Jeová são instadas à portar um cartão de identificação, onde há declaração expressa acerca da recusa às transfusões, para que em casos de emergências médicas, sobrevivendo inconsciência, a equipe médica saiba que se trata de uma testemunha de Jeová e que possa contatar o procurador indicado no documento. O referido cartão, além de constar procurador obrigatório e outro facultativo, juntamente com seus respectivos endereços e telefones, também é

¹⁹⁵ Op. cit. p.382.

¹⁹⁶ Ibidem. p.383.

¹⁹⁷ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: civil, criminal e ética*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.98/99.

subscrito por duas testemunhas, com firma reconhecida. A respeito do “cartão do sangue”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diz:

Em decorrência do Código Civil, art. 82, para a validade de um ato como os que aponta a pergunta, basta que a manifestação que ele traduz se assumida por agente capaz, já que para eles inexistem forma prescrita, ou defesa pela lei. Assim, para a validade do referido Termo ou Cartão basta a assinatura do interessado.¹⁹⁸

E completa:

Sem que isto seja exigência essencial, conviria ser essa manifestação de vontade subscrita por duas testemunhas que corroborariam a livre escolha da parte.¹⁹⁹

Celso Ribeiro Bastos também diz:

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 menores.²⁰⁰

Pelo exposto, verifica-se que o referido documento é apto a expressar validamente a vontade da pessoa. Isso implica em dizer que, na entrada do paciente no hospital, durante uma situação de emergência, se o médico sabe que se trata de uma testemunha de Jeová, seja porque a pessoa está consciente ou porque, inconsciente, está de porte do cartão de identificação, o qual demonstra expressamente a recusa ao dito procedimento, e mesmo assim, o profissional administra a transfusão, entendemos que resta configurada a ação culposa, ensejadora da responsabilização.

A contrario sensu, se o paciente dá entrada em hospital, inconsciente, sem estar portando o documento necessário à sua identificação e, por conta disso, é submetido à uma transfusão, entendemos que não há que se falar em culpa do profissional, ante a verificação de culpa exclusiva da vítima, que, conforme mencionamos supra, é causa de exclusão da responsabilidade.

¹⁹⁸ Op. cit. p.27.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Op. cit. p.27.

Mas ainda cabe considerarmos o seguinte: quando o médico acata a vontade do paciente e esse vem à óbito, pode o profissional ser responsabilizado? Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que não, uma vez que não há omissão **culposa**. O professor e magistrado mineiro Jurandir Sebastião vai no mesmo sentido, quando diz:

...Se ocorrer *oposição* do paciente ou *recusa* de submeter-se ao tratamento que a ele se impuser, deve o médico alertá-lo claramente sobre as conseqüências que poderão resultar, se possível juntamente com seus familiares (ou só com estes, em caso de ausência de lucidez do paciente), para que se possa dar imediato tratamento à doença. Tais diligências, se não atingirem o resultado desejado (autorização e/ou colaboração do paciente), servirão, ao menos, como prova da *impossibilidade* de atendimento, para futura exclusão da responsabilidade do médico – como culpa *própria* da vítima – se decorrer ação judicial civil ou criminal com base nessa “omissão” médica.²⁰¹(grifado do original)

Há mais. Uma das grandes controvérsias existentes nesse caso, se refere ao entendimento que parte da classe médica nutre da obrigatoriedade de agir para salvar a vida do paciente, em qualquer situação, mesmo que contra a vontade do mesmo. Tal posição decorre do juramento constante do Código de Ética Médica²⁰², que em seu art. 46 e 56 disciplinam, *verbis*:

Capítulo IV – Direitos Humanos

É vedado ao médico:

Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, **salvo iminente perigo de vida**. (grifei)

Capítulo V – Relação com pacientes e familiares

É vedado ao médico:

Art. 56 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de iminente perigo de vida**. (grifei)

Desta forma, o código da classe prevê um permissivo, para que em casos de iminente risco de vida, pode o profissional desconsiderar a vontade do paciente e

²⁰¹ Op. cit. p.99.

²⁰² BRASIL. Código de ética médica. Resolução nº 1246/88, de 08/01/88. (D.O.U. 26/01/88).

proceder como bem prouver para salvar-lhe a vida. Nesse sentido sustenta Jurandir Sebastião:

Nas cirurgias, imprevistos de toda ordem podem ocorrer. Em ocorrendo, cumpre ao chefe da equipe cirúrgica tomar a decisão que o caso recomendar, sem qualquer preocupação com o “prévio consentimento”.²⁰³

Assim também entendeu o desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, que negou provimento à apelação interposta pelo hospital, o qual visava autorização judicial para administrar transfusão de sangue em paciente testemunha de Jeová, consignando em acórdão de sua lavra:

No caso dos autos, revela-se desnecessária a intervenção judicial, pois o médico e a instituição hospitalar, ao prestarem seus serviços aos pacientes, têm o dever de realizar todo e qualquer procedimento técnico necessário para a manutenção da vida.

E continua:

O Código de Ética Médica, em seu art. 19²⁰⁴, estabelece que “o médico, salvo iminente perigo de vida, não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal.” Ou seja, o consentimento do paciente somente é necessário quando inexistir perigo de vida, que não é a circunstância do caso em apreço, face a declaração médica da fl. 12. O mesmo código define a medicina como “profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa”, tendo o médico o dever de “agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”

Por fim, conclui:

Nesse contexto, não há necessidade nem utilidade da intervenção jurisdicional, pois o médico é obrigado a empregar todos os meios disponíveis para salvar a vida dos pacientes. Portanto, diversamente do alegado nas razões recursais, a manifestação judicial não é imprescindível, porquanto o profissional da medicina tem o dever de tratar o internado, em caso de risco de vida, independentemente de seu consentimento.²⁰⁵

²⁰³ Op. cit. p112.

²⁰⁴ Alterado pelo art. 46 do CEM (Resolução n. 1246/1988).

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 70020868162. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Comarca de Porto Alegre, DJ 29/08/07.

Data máxima vênia, os fundamentos supra citados não devem prosperar. Nesse mesmo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o desembargador revisor, Doutor Paulo Sérgio Scarparo, proferiu voto sustentando:

...tal artigo²⁰⁶ seria aplicável, em princípio, aos casos em que não houve oportunidade para o médico prestar os esclarecimentos devidos, nem colher o consentimento – ou a recusa – do paciente (...) No caso em tela, porém, tudo demonstra que a paciente, pessoa lúcida de 33 anos, foi amplamente informada acerca de suas condições de saúde e dos tratamentos indicados, recusando – de forma expressa e escrita, com apoio de seus familiares – as transfusões de sangue total e seus componentes primários.

E continua:

De fato, a comunidade médica tem repetidamente reafirmado a orientação de respeito à liberdade dos pacientes nesses casos, conforme se lê, por exemplo, no parecer transcrito a seguir (grifamos)²⁰⁷:

“(...) É cada vez mais do consenso dos profissionais de saúde que o respeito à vontade do paciente deva ser maximizado. A jurisprudência, em que pesem as hesitações e as remissões, vai também caminhando nesse sentido.

Sempre mais se considera que a exceção prevista no Código de Ética Médica (art. 46), prevendo a intervenção do médico sobre o paciente – contrariamente à sua vontade, em situações de iminente perigo de vida – seja uma possibilidade que se abre para o médico atuar, e não uma determinação.

(...) Não se trata, entretanto, de um dever. Há que se respeitar, “data vênia”, a vontade de quem quer que seja, legalmente competente, inclusive de morrer sem ser violentado em sua crença.

Não existe, para mim, a obrigação de viver – logo, não será omissão de socorro e sim respeito à individualidade do paciente, deixar de transfundir sangue quando ele não queira, procurando-se todos os recursos técnicos e científicos para proteger a sua saúde, sem contrariar a sua vontade expressa...”(grifado do original)

Nesse mesmo sentido entendeu o Juiz André Nicollit, em plantão judiciário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ao proceder à intervenção no intuito de salvar a vida (o médico) age em cumprimento ao seu dever ético profissional. Por outro lado, se não age em respeito à liberdade do paciente, sua omissão está respaldada pela Constituição.²⁰⁸

Portanto, conclui-se que a norma contida nos arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica, dispondo que o profissional está autorizado a agir contrário à vontade do

²⁰⁶ Art. 19 citado pelo relator.

²⁰⁷ Consulta nº 27.278/96 – CREMERSP. Assunto: Transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. Relator: Conselheiro Marco Segre.

²⁰⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 2009.205.025742-5.

paciente, quando há iminente risco de vida, deve ser relativizada a fim de harmonizá-la ao ordenamento constitucional, uma vez que a Constituição é a Lei Maior e, portanto, deve prevalecer diante de antinomias perante qualquer outro ato normativo.²⁰⁹ Certo parecer, citando José Afonso da Silva, diz:

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. O médico satisfaz seus deveres informando o paciente do juízo que faz a propósito da necessidade ou conveniência desse ato ou tratamento, e das conseqüências prováveis de uma recusa.²¹⁰

Patente que, também, não há que se falar em omissão de socorro, crime tipificado no art. 135 do Código Penal (sendo o ato de deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo), na hipótese de o médico acatar a posição da testemunha de Jeová e ela vir a morrer por isso. Já que o não uso da transfusão de sangue, não significa necessariamente em ausência de atendimento, uma vez que, conforme demonstrado no item 5.1, existe uma gama de tratamentos alternativos capazes de suprir o tratamento transfusional, com bastante margem de sucesso. Portanto, **existe atendimento e não omissão** e, por consequência, não há fato típico.

E não é só. Visto que no caso, há uma recusa por parte do próprio paciente em receber a transfusão, sendo essa recusa respaldada pela Constituição, verifica-se um óbice irresistível, a impedir a ação do médico. Mais uma razão pela qual o tipo penal não se configura. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho dispõe:

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

²⁰⁹ De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a interpretação literal do art. 46 do CEM é absurda e juridicamente é inconstitucional. (Op. cit. p.26). E consonante ensinamento de Luís Roberto Barroso, “*a supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. **Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.**” (grifamos) (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1).

²¹⁰ BRUMLEY, Philip; DEL CALRO, José Cláudio; DE ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral. Apud. Parecer: *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. Op. cit. p.16/17. (Fonte original: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.182 e 184).

omissão de responsabilidade do médico, mas recusa de tratamento específico por parte do paciente.²¹¹

E conclui:

Igualmente, não haverá nesse caso responsabilidade do médico 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.²¹²

Em suma, concluímos que há dano moral quando o paciente é submetido à transfusão forçada, mesmo que iminente o risco de vida. Nesse caso, tanto o médico quanto o hospital podem ser demandados em juízo. Noutro giro, incabível a responsabilização quando o médico respeita a decisão do paciente e o mesmo vem à óbito, desde que o profissional tenha se esforçado em utilizar todos os meios alternativos existentes para impedir aquele resultado. Desta forma, não há que se falar em omissão de socorro, uma vez que ocorre apenas a recusa a um tratamento específico e não a todos. E mesmo não havendo alternativa disponível, ainda a suposta “omissão” é respaldada pela Constituição, por isso, não se verifica o fato típico previsto no art. 135 do CP, já que há um impedimento irresistível, que impede a atuação do médico.

6 – A questão dos menores de idade

Questão que consegue ser mais espinhosa ainda, é quando se trata de menores de idade. É admissível que os pais decidam pela submissão ou não dos filhos às transfusões de sangue? Ou podem os próprios menores decidirem, por si só? Essa manifestação de vontade, advinda de sujeito incapaz, pode prevalecer?

Para respondermos a primeira pergunta, se faz mister considerarmos o alcance do poder dos pais sobre os filhos. De acordo com as lições de Caio Mário:

²¹¹ Op. cit. p.28.

²¹² Idem.

O Código Civil de 2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao Pátrio Poder, indentificando-o como “poder familiar”, não abandonou a sua natureza de “poder” do instituto, marcado modernamente por obrigações e responsabilidades decorrentes da necessidade de proteção dos filhos, como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.”²¹³

Já Silvio Rodrigues define poder familiar como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo vista a proteção deles.”²¹⁴

Verificamos, portanto, que a lei delega aos pais ou representantes legais o poder de gerir a vida dos filhos ou de seus pupilos, visando o bem-estar e proteção psicofísica deles, mas com todo o cuidado, levando em conta a condição vulnerável dos mesmos. E é justamente devido à essa vulnerabilidade, que a lei delega as decisões relativas aos atos da vida civil aos pais. Assim dispõe o CC/02:

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos que forem partes, **suprindo-lhes o consentimento**. (grifamos)

Todavia, o poder familiar não é ilimitado, mas pode ser suspenso, conforme previsão do art. 1.637 do CC, ou cassado por decisão judicial, com fulcro no art. 1.635, inciso V do CC, nas hipóteses previstas no art. 1.638 do mesmo diploma legal. A respeito da suspensão, leciona Caio Mário:

Dá-se a “suspensão do poder familiar” por ato de autoridade, após a apuração devida, se o pai ou a mãe abusar de seu poder, faltando aos seus deveres ou arruinando os bens do filho.²¹⁵

E conclui:

O juiz, *ex officio*, ou a requerimento de algum parente, ou mediante representação do Ministério Público, suspende o exercício do poder familiar. A lei não estatui o limite de tempo. Mas este será dado pelo que, ao ver, do julgador, seja conveniente aos interesses do

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol V. 14ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004. p.423.

²¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.356.

²¹⁵ Op. cit. p.27.

menor. Terminado o prazo, restaura-se aquele exercício, tal como antes. A suspensão, que é deixada ao *arbitrium boni viri* do juiz, poderá ser revogada, também a critério dele.²¹⁶

O poder familiar suspenso ou destituído pode ser restaurado, transcorrido determinado lapso temporal ou cessado o perigo que ensejou a sanção.²¹⁷ Desta forma, é passível de entendimento que, na hipótese dos pais negarem tratamento transfusional aos filhos menores e essa negativa represente risco de vida, caberia a suspensão do poder familiar, para que, nesse caso específico, a vontade do Estado se sobreponha à vontade dos pais, a fim de se proceder com a transfusão à revelia da vontade dos genitores.

Ocorre que, resta equivocado o entendimento que a negativa por partes dos pais à administração de transfusões de sangue nos filhos seja caracterizada como abuso do poder familiar ou exposição deliberada dos filhos à morte. È como diz Celso Ribeiro Bastos:

Quanto os pais ou demais responsáveis, é preciso deixar certo que **não há negligência ou qualquer espécie de culpa** quando solicitam aos médicos que usem meios alternativos para o tratamento de sangue em seus filhos. A recusa a uma determinada técnica médica pelos pais ou responsáveis, quando se tem algumas outras vias, que atingem até melhores resultados do que a técnica padrão (sempre presente um alto risco de contaminação por diversas doenças) não é suficiente para configurar a culpa em qualquer de suas modalidades.²¹⁸ (grifei)

Certo parecer complementa:

...quando um pai faz a opção consciente e informada por tratamento médico isento de sangue, não significa que está deixando de prestar assistência à criança. De modo que qualquer intrusão do Estado no círculo familiar há de ser cuidadosamente analisada, a fim de que os supostos interesses estatais não tragam danos de ordem psíquica, de difícil reparação. Lamentavelmente, tais intervenções vêm ocorrendo, como se os pais que são Testemunhas de Jeová não tivessem profundamente preocupados com o restabelecimento dos filhos. Nos casos de intervenção envolvendo filhos menores, sejam crianças ou recém-nascidos, freqüentemente os pais que são Testemunhas de Jeová sentem que o sangue imposto à força em seus filhos, não é administrado por ser absolutamente necessário, mas porque os médicos fazem pouco – ou nenhum – esforço de dar consideração à sua solicitação de uso de terapia isenta de sangue. Em lugar disso, os médicos seguem suas práticas de rotina...²¹⁹

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 368/369.

²¹⁸ Op. cit. p.25.

²¹⁹ BRUMLEY, Philip; DEL CALRO, José Cláudio; DE ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral.. Parecer: *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. Op. cit. p.22.

Ante o exposto, não deve prosperar qualquer intervenção estatal numa escolha legítima dos pais ou representantes legais, no tipo de tratamento de saúde a qual seus filhos ou pupilos serão submetidos, uma vez que tal escolha nada mais representa que o exercício do poder familiar. Segundo Caio Mário, dentro da esfera do poder parental, está incluída a escolha do estabelecimento de ensino que o filho frequentará, imprimir a direção espiritual que lhe pareça conveniente, estabelecer o grau de instrução que receberá e orientar-lhe acerca da profissão que irá seguir.²²⁰ Todas essas escolhas ou decisões dos pais acarretam profundas conseqüências na vida futura dos filhos, sendo incabível conceber que o Estado adentre nesse particular. Para restar claro que não se trata de negligência ou omissão por parte dos pais, no cuidado com os filhos, trazemos à baila matéria veiculada na revista *Época*. A matéria dizia:

Uma equipe da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) adotou uma técnica inédita no Brasil para tratar uma malformação rara no crânio de uma criança. O menino, Pedro Henrique das Mercês, nasceu com craniostenose. A doença causa o fechamento precoce de uma ou mais suturas do crânio (...) as vítimas da craniostenose acabam tendo deformações na cabeça, que podem levar até a retardo mental.

A matéria prossegue:

Mas o choque entre a solução apontada pela Ciência e a crença dos pais do menino criou um dilema. “Conversei com mais de 12 médicos e eles eram categóricos em dizer que, sem sangue, meu filho morreria na mesa de cirurgia.”, conta Walter Pereira das Mercês.

Mas, então, o caso teve uma reviravolta. A reportagem conclui:

Diante do impasse, o neurocirurgião pediátrico Sérgio Cavalheiro decidiu usar um endoscópio, aparelho cilíndrico que contém uma câmera de vídeo e permite manusear instrumentos cirúrgicos sem abrir toda a calota craniana durante a cirurgia. Bastou fazer um corte de 6,5 centímetros no couro cabeludo da criança e introduzir o endoscópio entre a pele e o crânio. Com a técnica menos invasiva, Pedro não precisou receber sangue. Também não foi necessário aplicar um dreno na cabeça. O bebê ficou apenas um dia na UTI do Hospital Santa Catarina, em São Paulo. O método convencional exige em média três dias. Dois meses depois

²²⁰ Op. cit. p. 426.

Pedro é uma criança saudável. “A técnica cirúrgica convencional continua boa. Mas deverá gradualmente ser substituída pela operação com o endoscópio”, diz Cavalheiro.²²¹

Desmembramento dessa questão é a situação dos “menores amadurecidos”.

Sobre isso, assim define um manual já citado:

Quando o paciente é um menor dotado da capacidade de fazer decisões independentes, e consegue entender a natureza e as conseqüências do tratamento proposto, então ele é um “menor amadurecido”. Os menores amadurecidos têm o mesmo direito de exercer o “consentimento informado” que os adultos. Este princípio ético, que é um direito legal, aplica-se à questão das transfusões de sangue e a outras intervenções médicas propostas por clínicos.²²²

Todas as pessoas se constituem em sujeitos de direitos, a partir do nascimento com vida. Ocorre que o Código Civil limita o exercício de certas atividades, momento em que não há plena capacidade para praticá-las. Regra geral, o indivíduo se torna plenamente capaz ao completar 18 anos, mas em caso de emancipação, esse lapso é reduzido. Nesse sentido, dispõe a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*, em seu art. 12:

Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.²²³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho dispõe:

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. (...) Essa vontade consciente deverá ser respeitada.²²⁴

E o professor de ética médica da Universidade de São Paulo (USP), Marco Segre, afirma:

²²¹ VICÁRIA, Luciana. *Abrindo a cabeça*. *Revista Época*. nº 369. 13 jun 2005. p.84.

²²² Aspectos Éticos/Legais. *Cuidados com a Família...*Op. cit. p.29.

²²³ Idem. Apud.

²²⁴ Op. cit. p.29.

Com relação aos ‘menores’, há que se distinguir a situação das crianças e dos adolescentes. É inegável, e o recém-promulgado ‘Estatuto da Criança e do Adolescente’ é claro nesse aspecto, que, ao adolescente a partir de 12 anos, segundo o art. 2º do referido Estatuto, já se reconhece o direito de externar e de realizar suas convicções, sejam elas políticas, de crença religiosa, ou de índole totalmente individual...É aceitável, eticamente, portanto, que um adolescente manifeste sua recusa, e seja atendido, a uma transfusão de sangue.²²⁵

Já existe maduro entendimento na jurisprudência alienígena, apoiando a decisão do menor amadurecido. O Tribunal de Recursos de New Brunswick, no Canadá, com base em acórdão proferido nos autos do processo *Malette v. Shulman*, concluiu:

Existe aqui evidência esmagadora de que (J) é suficientemente amadurecido e que, nas circunstâncias do caso, o tratamento proposto atende a seus melhores interesses e à preservação de sua saúde e seu bem-estar...Em tais circunstâncias, os desejos do menor amadurecido, de rejeitar as transfusões de sangue, têm de ser respeitados.²²⁶

No mesmo passo, entendeu a Suprema Corte de Illinois, nos Estados Unidos:

Se a evidência for clara e convincente de que a menor é suficientemente amadurecida para avaliar as conseqüências de suas ações, e que a menor é suficientemente amadurecida para exercer o poder de julgamento de um adulto, então a doutrina do menor amadurecido lhe concede o direito, garantido pelo direito Comum, de dar seu consentimento ou de recusar um tratamento médico.²²⁷

Também o juiz espanhol, A. Pedreira de Andrade diz:

Quando se trata de um menor de idade, entendemos que ele deverá ser ouvido sempre que tenha suficiente discernimento, tanto da parte do médico como da parte do Juiz...Na nossa opinião, não se deve fixar nenhum tipo de idade...O conceito jurídico indeterminado de menor com suficiente juízo permite, e entendemos que obriga, inclusive, a que se ouça uma pessoa menor de 12 anos.²²⁸

Em suma, concluímos que quando a questão *in comento* envolva menores de idade, a problemática se subdivide: se se tratar de um menor amadurecido, a vontade

²²⁵ Aspectos Éticos/Legais...Apud. Op. cit. p.32. (Fonte original: SEGRE, Marco. *Situação Ético-Jurídica da Testemunha de Jeová e do Médico e/ou Instituição Hospitalar que lhe Presta atenções de Saúde, face à recusa do paciente-religioso na Aceitação de Transfusões de Sangue*. 4 de jul., 1991. São Paulo).

²²⁶ Ibidem. Apud. p. 33. (Fonte original: *Walter {Litigation Guardian of} v. Region 2 Hospital Corp.* {1994}, 4 R.L.F. {4th} 321 at 336 {N.B.C.A.; Canadá}).

²²⁷ Idem. Apud. (Fonte original: *Re E.G.*, 133 Ill. 2d 98, 549 N.E. 2d 322 {1989} {EUA}).

²²⁸ Idem. Apud. (Fonte original: ANDRADE, A.P., *Rechazo Del tratamiento, consentimiento y derecho a la información del paciente*. In *Jano Medicina y Humanidades*, junio 22-28, 1990, Vol XXXIX, nº 913 {Espanha}).

deste deve ser levada em conta pelo médico e magistrado, e o mesmo poderá decidir *per si* se aceitará ou não a transfusão. Caso contrário, é a vontade dos pais ou representante legal que deverá ser considerada, sendo vedado ao Estado intervir em assunto privado, dentro da esfera própria do poder familiar, a qual só deve ser afastada em comprovando a culpa, abuso ou atos incompatíveis com o ordenamento jurídico.

7 - Conclusão

Considerando a polêmica que sempre envolve a posição dos membros pertencentes ao grupo religioso, denominado Testemunhas de Jeová, quando da hipótese de recusa à administração de transfusões de sangue, se faz necessário cabal e cuidadosa consideração, acerca dos fundamentos envolvidos com essa questão, sob pena de julgamentos preconceituosos.

Nesse passo, algumas perguntas merecem reflexão e pesquisa: são as testemunhas de Jeová “fanáticos suicidas”? ou existe alguma base lógica, racional, científica e jurídica a embasar a referida posição?

A fim de trazermos luz sobre essa discussão, passamos, primeiramente, pela consideração da história e evolução dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional. Por meio disso, verificamos que a posição polêmica dessa religião se deve, em primeiro lugar, ao entendimento bíblico que esse grupo alimenta de que os “cristãos verdadeiros” devem obedecer à ordem divina, contida no texto bíblico de Atos 15: 28,29, de se abster de sangue. E isso significa que, qualquer uso do sangue diferente de sua função estabelecida por Deus, qual seja fazer expiação pelos pecados, é absolutamente vedada, mesmo que seu uso seja “por uma boa causa”, para salvar uma vida. Portanto, a posição das testemunhas tem base jurídica no direito constitucional de liberdade de crença, com reflexo sobre a liberdade de

consciência, ambos direitos fundamentais, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

O dito princípio restou elevado à posição mais elevada na ordem jurídica constitucional contemporânea, sendo consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988, como fundamento da República. Por isso, o ordenamento censura qualquer ato atentatório à dignidade, consubstanciado em desrespeito aos direitos fundamentais.

Ocorre que, pode acontecer no caso concreto, de se verificar colisão entre direitos fundamentais, caso em que o magistrado deverá ponderar a relevância de cada interesse colidente, a fim de perquirir qual deles merecerá proteção jurídica. Contudo, essa não deve ser a regra. A preocupação do juiz, antes de mais nada, deve ser de tentar harmonizar os direitos contrapostos, para que não haja prejuízo entre os mesmos.

O entendimento, até então preponderante no caso em tela, é de se afirmar que existe uma colisão entre direitos fundamentais ante a recusa das testemunhas às transfusões, em que haveria a oposição da vida e da liberdade religiosa. *D. v.*, verificamos que não há, regra geral, colisão entre os ditos direitos. Isso porque não há, por parte das testemunhas, vontade deliberada em dispor da própria vida. O que ocorre, na verdade, é uma opção esclarecida à tratamento alternativo isento de sangue. Com a evolução da medicina, surgiram uma gama de tratamentos capazes de substituir a antiga prática das transfusões com maior segurança ao paciente, sendo certo que, não é possível estabelecer limites à essa evolução, o que significa dizer que, cada vez mais, o médico terá à sua disposição meios satisfatórios de atender a vontade das testemunhas, respeitando as suas crenças.

Mesmo havendo, de fato, colisão no caso *in comento*, o entendimento à luz dos preceitos constitucionais, vai no sentido de encarar a liberdade como valor que mais corresponde e satisfaz o princípio da dignidade. Desta forma, a vontade das testemunhas deve ser respeitada, mesmo sob risco de vida.

E com relação aos filhos menores, o entendimento também não deve ser diferente. Isso porque a decisão dos pais, nada mais é, que o exercício legítimo do poder familiar, que apenas deve ser afastado em caso de abuso, negligência, culpa, enfim, qualquer ato atentatório ao ordenamento jurídico e bons costumes. E quando o menor é amadurecido o suficiente para decidir *de per si*, a sua vontade também deve ser acolhida, uma vez que o menor é um sujeito de direito, como qualquer pessoa.

Ante o exposto, o desrespeito à vontade das testemunhas de Jeová e a administração forçada de transfusão de sangue, resta configurado lesão à dignidade da pessoa humana, ensejadora da responsabilização do médico ou hospital.

Noutro giro, inadmissível, nessa nova conjuntura constitucional e depois de tantas lutas pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, que o Estado ainda tente obrigar um cidadão a aceitar certo tratamento de saúde à revelia da vontade dele.

Pelo exposto, concluímos que se admitirmos como certo, por mais que não concordemos com a ideologia ou crença, que o Estado possa, arbitrariamente, obrigar um cidadão à se submeter a certo tratamento de saúde, sem dar nenhuma outra opção, quando essas existem e mesmo se não existissem, então, estaremos definitivamente em um totalitarismo.

8 - Bibliografia

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer: *questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 1994.

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70020868162. relator: Des. Umberto Guaspari Sucbrack. Comarca de Porto Alegre, DJ 29/08/07.

Vídeo “Estratégias Alternativas à Transfusão: simples, seguras e eficazes”. Cesário Lange, SP, Associação Torre de Vigia.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BARROSO, Luís Roberto e Ana Paula Barcellos. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In *Dos Princípios Constitucionais- Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE MORAES, Maria Celina Bondin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EWALD, François. *Uma expressão foucaultiana: os princípios gerais do direito*. Tradução de Antônio Cavalcanti Maia. Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro. (Traduzido do original EWALD, François. Une expérience foucauldienne: les principes généraux du droit. In. *Critique – Michel Foucault du monde entier*, Paris, Éditions de Minuit, ago-set, n° 471-472, pp. 788-793).

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 7ª Edição. Saraiva: 2009.

BRASIL. Código de ética médica. Resolução n°1.246/88, de 08/01/88. (D.O.U 26/01/88).

BRASIL. Carta dos direitos dos usuários da saúde/Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf. Acesso em: 06/09/2009.

BRUMLEY, Philip; CLARO, José Cláudio Del; ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral de. *Parecer: Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Parecer: Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000.

1999 – Anuário das Testemunhas de Jeová. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1999.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. *Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1986.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada Edição Pastoral-Catequética*. 151ª Edição. São Paulo: Ed. Ave-Maria, 2002.

O que a Bíblia realmente ensina?. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2005.

Mantenha-se no amor de Deus. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2008.

Raciocínios à base das Escrituras. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1985,1989.

Vida Eterna na Terra – Uma esperança Cristã? **Revista A Sentinela**. São Paulo. Vol 130, nº 16, ago. 2009.

REIS FILHO, Daniel, FERREIRA, Jorge e ZENHA, Celeste. *O século XX: o tempo das crises*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

A crescente procura por tratamentos médicos e cirurgia sem sangue. **Revista Despertai!**. São Paulo. Vol. 81, nº 1, jan 2000.

Sangue – Por que é tão valioso? **Revista Despertai!**. São Paulo. Vol. 87. nº 8. ago 2006.

Estratégias clínicas para controlar hemorragias gastrointestinais agudas e anemia sem transfusão de sangue. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2006.

Estratégias clínicas para evitar e controlar a hemorragia e a anemia sem transfusão de sangue em obstetrícia e ginecologia. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2002/2003.

Alternativas Médicas à transfusão de sangue. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. 2002.

Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: civil, criminal e ética*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 14ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VICÁRIA, Luciana. *Abrindo a cabeça*. **Revista Época**. nº 369. 13 jun 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A Ética Médica e o Respeito às crenças religiosas, Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina, Vol. 6, nº1, 1998.

Como pode o sangue salvar sua vida?, São Paulo: Sociedade Torre de Vigia, 1990.