

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA LIBERDADE RELATIVA DE ESCOLHA DO TRATAMENTO
MÉDICO**

Michele Paulino Bordão

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA LIBERDADE RELATIVA DE ESCOLHA DO TRATAMENTO
MÉDICO**

Michele Paulino Bordão

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor Ms. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior.

Presidente Prudente/SP
2006

DA LIBERDADE RELATIVA DE ESCOLHA DO TRATAMENTO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Ms. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Aldir Guedes Soriano

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2006.

“O direito não é o que aparece formulado em termos abstratos pelas normas genéricas, mas aquele que é vivido de um modo concreto pelo povo, e que é aplicado”.

Rudolf Von Ihering

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, autor de toda a existência, por ter me dado força, tranquilidade e persistência necessárias para chegar ao fim dessa árdua caminhada.

Aos meus pais, Jaime e Joana, a quem dedico este trabalho, que abdicaram de seus sonhos para que os meus pudessem se tornar realidade, numa demonstração de amor e carinho. Minha eterna gratidão.

Ao meu amorzão, Luís Humberto, que sabiamente não reclamou minha presença quando estive ausente, mas ao contrário, contribui com muito amor e carinho, apoiando-me para que eu não esmorecesse.

Aos meus tios, Gil e Neusa, a quem carinhosamente chamo de “segundos pais”, pelas palavras de apoio e incentivo nos momentos mais difíceis. Amo vocês.

Ao Professor e Orientador, Ms. Jesualdo, pelos conhecimentos prestados, atenção e paciência, sem os quais este trabalho não teria chegado ao fim.

Ao Professor e Amigo, Dr. Aldir Guedes Soriano, pela colaboração prestada no decorrer desse trabalho, com constantes esclarecimentos e fornecimento de materiais.

Um especial agradecimento à amiga Érica Nicolau, pelas vezes que precisei, e sem pestanejar, prontamente me atendeu.

Com carinho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico enfocou a celeuma que envolve os médicos ao tratarem de pacientes cuja religião não permite a transfusão de sangue mesmo em situações de emergência. Por oportuno, demonstrou-se que a todos é dado o direito de exercer livremente sua religião, não sendo admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, formas atentatórias à ordem pública e aos bons costumes. Enfatizou-se que nenhum direito é absoluto, e que para tentar solucionar esse conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida, aplica-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Ateve-se a incentivar os médicos a realizarem o tratamento hemoterápico quando presente o iminente perigo de morte, sem apego a formalismos ou manifestações absurdas de religiosidade. Demonstrou-se que existem tratamentos alternativos, todavia nem sempre eles serão suficientes e capazes de manter a vida do paciente. Recomendou-se que, por conta do princípio da autonomia da vontade e dos riscos inerentes às transfusões, sempre que possíveis estas deverão ser evitadas. Entretanto, ficou comprovado que nos casos em que não há tempo hábil para ministrar outro tratamento, não havendo outro meio para salvar a vida senão a terapia transfusional presente, portanto o iminente perigo de morte deverá o médico realizá-la, hipótese em que estará amparado pelo estado de necessidade e não poderá sofrer responsabilização. No caso de menores de idade, na ausência de consentimento dos pais ou responsáveis, os médicos deverão se socorrer do Poder Judiciário para obterem autorização. O texto estruturado em sete capítulos, baseou-se no método dialético, o qual busca elementos conflitantes entre dois fatos para explicar uma nova situação decorrente desse conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade religiosa. Direito à vida. Transfusão de sangue. Perigo de morte. Responsabilidade Médica.

ABSTRACT

The present monographic paper emphasized the controversy that involves the doctors when they take care of patients which religion does not permit the blood transfusion even on emergencies. Propitiously, it was demonstrated that, to everyone is given the right to practice freely your religion, and it's not admitted by Brazilian legislation any way to attempt against the order and good manners. Emphasized that no right is absolute, and that, to try to solve this conflict between the religious freedom and the life right, must by applied the proportionality and reasonability principles. Incentives the doctors to do the treatment when the danger of deaf is imminent, with no attachment to any formalisms or religious absurd manifestations. It was demonstrated that there are alternatives treatments, although not always they are enough and capable to keep the patient's life. It was recommended that, because of the autonomy will principle and the risks of the transfusions, that always, when possible, those must be avoided. However, it was proved that on those cases that there is no deft time to ministry another treatment and not another way to save the life except the transfusion therapy presenting, therefore, the imminent danger of deaf, the doctor must do it, hypothesis that he/she will be supported by the necessity state and won't answer for any responsibility. On minors' cases, the absence of parents or responsible consent, the doctors must ask for assistance on the Judicial Power to get an authorization. This text is structured in seven chapters, based on the dialectic method, which search elements in conflict between two facts to explain a new situation elapsed from this controversy.

KEYWORDS: Religious Freedom – Life Right – Blood Transfusion – Danger of Deaf – Medical Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	12
1.1 Os avanços da Medicina e as questões éticas e jurídicas	15
1.1.1 Um breve histórico da Medicina.....	15
1.2 Ética médica e a visão da Medicina como ciência salvadora.....	19
2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INERENTES AO TRATAMENTO MÉDICO	22
2.1 Da dignidade da pessoa humana	24
2.2 Do direito à liberdade	27
2.2.1 Liberdade religiosa e suas subdivisões	29
2.2.2 A afirmação da liberdade religiosa como direito humano fundamental	32
2.2.3 A criação do Estado laico no Brasil e as Constituições posteriores	38
2.3 Do direito à vida	47
3. COLISÃO DE DIREITOS: LIBERDADE RELIGIOSA X VIDA	51
3.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade	60
3.1.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais	66
4. BIOÉTICA E BIODIREITO	69
4.1 A bioética e o respeito à dignidade humana	71
4.2 Princípios bioéticos básicos	71
4.2.1 Princípio da autonomia	72
4.2.2 Princípio da beneficência e não maleficência	75
4.2.3 Princípio da justiça	77
5. A AUTONOMIA DO PACIENTE E A RECUSA A TRATAMENTOS ESPECÍFICOS	78
5.1 Iminente perigo de morte	80
5.2 Métodos alternativos	81
5.2.1 Eritropoetina humana recombinante	82

5.2.2 Fator recombinante estimulador de colônias de granulócitos e macrófagos	83
5.2.3 Interleucina – 11 recombinante e trombopoetina recombinante	83
5.2.4 Ácido aminocapróico, ácido tranexâmico	84
5.2.5 Expansores do volume do plasma isentos de sangue	84
5.2.6 Instrumentos cirúrgicos hemostáticos	85
5.2.7 Recuperação intra-operatória do sangue	86
5.2.8 Recuperação pós-operatória do sangue	86
5.2.9 Hemodiluição e seqüestração de componentes autólogos	86
5.3 Riscos inerentes às transfusões de sangue	87
6. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	92
6.1 Responsabilidade civil	92
6.1.1 A recusa a determinado tratamento médico	97
6.2 Responsabilidade penal	99
6.2.1 Omissão de socorro	99
6.2.2 Constrangimento ilegal	101
7. MENORES DE IDADE	104
8. CONCLUSÃO	108
9. BIBLIOGRAFIA	111

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo focar o dilema que se encontram equipes médicas ao tratarem de pacientes que se recusam a receber determinado tratamento médico em razão de convicções religiosas. Procurou-se demonstrar uma solução para esses conflitos, verificando quais os tratamentos alternativos passíveis de serem ministrados quando possível. Foi dado enfoque à necessidade do tratamento hemoterápico quando presente o iminente perigo de morte.

Sabe-se que os membros da religião “Testemunhas de Jeová” se opõem à transfusão de sangue, pois acreditam que ele representa a vida e tem um significado especial para Deus, já que este ordenou a toda humanidade a abstenção do seu uso impróprio. Justificam essa conduta negativa com passagens bíblicas como Levítico 7:26, 17:10,14 e Atos 15:19,20,28,29, que incentivam ao não uso de sangue.

Mesmo em situações de emergência, os pacientes dessa orientação religiosa mantêm as suas convicções, priorizando a liberdade religiosa em relação à vida.

Desse modo, a escolha do tema deve-se à importância que reveste na atualidade, por se encontrarem os médicos na dúvida de como procederem nessas situações, temendo inclusive a possibilidade de responderem pelo crime de omissão de socorro, tipificado no art. 135 do Código Penal. É um assunto que merece um estudo cuidadoso, com ênfase aos princípios constitucionais que o envolvem e as complicações éticas médicas e jurídicas.

Para o deslinde do tema, invocou-se uma série de princípios constitucionais, dentre eles a dignidade humana, o direito à vida e à liberdade religiosa. Não há lei que obrigue esses religiosos à transfusão de sangue, entretanto, a ninguém é dado o direito de dispor da vida, haja vista que esta é um bem supremo, condicionante do exercício dos outros direitos. Todas as formas de agressão a ela são punidas pelo ordenamento jurídico, com exceção do suicídio, que não foi incluído no rol de crimes por questões óbvias.

Há, sem sombra de dúvidas, um conflito entre direitos fundamentais, como a liberdade religiosa e o direito à vida. Entretanto, nenhum direito é absoluto. Para solucionar essa colisão, cabe ao aplicador do Direito invocar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, através dos quais se buscará uma ponderação de bens, em que o direito à vida inevitavelmente prevalecerá diante do caso concreto. Não seria nada razoável que o sujeito, numa demonstração insânia de religiosidade, venha a morrer por não aceitar uma transfusão de sangue, quando esta é o único meio de salvar sua vida.

A mentalidade humana é muito fértil quando o assunto é ceifar vidas humanas. Se a liberdade religiosa fosse erigida como princípio absoluto, infinitas e infundadas atrocidades seriam cometidas. Basta atentar para os conflitos mundiais que colocam em cheque a própria existência da raça humana.

Sempre que possível, a vontade do paciente deverá ser respeitada. Nesse contexto, a bioética, ao mesmo tempo em que desenvolve técnicas numa incessante busca da conservação e preservação da vida, procura trazer métodos que respeitam a autonomia do indivíduo. A liberdade científica é também um direito constitucionalmente assegurado, mas que sofre restrições para não violar a dignidade da pessoa humana. A bioética avança numa velocidade fantástica, mas é inegável o dever de respeito a esse importante princípio.

Existem tratamentos alternativos à transfusão sangüínea. Entretanto, há casos que demandam mais rapidez e eficácia, exigindo dos médicos esse tipo de tratamento. Cabe a eles analisar a conveniência ou não da sua aplicação. É certo que a terapia transfusional é vista pelo público leigo como o meio mais eficaz, senão o único, para repor a perda do plasma, bem como outros componentes sangüíneos. Todavia, a transfusão de sangue, como qualquer outro tratamento médico, é perigosa e não tem o caráter salvador que muitos imaginam.

Por conta disso, e ainda, em respeito à autonomia do indivíduo, o tratamento hemoterápico é indicado tão somente nos casos de urgência e iminente perigo de morte, em que não há outro meio mais eficaz para manter a vida do enfermo.

No presente trabalho, discutiu-se também acerca da responsabilidade do médico, nas implicações civis e penais. Este profissional usa a sua Ciência para o bem dos pacientes, segundo sua capacidade, habilidade e consciência, e nunca para fazer o mal. Se ele atua para afastar um risco de morte, está amparado pela

excludente do estado de necessidade de terceiro, não podendo, portanto, ser responsabilizado civilmente.

Do mesmo modo, fica prejudicada a responsabilização penal, haja vista que o parágrafo 3º do art. 146 exclui a antijuridicidade da intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Por outro lado, se permitir que o enfermo venha a morrer, abstendo-se de proceder à transfusão de sangue, poderá incorrer no crime de omissão de socorro, tipificado no art. 135 do diploma penal.

Na hipótese de menores de idade e se os responsáveis negarem o consentimento – tendo em vista a impossibilidade de se manifestarem validamente sem estarem representados – os médicos deverão recorrer ao Poder Judiciário, buscando uma válida autorização para a realização da transfusão sangüínea.

Por fim, o trabalho foi estruturado em sete capítulos, elaborados de forma a demonstrar dados objetivos sobre o tema, buscando a melhor solução para o caso concreto. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, elaborando o texto a partir do método de abordagem dialético.

1. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em tempos antigos, mais precisamente no final do século passado, o médico era vista como o profissional amigo e conselheiro. Era o médico da família; não se admitia dúvida sobre a qualidade dos seus serviços. A confiança preponderava na relação do profissional com o paciente e sua família.

Atualmente, as circunstâncias mudaram. As relações sociais se intensificaram, distanciando o médico do paciente. A Medicina atual tomou novos rumos, em face dos vários acontecimentos e situações como às especializações, modernização de meios e o avanço das doenças. A relação de intimidade entre profissional amigo e o paciente deu lugar a uma gama de técnicas, métodos e drogas mais eficazes no tratamento de doenças.

Foi-se o tempo em que o médico conhecia o paciente nas minúcias, tratando-o pessoalmente, desde a patologia mais simples, até àquela mais complexa. O médico de família deu lugar ao técnico especializado, que trabalha impessoalmente, munido dos meios extraordinários que a Medicina Moderna pode oferecer.

França assim dispõe:

Não podemos omitir o fato de a Medicina atual ter tomado rumos diferentes da de antigamente. Uma verdadeira multidão de acontecimentos e situações começa a se verificar em nosso derredor, como contingência da modernização de meios e de pensamentos. Não estamos mais na época em que o médico exercia, de forma quase solitária e espiritual, uma atividade junto a quem pessoalmente conhecia. O médico de família morreu. Deu lugar ao técnico altamente especializado, que trabalha de forma fria e impessoal, voltado quase que exclusivamente para esses meios extraordinários que a tecnologia do momento pode oferecer. Surge o médico de plantão, ou de turno. (FRANÇA, Disponível em <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_21.htm>. Acesso em 12/03/06)

Entretanto, não foi só médico que mudou. A mudança afetou também o paciente, que aparece agora mais instruído e participativo. Atualmente, amiúde o paciente sabe do que se trata a doença, inclusive os riscos e tratamentos a ela

inerentes. Qualquer desvio da conduta médica pode levá-lo a exigir os direitos perante os tribunais.

Aliás, o autor supra citado aduz que:

Mudou também o paciente. Antes, era ele um grande preocupado com suas obrigações. Hoje ele também o é com seus direitos. Já começa a contestar e exigir diversas condutas ou faz da doença a matéria-prima de sua própria sobrevivência.

Hoje, qualquer problema de saúde pode levar o indivíduo a ser submetido a uma série de exames, fazendo-o deslocar-se até os hospitais para então serem submetidos aos tratamentos médicos oferecidos; é o paciente quem se vê obrigado a procurar o médico, e não este quem se dirige até sua casa, ministrando terapias simples.

Ademais, o médico está cada vez mais especializado numa área restrita do corpo humano. Suas chances de erro são cada vez menores. Com isso, ganha a sociedade, pois dos médicos exige-se cada vez mais conhecimento e informação, acarretando profissionais mais experientes, que na busca de aperfeiçoamento acabam por descobrir novas técnicas. Com isto, trazem benefícios não só para a ciência médica como também para o homem na condição de paciente.

Lima (2004, p. 17) dispõe que:

O século XX, em sua primeira metade, é marcado pela utilização crescente das técnicas e dos métodos da física, da química, da biologia, que de um lado levam a uma expansão considerável os meios de investigação, de diagnóstico, de tratamento, e de outro, à individualização de especialidades médicas, conforme se pode verificar nos dias atuais. Essa grande diversificação só tem a nos ajudar, pois os médicos podem se dedicar a apenas uma parte do corpo, despendendo um conhecimento muito mais amplo no que diz respeito à sua especialidade.

Na busca da cura, procurando sempre oferecer uma Medicina de bom padrão, certos valores afetivos foram dando lugar a métodos profissionais que não levam em consideração o indivíduo em si mesmo, mas sim a coletividade, que, por sua vez, também não ficou indiferente às mudanças. A sociedade capitalista dos dias atuais tende à supervalorização do coletivo.

Com isso, o médico se vê obrigado a enfrentar novas situações, muitas delas contrariando a formação acadêmica e profissional. Diariamente surge a

necessidade de conciliar este pensamento e o interesse profissional com as várias exigências da sociedade moderna.

Embora essas mudanças tenham ocorrido, o médico continua com o propósito firme de salvar vidas a qualquer custo. Essa é a finalidade precípua da Medicina como Ciência. E como se sabe, sem um objetivo, a Ciência – qualquer que seja ela – perde o sentido.

O objetivo do médico é colocar a serviço do paciente todo o conhecimento, atenção, a disposição em ouvir, em compreender e ajudar. Ao mesmo tempo, considera o paciente como aquele que mais conhece a respeito de sua enfermidade, pois a experiência de vivê-la é dele. Ao estabelecer um contrato com o médico, dada à necessidade, o paciente deposita nele toda a confiança, garantindo-lhe o direito de decidir sobre as intervenções Médicas e cirúrgicas.

Não é uma obrigação do médico a cura efetiva do paciente, até porque esta não depende unicamente de sua vontade, mas sim de forças ulteriores e indiscutíveis.

Reza o art. 2º do Código de Ética Médica:

O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, **em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional** (grifo não original).

O médico é um profissional que dedicou anos de estudo para atender as necessidades de saúde do ser humano, oferecendo grandes possibilidades de cura. Tem a atenção voltada para o benefício da coletividade, dando o melhor de si para atingir seu mister, que é prevenir, aliviar, tratar e curar, devendo tomar as decisões com vistas a buscar a saúde dos pacientes. Dentre outras atribuições, ele deve analisar se o tratamento que disponibilizará ao enfermo não causará mal maior do que a doença que está acometido.

Conforme ensina Moraes (2000, p. 65):

O médico deve ter como objetivo preservar a saúde do indivíduo lembrando que ele tem família, e que pertence a uma comunidade de vizinhança, de bairro, de trabalho, de escola, de clube, de igreja, etc. Ele não tem por obrigação curar o doente, mas tem que cuidar com desvelo e competência.

Via de regra, o paciente encontra-se em grau de desvantagem com relação ao médico: todo o conhecimento acadêmico e profissional coloca o enfermo em situação de inferioridade e dependência. Sendo assim, a princípio ninguém melhor do que o médico para decidir o rumo que deverá dar ao tratamento do paciente. Obviamente, este deverá, sempre que possível, ser consultado para aceitar ou não determinada terapia; e ainda, deverá ser informado sobre o estado clínico. Há situações, entretanto, que tal consentimento se torna desnecessário, como nos casos de iminente perigo de vida. Quando o paciente ou sua família nega autorização diante de impreterível necessidade do ato médico salvador, estando o próprio interesse em risco, deve o profissional buscar auxílio do Poder Judiciário para solução desse dilema, se obviamente houver tempo hábil para isso.

1.1 Os avanços da Medicina e as questões éticas e jurídicas

1.1.1 Um breve histórico da Medicina

Examinando a Medicina no aspecto histórico, conclui-se que sua razão primeira, como atividade humana especializada, foi o de buscar a cura ou impor a saúde. Em nenhum momento da História a Ciência Médica desejou estar em conflito com o seu objeto de preocupação e estudo, qual seja o ser humano.

A Medicina é uma das profissões mais antigas do mundo, e com o passar dos tempos foi tomando nova dimensão. Nasceu com uma forte influência da religião, pois os povos acreditavam que as doenças eram castigos ou que os demônios os perseguiram. Os médicos eram feiticeiros que acreditavam que afastavam o mal se utilizando de mágicas, orações, feitiçarias. Para eles, qualquer mal que tivesse era uma expressão do pecado; qualquer infração às regras da religião resultava em punição, que seria a doença. A dor que sentiam estava ligada a algum pecado que haviam cometido. Os médicos – feiticeiros que eram – esperavam encontrar a força mágica capaz de dominar, entre outras, as potências da dor e da morte.

Nesse sentido, dispõe França (1975, p. 3):

[...] No início, a arte médica ora estava nas mãos dos feiticeiros, ora nas dos sacerdotes, pois eram a saúde e a doença simples desígnios da divindade. Hoje, ao penetrar no período científico ou moderno, apresenta-se ela como instituição da maior necessidade e de transcendente significação.

Desconheciam a origem das doenças, daí porque a razão para acreditarem que os fenômenos de cura estavam ligados aos deuses.

Kfourri Neto (2002, p. 45) ensina que:

Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Tal crença derivava da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagira àqueles processos de cura.

Desconheciam a origem das doenças, daí a razão para acreditarem que os fenômenos de cura estivessem ligados aos deuses.

Confirmando tal afirmação, Lima (2004, p. 17) demonstra que:

André Versalius foi o maior anatomista da Renascença, desenvolveu dissecações de corpos humanos e com suas descobertas ajudou a corrigir noções equivocadas que prevaleciam desde a antiguidade. Estabeleceu os fundamentos da moderna ciência da anatomia, tornando-se, sem dúvida, o principal sábio histórico desta ciência e ficando consagrado como o Pai da Anatomia Científica Moderna.

Os primeiros passos da Medicina surgiram entre os egípcios, povo muito desenvolvido para sua época, que se atreveu a promover operações complexas. Graças a eles a Medicina começou a se organizar como Ciência, em razão do sofisticado processo de mumificação de corpos. Os mumificadores – ao abrirem os corpos dos faraós para retirar as entranhas – conseguiram muitas informações sobre a anatomia humana.

Entretanto, apesar dos importantes avanços entre os egípcios, foram os gregos os pioneiros no estudo dos sintomas das doenças. Foi na Grécia que surgiu a primeira observação objetiva dos fenômenos patológicos. O mestre Hipócrates (460 a.C. a 377 a.C.) é considerado até hoje o “pai da Medicina”. Para ele, a Medicina era um conhecimento que se adquiria pela experiência e pela observação.

A Medicina desenvolvida pelos gregos marca uma importante etapa na evolução do pensamento médico. Inicialmente, ela se assemelhava à Medicina praticada por outros povos: uma mistura de concepções mágicas, religiosas e receitas populares.

Os romanos, através de atualizações das tradições estabelecidas por Hipócrates, trouxeram as primeiras regras da saúde pública, como água potável e alimentação, válidas até hoje. Tanto Hipócrates como seus seguidores foram os primeiros a separar a Medicina da religião.

As teorias hipocráticas tiveram seu ápice nas obras do médico romano Cláudio Galeno (129 d.C. a 200 d.C.), que defendia que a Física, Astronomia, Fisiologia deveriam servir de base para a Medicina.

Na Idade Média, procurava-se curar praticamente todas as doenças utilizando o recurso da sangria, através de sangue-sugas. Porém, devido à posição da Igreja Católica que condenava as pesquisas científicas, os conhecimentos avançaram pouco, quase nada. Foi nesse período que surgiram as grandes epidemias de varíola, de febre amarela, peste bubônica, escorbuto, lepra e febre tifóide que ceifaram milhões de vidas. Todos atribuíram seus males à influência dos astros ou à ira de Deus.

O avanço significativo da Medicina se deu no período do Renascimento Cultural (séculos XV e XVI), onde surgiram grandes homens, que através de suas experiências científicas fizeram descobertas de grande valor, contribuindo para que essa Ciência alcançasse seu estágio atual. Os médicos, movidos por uma vontade de descobrir o funcionamento do corpo humano, buscaram explicar as doenças através de estudos científicos e testes de laboratórios. Nessa época deu-se o impulso inicial do conhecimento anatômico e experimental.

Andréas Versalius, grande anatomista da Renascença, revolucionou o estudo da anatomia, desenvolvendo técnicas de dissecação de cadáveres. A sua maior contribuição foi à inovação da maneira de estudar e ensinar, mostrando o caminho para novas descobertas.

Confirmando tal afirmação, Lima (2004, p. 17) demonstra que:

André Versalius foi o maior anatomista da Renascença, desenvolveu dissecações de corpos humanos e com suas descobertas ajudou a corrigir noções equivocadas que prevaleciam desde a antiguidade. Estabeleceu os fundamentos da moderna ciência da anatomia, tornando-

se, sem dúvida, o principal sábio histórico desta ciência e ficando consagrado como o Pai da Anatomia Científica Moderna.

No século XVII, o inglês William Harvey fez uma grande descoberta: mostrou que o sangue circula por todo o corpo, bombeado pelo coração. Embora atualmente isso pareça óbvio, na época foi motivo de grande surpresa, deixando loucos muitos curiosos. A partir de então, os homens passaram a compreender melhor a anatomia e a fisiologia. Contribuiu para que outros estudiosos pudessem ampliar seus conhecimentos, dando início ao desenvolvimento da cirurgia a partir das descobertas anatômicas.

Nesse sentido, a citada autora assim dispõe “Harvey descobre a circulação sangüínea, o que propicia a outros estudiosos ampliar seus conhecimentos, permitindo, assim, o início do desenvolvimento da cirurgia a partir das descobertas anatômicas”.

No século XIX, o microscópico acromático apurou os conhecimentos e facilitou em muito as pesquisas. O químico e biólogo francês Louis Pasteur descobriu que as bactérias são as responsáveis pela causa de grande parte das doenças. Criou a vacina anti-rábica e permitiu a prevenção das complicações sépticas das feridas e das intervenções cirúrgicas pela anti-sepsia.

No século XX, aumentou o uso de técnicas e métodos da física, da química, da biologia, expandindo os meios de investigação, de diagnóstico e de tratamento.

Insta registrar, que o grande salto da medicina ocorreu em 1954, quando da realização do primeiro transplante de órgão humano, realizado em Boston, nos Estados Unidos. O médico-cirurgião Joseph Murray fez o implante de rim entre irmãos gêmeos idênticos, que morreram alguns dias depois devido à rejeição.

Em 1960 foi realizado o primeiro transplante de coração. Mas ainda se caminhava a passos lentos com essa técnica. Devido à rejeição do sistema imunológico ao órgão recebido, o paciente não sobrevivera.

Nos dias atuais, já foi realizada a clonagem de animais. Pretende-se chegar à clonagem de seres humanos, mas muitos são os obstáculos que terão de ser superados, tais como questões éticas e a posição da Igreja, que combate fortemente essa prática.

Graças aos vários estudos e pesquisas na área da Ciência Médica, hoje existe uma Medicina em constante desenvolvimento, sempre em busca de melhores técnicas para salvar vidas humanas. Nesse diapasão, é incontestável que ela está sempre em busca de fazer o bem para os seres humanos, e nunca o mal.

1.2 Ética Médica e a visão da Medicina como Ciência salvadora

Segundo Diniz (1998, p. 437), a ética é assim definida:

a) Estudo filosófico dos valores morais e dos princípios ideais de comportamento humano; b) deontologia; c) ciência dos costumes ou moral descritiva; d) conjunto de prescrições admitidas por uma sociedade numa dada época; e) ciência que tem por objeto a conduta humana; etologia, etografia; f) ciência que toma por objeto imediato o juízo de apreciação de atos; juízo de valor relativo à conduta; g) ciência do comportamento moral do ser humano no convívio social; teoria ou investigação de uma forma de comportamento humano.

“Nenhum homem é uma ilha”. Essa famosa frase do filósofo Thomas Morus leva a entender que o homem não vive isolado. Ele vive em coletividade, cercada de direitos e deveres. É justamente nesse meio que o homem se vê como um ser ético, respeitador de princípios e deveres, norteadores da conduta perante os demais. Surgem as indagações do tipo: como devo proceder diante de determinada situação? Minha conduta está dentro dos padrões exigidos pela sociedade? Diante das injustiças, o que devo fazer? Quão aceitável é a minha conduta?

Nos dizeres de Constantino (2002, p. 18), “a ética é uma parte da ciência filosófica que estuda os deveres do homem para com a sociedade, através do estabelecimento de princípios, fundamentos e sistemas de moral”.

Assim, a ética pode ser definida como o conjunto de normas e princípios que norteiam a conduta humana, conduta essa que assume importante significado nas relações sociais. Qualquer ato ou conduta que contrarie esses princípios podem ser considerados antiéticos.

Diniz (1998, 437) conceitua a ética profissional como sendo o “complexo de princípios que servem de diretrizes no exercício da profissão, estipulando os deveres que devem ser seguidos no desempenho de uma atividade profissional”.

A Medicina, como exercício da ciência e arte de curar e salvar vidas, esteve sempre envolvida por questões éticas. Desde o seu nascedouro, com os povos da Antigüidade, muitas foram às discussões a respeito das técnicas empregadas.

Assim como qualquer outra profissão, a Medicina precisa de normas regulamentadoras visando atingir a perfeição da atividade e harmonia no relacionamento profissional. O médico deve ter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Nesse contexto, surge o Código de Ética Médica, estabelecendo princípios, fundamentos e sistemas de moral com o intuito de determinar deveres e direitos aos médicos na relação com seus pacientes. Procura-se estabelecer a medida da conduta a ser exigida dos profissionais.

Segundo Constantino (2002, p. 20):

[...] a classe médica, por sua homogeneidade de trabalho, pela natureza de seu conhecimento e pela identidade de sua habilitação, necessita de uma norma em comum para a perfectibilidade do exercício laboral e harmonia do relacionamento profissional. Assim, nasce o Código de Ética Médica, com a finalidade de determinar deveres dos médicos para com seus pacientes, para com seus colegas e para com a sociedade.

O Homem vive em uma sociedade em que a todos cabem direitos e deveres. Ela evolui e ao mesmo tempo a ciência médica não deixa de acompanhá-la. Nos dias atuais, não seria razoável que o pensamento humano se deixe levar por posições filosóficas e religiosas. O que seria se não fosse permitido o transplante de coração, p. exemplo? Quantas vidas já não teriam sido ceifadas?

Assim foi com o método da transfusão de sangue. Ela não é o meio mais seguro e eficaz, mas certo é que muito se tem evoluído com esse sistema. Ela é sim perigosa, como qualquer outra prática médica, mas tem o lado salvador. Convém ressaltar que mesmo o mais simples tratamento médico é passível de risco.

Por outro lado, a moral e a ética não podem se perder frente essa evolução. Mas é natural que elas se integrem construindo padrões aceitáveis de conduta, de forma que a ignorância humana não pode ceifá-las. Não aceitar um tratamento médico seria uma incoerência, uma atitude quiçá imoral, inaceitável nos padrões atuais. Nesse sentido, ensina-nos Diniz (2002, p. 225) que:

A recusa de medicação ou tratamento, como a transfusão de sangue, revela um comportamento antiético, porque **é da essência do ser humano conservar e proteger a vida**, que é um bem superior à liberdade de crença (grifo não original).

A Medicina não surgiu com a finalidade de fazer o mal. O médico usa a sua ciência para o bem dos pacientes e nunca para fazer o mal ou injustiça. Jamais ela será utilizada em detrimento do homem. Ademais, é um forte auxiliar para que a vida do homem seja cada vez mais digna de ser vivida.

Nesse sentido, dispõe o art. 6º do Código de Ética Médica:

O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra a sua dignidade e integridade (grifo não original).

Assim, não se deve imaginar que uma conduta médica salvadora, ainda que contrariando interesses de pequenos grupos, seja antiética. O profissional dedica anos de estudo para atingir um fim único: trazer o bem aos seus pacientes, resguardando sua vida.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INERENTES AO TRATAMENTO MÉDICO

Princípio, numa acepção coloquial, apresenta a noção de começo, de início, causa primária. Na acepção jurídica, princípios são normas elementares, primordiais que dão o caminho ao intérprete na aplicação do Direito.

Nos dizeres de Alves (2001, p. 74),

Princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, dessa forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

O conceito de Celso Antonio de Mello, trazido à baila por Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 14), aduz que:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Por outro lado, Araújo (2002, p. 59) define princípios constitucionais do seguinte modo:

Princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais.

Assim, os princípios servem de alicerce na aplicação das normas ao caso concreto. Constituem critérios e subsídios importantes para fundamentar racionalmente as decisões jurídicas. São também importantes instrumentos de

aplicação do Direito quando da ausência de normas reguladoras de um caso específico.

Silva (2001, p. 96) entende que regras e princípios são espécies do conceito norma. A regra pressupõe uma situação concreta, em que ocorrida esta, deverá aquela ser aplicada, atribuindo conseqüências jurídicas dentro do ordenamento. Já os princípios são preceitos básicos da organização constitucional, que norteiam o aplicador do Direito indicando uma determinada direção, e que não visam regular situações específicas (daí seu caráter genérico e abstrato) atribuindo conseqüências jurídicas, mas sim informar as premissas básicas e os fins maiores do sistema.

Segundo Alves (2001, p. 86):

Sempre que se verificarem os pressupostos fáticos aos quais a regra se destina, numa situação concreta e sendo ela válida, necessariamente há de ser aplicada. Entretanto, no que se refere aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras, eles não indicam conseqüências jurídicas que devem ocorrer automaticamente, uma vez presentes às condições previstas.

Na lição de Rothenburg (1999, p. 18):

Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em caso concreto.

Portanto, os princípios são gerais e abstratos, pois se voltam a uma série indefinida de aplicações. Dada uma determinada situação, se encaixam de forma precisa, buscando uma solução ao caso concreto. Diferenciam-se das normas jurídicas, porque estas são editadas para contemplar uma situação jurídica determinada. O fato de serem dotados de vagueza não é um defeito, mas sim

uma peculiaridade inerente aos princípios, o que faz deles passíveis de serem aplicados nas mais variadas situações.

Essa distinção ficará mais nítida quando da ausência de regras específicas do caso concreto, onde os princípios são aplicados com primazia, tornando-se normas supremas do ordenamento. Ou ainda, quando surgirem situações de conflitos de regras ou colisão de princípios uns com os outros, como será analisado mais adiante.

Por exemplo, no caso da recusa em receber transfusão de sangue por parte de um pequeno grupo de religiosos, não há regras específicas que determinam a realização desse tratamento, nem tampouco regras que legitimem os mesmos a recusarem o tratamento. Neste caso, há um conflito de direitos fundamentais, o direito à vida *versus* liberdade religiosa. Para solucionar esse dilema, utiliza-se o critério da ponderação de bens, em que o bem de maior valor, no caso o direito à vida, cede ao bem de menor valor, qual seja, a liberdade religiosa.

2.1 Da dignidade da pessoa humana

Vem elencado no art. 1º, inciso III da Magna Carta e constitui um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

III – ***a dignidade da pessoa humana*** (grifo não original).

A dignidade da pessoa humana foi erigida à categoria de princípio constitucional e incorpora as exigências da Justiça, salvaguardando valores fundamentais.

O indivíduo é um bem supremo do Estado, e a preservação dos direitos dos seus cidadãos constitui uma de suas finalidades precípua. É obrigação do Estado garantir a todos os seus cidadãos uma vida digna de ser vivida, não reduzindo o indivíduo à condição de coisa e não o submetendo às condições desumanas, devendo protegê-lo em todos os âmbitos de sua existência.

O Estado coloca o indivíduo em condições desumanas quando não atende as necessidades básicas, colocando-o em situação de descaso e de miséria. A falta das necessidades básicas da pessoa lhe retira a condição de humana, fazendo-o retroagir à condição de “homem-bicho”. Todo indivíduo, portador de direitos e deveres que é, requer a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana.

Vale a pena invocar o conceito de dignidade humana estabelecido por Silva (2001, p. 109):

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referencia constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana constitui-se também em um princípio da bioética, além de estar previsto na Constituição Federal.

Assim, Diniz (2001, p. 17) esclarece que:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e a sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.

Lima (2004, p. 51) afirma ser a dignidade humana o princípio mais importante da bioética e dispõe ainda que:

A dignidade da pessoa humana retrata o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. O princípio aduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-los dos meios necessários à sua manutenção.

Por conta da dignidade humana, o Estado garante a todos o acesso à saúde, educação, à justiça, dentre outros, proporcionando assim uma vida cada vez mais digna de ser vivida.

Como se falar em “vida digna” se esse bem vem a ser exterminado? Daí a razão para se defender no presente trabalho que a terapia transfusional deva ser realizada quando presente o iminente perigo de vida. Ministrando a transfusão de sangue contra a vontade do paciente não é reduzi-lo a condição de coisa. Muito pelo contrário, por não se tratar de um ser qualquer, busca-se garantir a sua sobrevivência, porque de nada adianta prever direitos abstratamente sem que exista a vida. Não se trata de um ato atentatório à dignidade humana, muito pelo contrário; o que se quer é preservar tão somente o bem maior e supremo: a vida. Este é um bem de valor imensurável, que deve ser protegido contra tudo e contra todos.

Santos (1999, p. 97) elucida que:

Contraria, enfim, à dignidade humana “tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências; [...] as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho, em que operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis”.

Portanto, entende-se que qualquer ato que atente contra a vida afronta por consequência a dignidade humana. É nesse diapasão que nosso ordenamento

não admite o aborto, a pena de morte, a tortura e demais tratamentos degradantes. Sendo assim, diante da necessidade da transfusão sangüínea, é legítima a preocupação de médicos em salvar vidas de seus pacientes, ainda que contra a vontade destes, sem que estejam afrontando a dignidade humana.

Segundo Diniz (2002, p. 22):

A vida é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito à vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.

Enfim, não seria coerente ao paciente optar por morrer ao receber o tratamento médico sem sangue. Isso porque ele não tem o poder de dispor da própria vida. Se assim fosse, estar-se-ia legitimando o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre, e exige que o próprio titular a respeite.

2.2 Do direito à liberdade

Antes de se adentrar no estudo do direito à liberdade religiosa, um dos pontos centrais deste trabalho monográfico, mister se faz tecer algumas considerações sobre o direito à liberdade de maneira genérica.

O direito à liberdade constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito, e se revela ao indivíduo na possibilidade de agir conforme sua própria consciência e vontade, respeitando, todavia, os preceitos de ordem pública e as regras normativas impostas a todos.

É ele considerado o fundamento da Democracia, na medida em que possibilita a liberdade de atuação do indivíduo, estimulando-o a fim de firmar sua personalidade e realizar-se na vida, servindo ainda como limite às opressões do Estado.

Conforme Bittar (2001, p. 102), “Consiste esse direito em poder a pessoa direcionar suas energias, no mundo fático, em consonância com a própria

vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual”.

Ainda, segundo Pinho (2002, p. 82):

Liberdade é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolha entre duas ou mais alternativas, de acordo com sua própria vontade. [...] Em termos jurídicos, é o direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Um indivíduo é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe. Considerando o princípio da legalidade (art 5º, II), apenas as leis podem limitar a liberdade individual.

O art. 5º, da Constituição Federal, apresenta de forma genérica o direito fundamental à liberdade:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (grifo não original).

Além desta previsão, ao longo do texto constitucional são encontradas outras expressões de liberdades, como aquelas do art. 5º: liberdade de autodeterminação (inc. II); liberdade de locomoção (inc. XV, LIV e LXI); liberdade de informação (inc. XIV); liberdade de associação (inc. XVII, XVIII e XX); liberdade de pensamento (inc. IV); liberdade de expressão (inc. IX); liberdade profissional (inc. XIII); liberdade de reunião (inc. XVI). Importa-nos a liberdade de religião, inserida nos inc. VI, VII e VIII.

Silva (2001, p. 234) subdivide direito à liberdade em duas espécies:

Liberdade interna (chamada também de liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no interior do homem. Por isso chamada igualmente liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. É daí o nome que se lhe dá: liberdade dos contrários [...] A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e aí se põe a questão da liberdade externa. Esta que é também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o

homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder de fazer tudo o que se quer.

Em suma, segundo esse autor, a liberdade interna seria o livre arbítrio; o poder de escolha; e a liberdade externa, por sua vez, consistiria no poder de determinar, atuar e expressar-se de acordo com a escolha feita internamente, vale dizer, é o poder de fazer.

O Homem, desde o instante em que nasce, tem a liberdade de fazer tudo aquilo que bem entender, de acordo com os ditames de sua consciência, guiando-se pelos sentimentos e as emoções, sem que seja pressionado ou constrangido. É esse o grande fundamento do direito de liberdade.

Portanto, o direito à liberdade consiste em poder o indivíduo direcionar suas vontades, no alcance de seus objetivos, desde que respeitadas as normas impostas em prol do bem coletivo, facilitando, desse modo, a vida em sociedade.

O Estado Democrático tem o interesse em tutelar à liberdade individual, como um dos maiores bens de que o homem é possuidor. Tanto é assim que qualquer lesão ou exposição a perigo da manifestação da liberdade constitui delito, e o nosso Código Penal protege esse valioso bem, na Seção I, Título I, Capítulo VI, com a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade pessoal”. É a proteção à liberdade, determinada por um dispositivo legal.

Entretanto, ainda que a liberdade esteja juridicamente assegurada, não pode ela ser considerada ilimitada e absoluta. Quando a liberdade começa a conflitar-se com a liberdade de outro ou com as exigências impostas pelo grupo social, surgem algumas de suas restrições. A liberdade faz com que todos os seres harmônicos na vida social, constituam-se na razão do bem coletivo. Usa-se aqui a velha máxima “*o seu direito termina onde começa o do outro*”.

Assim, não se justifica atribuir a liberdade absoluta ao indivíduo, colocando em risco a própria estrutura da coletividade, desestruturando-a e gerando insegurança a todos os seus membros.

2.2.1 Liberdade religiosa e suas subdivisões

O mundo atual, dada as suas naturais dificuldades, exige que o ser humano, na busca incessante de uma razão para a sua existência e para as

explicações sobre a vida e seus fenômenos (inclusive a morte), se filie a uma religião que entender adequada ao seu modo de agir e pensar.

E para isso, como um direito fundamental do Homem, a Constituição Federal deu ampla liberdade de consciência e de crença aos seus cidadãos, assegurando em seu art. 5º, inc. VI que:

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

Ferreira (1998, p. 102) afirma que “a liberdade religiosa é o direito que tem o homem de adorar seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto”. Portanto, a liberdade religiosa consiste na possibilidade do indivíduo escolher livremente a religião que deseja seguir, sem que para isso seja pressionado ou impedido no seu exercício.

Soriano (2002, p. 10) propugna que a liberdade religiosa é um direito que pode ser decomposto em quatro vertentes, sejam elas: liberdade de consciência; liberdade de crença; liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. Ambas não se confundem.

Liberdade de crença, também denominada liberdade de religião ou liberdade religiosa *stricto sensu*, é a liberdade que tem o indivíduo de professar a fé segundo melhor lhe aprouver, de acordo com os ditames de sua consciência. Diz respeito ao direito de escolher ou mudar de crença ou religião.

Ainda, conforme Luciana Ascêncio Garcia (2002, p. 27),

A liberdade de crença é a faculdade que o indivíduo tem de fazer escolha da sua fé ou religião; ter a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, liberdade de mudar de religião e também de não aderir a nenhuma delas, em sentido negativo, a liberdade de descrença. É a convicção religiosa.

Por outro lado, Pinho (2002, p. 89) apresenta a seguinte definição:

A liberdade de crença é de foro íntimo, em questões de ordem religiosa. É importante salientar que inclui o direito de professar ou não uma religião, de acreditar ou não na existência de um ou diversos deuses. O próprio ateísmo deve ser assegurado dentro da liberdade de crença.

A liberdade de consciência refere-se ao direito de não acreditar ou professar nenhuma fé. Desse modo, compreende tanto o direito de crer como o de não crer. É, portanto, mais ampla que a liberdade de crença, uma vez que envolve o direito de seguir ou não uma religião. Sendo assim, cumpre ao Estado, da mesma forma que permite ao indivíduo a escolha de sua crença, respeitar o ateísmo.

Por outro lado, liberdade de culto seria a forma como a religião é manifestada, seja em casa, em público, através de ritos, cerimoniais etc. A Constituição Federal deve assegurar os meios para que a mesma possa ser exercida. É a exteriorização da liberdade de crença. Nos dizeres de Silva (2001, p. 252):

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

O art. 5º, VI, da Constituição Federal, não exige que o exercício da liberdade de consciência e de crença respeite a ordem pública e os bons costumes, tal qual faziam as Constituições de 1946 e de 1967. Entretanto, tal omissão do legislador não significa que é permitida a existência de cultos que agridam esses valores. A expressão “na forma da lei” constante no texto constitucional deixa claro, obviamente, que o exercício dessas liberdades deve respeitar esses valores. Não se pode admitir que o exercício dessa liberdade venha a ferir os princípios ético-morais norteadores da sociedade, colocando em risco a sua própria estrutura. Portanto, a liberdade de crença não é absoluta, pois os valores da sociedade devem ser respeitados. Nesse sentido, aduz Soriano (2002, p. 93):

É certo que essa inviolabilidade prevista no art. 5º, inciso VI, da CF/88 não é absoluta, porquanto à liberdade religiosa não é absoluta. Esse direito, portanto, deve amoldar-se à ordem pública e aos bons costumes, como previam as Constituições de 1946 e de 1967, quer por implicitude, conquanto **é pressuposto de todo direito não prejudicar igual direito de outrem** (grifo não original).

Há ainda a liberdade de organização religiosa, sendo esta a faculdade que se dá aos que professam uma determinada religião, de organizarem-se sob a forma de pessoa jurídica para a realização de atos de natureza civil em nome da fé e crença que escolheram. De acordo com Silva (2001, p. 253), “essa liberdade diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das Igrejas e suas relações com o Estado”.

Ambas as modalidades se integram para garantir ao indivíduo o amplo exercício da liberdade religiosa, quaisquer que sejam os entendimentos doutrinários, e cabe a todos respeitar, favorecendo a paz e o desenvolvimento de uma sociedade fraterna e igualitária.

2.2.2 A afirmação da liberdade religiosa como direito humano fundamental

A idéia de direitos fundamentais sempre esteve ligada à imposição de limitações ao poder do Estado, que jamais poderia ter poderes ilimitados. Portanto, os direitos fundamentais são prerrogativas individuais que delimitam o poder estatal.

Inicialmente, os direitos humanos foram fundamentados no direito natural, que preconizava que a necessidade de proteção da dignidade humana se fundava no próprio homem. Não havia nenhum documento que positivasse universalmente esses direitos, o que só veio a ocorrer mais tarde, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que será analisada em momento oportuno.

A Inglaterra tem o *status* de ter sido uma das primeiras nações a promover a defesa básica daquilo que mais tarde seriam chamados de direitos humanos. Objetivava impor limites à monarquia, muito embora, inicialmente, os estatutos e cartas assecuratórias desses direitos estivessem voltados apenas aos interesses da nobreza.

Nos dizeres de Magalhães (2000, p. 26), “o processo de materialização dos Direitos Fundamentais se inicia na Inglaterra e marca o início da derrocada da monarquia absolutista, que irá ceder lugar a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal”.

A principal bandeira do Estado liberalista foi à proteção dos direitos humanos. Foram com os pensadores iluministas deste século que se desencadearam as críticas e contestações ao absolutismo. Defendia-se a criação de um Estado com poderes limitados e que garantisse os direitos fundamentais da pessoa humana.

No decorrer da História, vários documentos antecedentes das declarações de direitos fundamentais foram elaborados. Entretanto, nenhum deles declarava efetivamente esses direitos, o que somente veio a ocorrer mais tarde, no século XVIII, com o advento das Revoluções Francesa e Americana, em que foram editados os primeiros enunciados de direitos individuais.

Nesse sentido, Silva (2001, p. 155) afirma que:

Na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa.

Portanto, a Inglaterra foi a precursora desses documentos. O primeiro deles foi a Magna Carta, assinada em 1215, por João Sem Terra. Consistia ela na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os nobres proprietários de terras, mas não alcançava o conjunto da população. Entretanto, não deixava de ser uma limitação ao poder, definindo, inclusive, garantias específicas em caso de violação dos mesmos. Previa várias garantias, dentre elas as restrições tributárias e proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicada.

Posteriormente a Magna Carta, sobrevieram novas limitações ao poder absoluto, reconhecendo aos indivíduos certos Direitos Fundamentais, destacando-se o *Petition of Rights* (1629), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689).

Entretanto, conforme afirma Garcia (2002, p. 52):

Os direitos humanos somente foram declarados no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa. Foi com o pensamento iluminista desse século, com o liberalismo, juntamente com a Revolução Francesa, que houve influência no Constitucionalismo Mundial e formou-se a concepção jurídica da Liberdade Religiosa.

A primeira declaração de Direitos Fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776. Esta, ao lado da Declaração de Independência dos Estados Unidos, foi inspirada nas idéias de pensadores iluministas, tais como Locke, Rosseau e Montesquieu. Estava voltada para a estruturação de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes.

Fabio Konder Comparato (1999, p. 38) afirma que essa declaração constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. De fato, foi com ela que se deu início à positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem.

Posteriormente, em 1776, com maior repercussão que a Declaração de Virgínia, adveio a Declaração de Independência dos Estados Unidos, elaborada por Thomas Jefferson. Tal declaração reafirmava os direitos fundamentais, tendo como objetivo a limitação do poder estatal. Previa diversos direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade religiosa.

Soriano (2002, p. 57) assinala que:

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, documento histórico valiosíssimo, teve, como destaque, a limitação do poder estatal. A limitação do poder estatal, aqui referida, consiste no dever de não atuar na esfera individual, que é um campo de foro íntimo, no qual não pode haver a ingerência externa. As prerrogativas individuais em face do Estado, ou direitos fundamentais, delimitam o poder estatal.

Enquanto isso, um grupo formado por refugiados europeus escapava de perseguições religiosas, formava as treze colônias americanas fundando, conseqüentemente, a nação americana.

Em decorrência do arbítrio estatal, do fanatismo e da intolerância religiosa, foi aprovada, em 1787, a Constituição dos Estados Unidos, que procurou limitar o poder do Estado, impondo a separação dos poderes estatais. Inicialmente, entretanto, não possuía uma declaração de direitos fundamentais.

Sobre o modo de sua elaboração, Silva (2001, p. 159) menciona que:

A Constituição dos EUA, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.9.1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo

menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais Estados soberanos se uniram num Estado Federal, passando a simples Estados membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma Carta de Direitos, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano [...].

Os refugiados europeus que formaram a nação americana, temendo novas perseguições, consagraram o princípio da separação entre Estado e Igreja, inserindo a cláusula do não-estabelecimento na primeira Emenda da Constituição americana. Impuseram limites ao poder eclesiástico e estatal.

As dez primeiras emendas da Constituição americana tinham como objetivo determinar limites ao poder do Estado e consagrar a liberdade religiosa como direito humano fundamental. Isto serviu de modelo para muitas outras do mundo ocidental.

Em 1789, diante da reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos os direitos fundamentais, a Assembléia Nacional da França promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contendo dezessete artigos. Alexandre de Moraes (2003, p. 28) afirma que nela foram previstas a liberdade religiosa e a livre manifestação de pensamento.

A Revolução Francesa marca a primeira vitória na luta pelo reconhecimento dos direitos humanos. Seu lema era a liberdade, igualdade e fraternidade, que aos poucos foi se universalizando, tornando-se uma bandeira a ser seguida por toda a humanidade. Não mais se aceitaria a dominação da nobreza e o sistema de privilégios determinado pelo nascimento do indivíduo.

A Declaração nasceu com a finalidade de proteger os direitos do homem contra os atos arbitrários do Estado. Faz ela menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Assim dispõe o seu preâmbulo:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrar-lhes sem

cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos.

Silva (2001, p. 162) assinala que:

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecia, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reconheceu os princípios da liberdade e da igualdade.

A Constituição francesa de 1791, a primeira que descende da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada no âmago da Revolução, citou pela primeira vez a idéia de fraternidade como uma virtude cívica dos cidadãos franceses, e não propriamente como um princípio jurídico.

Entretanto, foi somente com a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848 que a famosa tríade foi oficialmente declarada. Este importante documento colaborou para uma ampliação dos direitos fundamentais, que se tornou concretizada com o advento dos diplomas constitucionais do séc. XX. Ficou marcado por grandes avanços na internacionalização dos direitos humanos religiosos.

Sendo assim, reflexos da Revolução Francesa vão repercutir na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – importante documento que consagrou a liberdade religiosa como direito humano fundamental – quando proclama como valores supremos a liberdade, igualdade e fraternidade entre os seres humanos. O art. 1º ratifica essa afirmação: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.

As violações de direitos durante a Segunda Guerra Mundial foram absurdas, e representaram um abuso que chocou a consciência de toda a Humanidade. As crueldades dos nazistas colocaram em cheque a própria existência da raça humana. Após esse assombroso momento da História, surge a necessidade de criação de meios mais eficazes de proteção dos Direitos Fundamentais do Homem.

É nesse contexto que foi criada a ONU (Organização das Nações Unidas), união de países, cuja finalidade é promover a paz mundial, a segurança e a cooperação internacional, e ainda, lutar pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, promovendo a autodeterminação dos povos e a solidariedade internacional. Visando regulamentar os direitos humanos, tornando-os mais palpáveis e reais, a ONU instituiu a já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Galindo (2003, p. 43) afirma que:

O desrespeito aos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial engendrado pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista e pelos demais regimes totalitários da época levou a uma maior conscientização em torno dos direitos inerentes à pessoa humana. Enxergou-se a necessidade de tornar tais direitos humanos em direitos fundamentais na esfera internacional e na esfera constitucional dos Estados, e um passo importantíssimo foi dado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, sendo a Carta mundial dos direitos humanos, tornando-os fundamental no âmbito internacional e pressionando (ainda que só ética e moralmente) os Estados a respeitarem e garantirem tais direitos consagrados na citada Declaração que contém direitos de caráter individual, social, econômico, coletivo e difuso.

Toda a evolução dos direitos humanos fundamentais encontrou seu ápice nessa Declaração, a partir da qual a liberdade religiosa, passa a ser internacionalizada e respeitada pelos demais países.

Entretanto, para que se chegasse ao ponto de internacionalizar os direitos humanos religiosos, passaram-se séculos de perseguições religiosas, até que as nações sentiram a necessidade de promover a liberdade de religião, permitindo aos cidadãos adotar aquela que mais lhe conviesse, sem temor de represálias.

A liberdade religiosa foi consagrada no art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo Homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Soriano (2002, p. 65) esclarece que “a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou a liberdade religiosa. Essa declaração, embora destituída de força coercitiva, representou um grande avanço na defesa dos direitos humanos”.

Sendo assim, conforme afirma Piovesan (1997, p. 175):

A Declaração Universal, por si só, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, embora ela demonstre o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais. Entretanto, há que se reconhecer que, com a Declaração, a liberdade religiosa teve um importante e significativo avanço, até se concretizar como direito humano, em nível internacional, a que todos os Estados devem respeitar.

Dada a sua relevância no contexto mundial, outros documentos internacionais sobrevieram à Declaração Universal de 1948, visando promover a liberdade religiosa entre as nações. São eles: Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981); e, por último, o Documento Final de Viena (1989).

Entretanto, esses documentos não se traduzem tão facilmente em realidade. Basta atentar para o fato de atualmente existirem vários conflitos em nome da religião. Lamentavelmente, princípios religiosos são ainda brutalmente desrespeitados.

2.2.3 A criação do Estado laico no Brasil e as Constituições posteriores

Nem sempre a liberdade religiosa teve relevância constitucional como tem atualmente. A liberdade de religião melhorou e muito desde os tempos do Brasil colônia.

No mundo, embora formalmente prevista nas constituições, a liberdade religiosa é ainda o motivo de muitas rivalidades entre os povos, fonte de intrigas e perseguições.

Com efeito, o constitucionalista Moraes (2003, p. 125) pontua que:

A plena liberdade religiosa, respeito pelas diversas religiões ou seitas, o fim de guerras santas e atos de terrorismos religiosos ainda não se transmudaram de uma garantia formalmente prevista pelas diversas constituições para uma verdade universal.

A liberdade de religião abrange a liberdade de pensamento, de expressão e de opinião, as quais, por sua vez, englobam a liberdade de crença e de culto. Dessa forma, muitas são as formas de interpretação a respeito da vida, fenômenos e mistérios.

O aludido autor faz menção à obra de Thomas More, quando este tratou da necessidade de plena religiosa, narrando às religiões no estado-imaginário de *Utopia*:

As religiões, na Utopia, variam não unicamente de uma província para outra, mas ainda dentro dos muros de cada cidade, estes adoram o Sol, aqueles divinizam a Lua ou outro qualquer planeta. Alguns veneram como Deus Supremo um homem cuja glória e virtude brilharam outrora de um vivo fulgor... De resto, apesar da diversidade de suas crenças, todos os utopianos concordam com uma coisa: que existe um ser supremo, ao mesmo tempo, Criador e Providência... Os utopianos incluem no número de suas mais antigas instituições a que proíbe prejudicar uma pessoa por sua religião (More *apud* MORAES).

O presente trabalho tem como objetivo ater-se à ao desenvolvimento da liberdade religiosa e a laicização do Estado Brasileiro.

No Brasil Colônia, quase não existia liberdade religiosa. Adotava-se a forma de Estado Confessional, isto é, havia uma religião oficial ligada a ele, que era o Catolicismo.

Nesse período, as crenças e práticas religiosas de índios e escravos eram reprimidas.

Os portugueses só consideravam como iguais os que professavam a religião Católica. Embora não existisse o preconceito racial, já que aceitavam todas as raças, predominava um profundo preconceito religioso, de modo que o

não-Católico era visto como adversário político, que colocaria em risco a própria estrutura colonial da coroa portuguesa.

Desde então, percebia-se uma ligação entre o Estado, mantido pelos portugueses, e a Igreja Católica. Esta gozava de muitos privilégios e recebia ampla proteção da coroa.

No período imperial, a situação não era diferente. Em 1824, foi outorgada por D. Pedro I a Constituição do Império, instituindo como religião oficial a Católica Apostólica Romana. Previa em seu 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.

Ferreira (1998, p. 103) enfatiza que:

[...] o Brasil admitia na sua Constituição de 1824 integralmente a liberdade de crença, porém apenas parcialmente a liberdade de culto, uma vez que este podia ser exercido somente nos templos pelos católicos; às outras religiões apenas era permitido o culto doméstico ou particular.

Assim, outras religiões poderiam existir desde que seus cultos fossem domésticos. Somente a religião oficial do império era livre para praticar o culto público. Não era permitida qualquer forma de exteriorização das crenças. Qualquer tentativa de impor uma religião que não a católica dava ao Estado o poder de intervir em defesa da ordem pública e dos bons costumes. Devia-se respeitar a religião oficial do Estado, e não ofender a moral pública, pois havia previsão de crime no Código Penal da época. Somente os católicos poderiam ser enterrados nos cemitérios; para ser exercida a cidadania, exigia-se que o indivíduo professasse a religião oficial.

Portanto, também não existia no Império liberdade religiosa. As igrejas não-católicas não podiam praticar cultos públicos. Vale dizer, havia liberdade de crença, mas inexistia a liberdade de culto.

Preleciona Silva (2001, p. 254):

[...] não houve no Império liberdade religiosa, pois, se o culto católico gozava de certo privilégio e podia realizar-se

livremente, muitas restrições existiam quanto à organização e funcionamento da religião oficial, a ponto de se reconhecer, hoje, que ela era uma religião manietada e escravizada pelo Estado, através de sua intervenção abusiva na esfera da Igreja.

Com o Decreto nº 119-A de 1890, um ano após ser instaurada a República pelo Marechal Deodoro da Fonseca, iniciou-se a separação entre Estado e Igreja, reconhecendo a liberdade culto para todas as religiões. Foi, contudo, com a primeira Constituição da República que se oficializou o fim da união entre Igreja e Estado, e o Brasil finalmente passou a ser um Estado laico, não confessional, indiferente à criação de novas igrejas. Até então, a Igreja gozava de amplos privilégios.

O art. 1º do Decreto nº 119-A dispõe:

É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados Federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões filosóficas ou religiosas.

Silva (2001, p. 254) informa que:

A República principiou estabelecendo a liberdade religiosa com a separação da Igreja do Estado. Isso se deu antes da constitucionalização do novo regime, com Decreto 119-A, de 7.1.1890, da lavra de Ruy Barbosa, expedido pelo Governo Provisório. A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, § 2º; 72, §§ 3º a 7º; 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto nº 119-A/1890 reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas.

Rui Barbosa, autor do Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890, foi o grande defensor da liberdade religiosa, desempenhando um papel fundamental na separação entre a Igreja e o Estado. Segundo ele, *“liberdade e religião são sócias, não inimigas. Não há religião sem liberdade. Não há liberdade sem religião”*. Graças ao seu desempenho em expandir a liberdade religiosa, deixou de existir no país uma religião oficial e se estabeleceu liberdade de culto. O Estado, então, assumiu funções importantes que antes eram prerrogativas da Igreja,

dentre elas a emissão de certidões de nascimento, casamento civil e morte. Com o Decreto nº 119-A de 1890, apenas os registros civis passaram a ter valor legal.

Mais adiante, em 1977, com o advento da Lei nº 6.515, deu-se a mais polêmica mudança: seria permitida a separação judicial dos casais, inadmissível pelo catolicismo.

Assim pontua Garcia (2002, p. 72):

Como consequência da separação entre Igreja e Estado, a república estatuiu a liberdade religiosa com a liberdade individual dos cultos (art. 72, § 3º), o casamento civil como único válido (art. 72, § 4º), a secularização dos cemitérios (art. 72, § 5º), a laicidade do ensino (art. 72, § 6º) e a independência entre os direitos civis e políticos e o cumprimento de qualquer dever cívico, a crença, ou função religiosa que o cidadão exerça.

Bastos (2001, p. 200), por sua vez, assinala que:

[...] o Estado deve manter-se absolutamente neutro, não podendo discriminar entre as diversas igrejas, quer para beneficiá-las, quer para prejudicá-las. As pessoas de direito público não são dadas criar igrejas ou cultos religiosos, o que significa dizer que também não poderão ter qualquer papel nas suas estruturas administrativas.

As constituições posteriores mantiveram a separação entre Estado e Igreja, porém com algumas peculiaridades.

A Constituição de 1934 foi promulgada em 16 de julho, pela Assembléia Constituinte, em substituição à de 1891. Ela reafirma o laicismo do Estado, não permitindo a influência deste nas atividades eclesiásticas. Entretanto, permitia a colaboração recíproca entre Estado e Igrejas em favor do interesse coletivo. Assim, visando colaborar nos serviços públicos, todos os cleros, sem distinção, ministrariam ensino religioso nas escolas, prestaria assistência religiosa a hospitais e entidades civis e militares.

Dispõem os incisos II e III do art. 17 que:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – **estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;**

III – **ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo** (grifo não original).

Assim, ao Estado não seria permitido aliar-se à Igreja, influenciando e concedendo privilégios, mas não ficaria impedido de receber auxílios nos serviços públicos, reconhecendo os diferentes credos como fortes colaboradores em favor do interesse coletivo.

Diferentemente da Constituição de 1891, a de 1934 reconheceu expressamente a liberdade de consciência, de crença e de culto, protegendo-as explicitamente, e garantindo, desse modo, o livre exercício dos cultos. Foi com a Carta de 1934 que apareceram as primeiras expressões “ordem pública” e “bons costumes”, as quais posteriormente foram mantidas nas constituições de 1946 e 1967, embora inexistentes na atual Magna Carta. Rezava o parágrafo 5º do art. 113: *“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”*.

A Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro, ficou conhecida pejorativamente como “Constituição Polaca”, por ter sido inspirada na Constituição autoritária da Polônia. Praticamente, o país vivenciava os horrores da ditadura, e a Carta de 1937 ficou estagnada, sem vigência constitucional. As liberdades públicas foram banidas.

Entretanto, ela representou um regresso à Constituição de 1891, colocando fim aos avanços obtidos na Constituição de 1934.

Soriano (2002, p. 82) menciona que “ocorre um retrocesso na Constituição de 1937, no que concerne à liberdade religiosa, porquanto esse direito deixa de ser elencado explicitamente”.

Ela manteve a separação entre Estado e Igreja, o que se denota na leitura da alínea *b* do art. 32: “É vedado à União, aos Estados e Municípios: **b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos**” (grifo não original).

Entretanto, deixava de existir a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo, conforme havia sido estabelecido no art. 17 da Constituição anterior. E ainda, tal qual a Constituição de 1891, não previu a liberdade de consciência e de crença, limitando-se apenas à previsão da liberdade de culto.

O parágrafo 4º do art. 122 assim dispunha: *“Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente seu culto”*.

A Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro, manteve a separação entre Estado e Igreja. Trouxe a mesma redação prevista na Carta de 1934 que havia sido omitida pela de 1937, permitindo novamente a colaboração recíproca entre Estado e Igreja na realização do bem comum, mas sem aliança e subvencionismo entre eles. Em seu art. 31 manteve a mesma redação do art. 17 da Carta de 1934:

À União, aos Estados e ao Distrito Federal é vedado:
 II – **estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;**
 III – **ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo** (grifo não original).

Retomou o uso das expressões “ordem pública” e “bons costumes”, além de assegurar a liberdade de religião em três sentidos: liberdade de consciência, de crença e de culto, como já era previsto no texto de 1934. Assim, o art. 141, parágrafo 7º, trazia a seguinte redação: *“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo os do que contrariem a ordem pública e os bons costumes”*. Assim, era ampla a liberdade de culto, em qualquer de suas formas, desde que não contrariasse a ordem pública e os bons costumes.

Segundo Ferreira (1998, p. 103):

A Constituição de 1946 manteve os princípios constitucionais de 1934, intensificando a assistência às Forças Armadas; a secularização dos cemitérios foi também mantida e se assegurou plenamente a liberdade de crença e de culto, com o livre exercício do culto a todas as pessoas, a liberdade de convicção religiosa filosófica ou política.

Promulgada em 24 de janeiro pelo Congresso Nacional, a Constituição de 1967 manteve o mesmo princípio de separação entre Estado e Igreja.

A constituição de 1967 sofreu uma alteração pela Emenda nº 1 de 1969. Esta foi considerada por muitos doutrinadores como sendo uma nova Constituição.

A Constituição de 1967, com a nova redação que lhe trouxe a Emenda nº 1, garantiu a liberdade de consciência e assegurou o exercício dos cultos

religiosos, exigindo, entretanto, a não-contrariedade da ordem pública e dos bons costumes. Portanto, não eram permitidos cultos que agredissem tais valores. Assim dispunha o parágrafo 5º do art. 150: **“É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”** (grifo não original).

Sendo assim, as constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946, mantiveram o princípio da separação entre Igreja e Estado. Entretanto, acrescentou, em seu art. 150, parágrafo 7º, a expressão “seus representantes”, que significa a proibição de se reconhecer às autoridades religiosas a personalidade jurídica de Direito Público Interno. Aduz o citado dispositivo que:

Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e, **quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais**, também nos estabelecimentos de internação coletiva (grifo não original).

Por fim, a Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro pela Assembléia Nacional, não se mostrou indiferente às Constituições anteriores e conservou o caráter laicista do Estado. A liberdade religiosa foi por ela elevada à categoria de direito fundamental, estabelecendo ampla proteção constitucional a todas as religiões indistintamente.

Reza o art. 5º, VI, da Magna Carta: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”.

Ao erigir a liberdade religiosa como direito humano fundamental, a Constituição Federal de 1988 faz menção à liberdade de consciência e de crença, ambas ligadas à esfera íntima, pessoal. A primeira diz respeito ao crer e também ao não crer. Vale dizer, o sujeito pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma, devendo a todos o respeito também ao ateísmo e agnosticismo. A liberdade de crença diz respeito ao direito que tem o cidadão de escolher e aderir a qualquer religião.

Por outro lado, a Constituição reafirma o princípio da separação entre Estado e Igreja ao dispor no art. 19:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (grifo não original).

Inexistindo no país uma religião oficial, ao Estado não é permitido favorecer, impor ou impedir a prática de cultos religiosos, devendo tratamento igual a todos os seus cidadãos, sem discriminá-los por motivos de crença religiosa. O verbo “subvencionar” mencionado no dispositivo em apreço refere-se à vedação ao Poder Público de auxiliar pecuniariamente as diversas religiões. Isso não significa que as Igrejas estejam proibidas de se aliar ao Estado com o objetivo de promover o bem coletivo.

Nesse sentido, Soriano (2002, p. 85) propugna que:

[...] O Estado laicista não pode favorecer uma religião, em detrimento de outras. O tratamento dado às Igrejas deve ser igual, mantendo-se a isonomia. Não pode subvencionar as religiões e também não pode legislar sobre matéria religiosa. Isto não impede, entretanto, que a Igreja e o Estado possam ser parceiros em obras sociais e de interesse público.

O Estado é um verdadeiro protetor dos diversos credos religiosos, autorizando-lhes o funcionamento e impedindo condutas que atentem contra eles, procedendo, desta feita, tal qual orienta a Carta Maior, assegurando a inviolabilidade de consciência e de crença.

Ferreira (1998, p. 104) enfatiza que “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”.

Além da impossibilidade de subvenção às atividades religiosas, ao Estado não é permitido cobrar tributos dos templos religiosos. Estes gozam de imunidade tributária, que se estende indistintamente a todas as religiões. Essa proibição imposta aos entes estatais visa impedir a criação de obstáculos econômicos, por meio de impostos, à realização de cultos religiosos, facilitando o seu desenvolvimento.

Desse modo, dispõe o art. 150 da Constituição Federal que:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado à União, aos Estados ou Distrito Federal e aos Municípios:**

[...]

VI – **instituir impostos sobre:**

a) [...]

b) **templos de qualquer culto.** (grifo não original)

Entende-se que as atividades das igrejas não obtêm lucro, razão pela qual não incidirão sobre elas impostos de qualquer natureza, permitindo a ampla difusão das crenças e manifestações de religiosidade.

Portanto, desde a primeira Constituição da República até a Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o sistema laico, mantendo-se neutro em matéria religiosa, não interferindo, favorecendo, financiando ou embaraçando, ainda que através da cobrança de impostos, o exercício de qualquer religião.

2.3 Do direito à vida

O conceito de vida é eminentemente biológico e não jurídico-civil. Ela surge quando da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, seja ela natural ou artificial. É o estado em que se encontra o ser humano vivaz, seja qual for a sua condição física ou psíquica.

O direito à vida está ligado à pessoa até o seu óbito, abrangendo todos os demais direitos a ela disponibilizados, dentre eles o de nascer e o de continuar vivo, subsistindo com dignidade.

Portanto, a vida termina com a morte, vale dizer, com a cessação total e permanente das funções vitais. Segundo França (1975, p. 171), “a morte será sempre a parada irreversível da função circulatória e a impossibilidade de mantê-la por meios artificiais”.

A vida foi erigida à categoria de direito fundamental pela própria Constituição Federal. Esta assegurou, em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, direito esse que condiciona todos os outros direitos, constituindo-se em fundamento para que estes possam ser exercidos.

Nessa esteira assinala Moraes (2000, p. 61) que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Na mesma toada, Pinho (2002, p. 76) salienta que:

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Seria absolutamente inútil tutelar a liberdade, a igualdade e o patrimônio de uma pessoa sem que fosse assegurada a sua vida. Consiste no direito à existência do ser humano.

O direito à vida deve ser entendido como uma garantia fundamental de existência com possibilidade de exercer os demais atributos da personalidade. De nada adianta garantir abstratamente outros direitos se esse direito fundamental e primordial estiver ameaçado. A vida é o bem fundamental do ser humano, pois sem ela não há que se falar em outros direitos.

Nesse sentido, aduz Diniz (2002, p. 21):

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Por outro lado, Silva (2001, p. 201) assim dispõe:

A vida constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não se erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

A vida é o direito mais precioso que detém o ser humano. Sem ela, nada existe, e tudo que circunda o Homem deixa de ter significado sem esse importante bem.

Assim, Bittar (2001, p. 67) pontua que:

[...] É o direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, **devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade,**

uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito á vida e não um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se um respeito que a todos os componentes da coletividade exige. Com isso, tem-se presente a ineficácia de qualquer declaração de vontade do titular que importe em cerceamento a esse direito, eis que se não pode ceifar a vida humana, por si, ou por outrem, mesmo sob consentimento, porque se entende, universalmente, que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir missão própria da sociedade. (grifo não original)

A vida humana não interessa apenas ao indivíduo, mas sim a toda a coletividade. Ela possui, então, valor social. Nenhum homem, qualquer que seja a sua religião, vive unicamente para si. Outras vontades devem ser respeitadas, justificando, assim, a vida em sociedade.

Sendo o direito à vida um direito essencial ao ser humano, que possibilita o exercício de todos os demais direitos, nada mais justo que atribuir ao Estado o dever de oferecer condições mínimas para o seu exercício, agindo através de seu poder de polícia. Para cumprimento desse mister, ele garante a todos os cidadãos o direito à saúde, dentre outros direitos básicos, visando tutelar e salvaguardar a vida por entendê-la como premissa básica para o exercício de qualquer outro direito fundamental.

Desse modo, é função do Estado, na sua posição de garantidor de direitos, cuidar e zelar pela vida humana. É, portanto, sua obrigação preservar a vida, impedindo condutas que atentem contra ela. Nesse particular, concorda-se com Celso Ribeiro Bastos, em seu parecer à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová (2000):

O direito à vida é essencialmente um direito contra o Estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito. Isso significa que o Estado há de prover a necessária e adequada segurança pública, que impeça inclusive os demais particulares de desrespeitarem este sagrado direito.

O Estado, para tornar efetiva a preocupação de preservar e zelar pela vida de seus cidadãos, dentre outras atuações na área da saúde, conta com um órgão específico, o Ministério da Saúde, que frequentemente faz campanhas convidando pessoas a doarem sangue. Além disso, a própria Constituição Federal, em seu art. 199, parágrafo 4º, legitima a coleta e transfusão de sangue,

sempre com vistas a atender as necessidades daquele que precisa, preservando a vida humana.

Conforme o ensinamento de Diniz (2001, p. 200):

É assegurado o direito à transfusão de sangue para todos que dela precisem para salvar sua vida ou para tratamento de hemorragia aguda intensa. Para a transfusão, é necessária uma doação de sangue voluntária (art. 199, § 4º), sob a direção de um médico hemoterapeuta cuidadoso, inclusive com material usado para coleta, que deve ser estéril e descartável.

Entretanto, o direito à vida não é absoluto e suficiente por si só, uma vez que ele é relativizado pela própria Constituição Federal, quando esta admite a pena de morte no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, *a*). E ainda, o Código Penal permite a realização do aborto quando resultante de estupro (art. 128, II).

3. COLISÃO DE DIREITOS: LIBERDADE RELIGIOSA X VIDA

Estando amplamente difundida a liberdade religiosa entre o povo brasileiro, consagrada que está pelo texto constitucional, são várias as formas de concepções religiosas e filosóficas. Ao mesmo tempo em que a Magna Carta garante a liberdade de crença aos seus cidadãos, prevê também outros direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à vida. Eventualmente, dada à magnitude e complexidade de referidos direitos, poderão ambos se conflitar uns com os outros. É o que dá quando um dogma religioso, amparado pela liberdade de religião, entra em conflito com outro direito fundamental, causando um problema nem sempre de fácil solução.

Será abordada nesse capítulo uma questão cada vez mais freqüente nos dias atuais: crenças que infringem o direito à vida. Mais que um problema complexo e controvertido, trata-se de uma delicada situação em que o caso concreto deverá ser cuidadosamente analisado, levando em consideração os valores envolvidos.

Um pequeno grupo de religiosos se opõe à terapia transfusional, por entenderem que Deus ordenou a toda a humanidade a abstenção do uso indevido de sangue, porque este representa a vida. Justificam essa conduta com base nos textos bíblicos de Levítico 7:26, 17:10,14 e Atos 15:19, 20, 28, 29, que desaconselham o consumo de sangue.

Esses religiosos conferem à liberdade maior valor do que a própria vida. Não aceitam transfusão de sangue em nenhuma hipótese, inclusive quando correm riscos de vida. Entretanto, aceitam tratamentos alternativos, isentos de sangue total ou de seus componentes primários. Todavia, estranhamente não explicam porque os remédios produzidos para hemofílicos, produzidos a base de sangue, são permitidos e as transfusões não. E ainda, permitem o uso de produtos sangüíneos como à albumina, soros de imunoglobinas, fatores de coagulação, proteínas plasmáticas e tratamentos para hemofílicos.

Ao optarem por tratamento isento de sangue, essas pessoas na verdade não estão exercendo o “direito de morrer”, mas buscam receber tratamento de qualidade, almejando a cura, porém isento de transfusão de sangue. Todavia, nem sempre os tratamentos ditos alternativos são suficientes para salvar a vida

do paciente. Nesse diapasão, surge o médico com toda a sua técnica e experiência para determinar se a prática transfusional é ou não necessária. É ele quem melhor pode dizer se ela é ou não indispensável, pois detém conhecimentos técnicos necessários para decidir a respeito. O enfermo, como é natural, não é conhecedor da maneira ou meios pelos quais deve processar-se sua cura, e somente ao médico deve ser atribuída tal iniciativa. E é por essa razão, que, uma vez necessitando, se submete ao tratamento médico.

Essa situação causa sérios transtornos quando o indivíduo prefere renunciar sua vida em detrimento da liberdade religiosa. A recusa desses religiosos coloca os médicos em um dilema terrível.

Como dito alhures, estes fiéis preferem a morte quando o tratamento transfusional é a única alternativa para salvar a vida. Nesse caso, inevitavelmente haverá a colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, de modo que a escolha de um implica necessariamente a renúncia de outro. A classe médica invoca o direito à vida como preponderante e irrenunciável. Por sua vez, estes religiosos invocam o direito à liberdade religiosa consagrado constitucionalmente para justificar a recusa ao recebimento da transfusão de sangue.

A recusa se dá por motivos de foro íntimo, e será garantida desde que não contrarie a ordem pública ou não importe em ofensa a outro valor.

Existem outros meios tão ou mais eficientes que a transfusão sangüínea, mas em alguns casos ela é o tratamento mais rápido e mais eficaz. Obviamente, se for possível ministrar algum outro tratamento alternativo, tal deverá ser feito. Entretanto, nem sempre o tratamento alternativo é viável e suficiente para manter-se a vida do paciente, afastando o iminente risco de vida, como nos casos de hemorragias agudas, dada a excessiva perda de hemácias.

Sendo assim, o bom senso exige que, havendo risco de vida, o médico execute o ato transfusional, agindo em conformidade com o que sua ciência e consciência impuserem. Sua missão é salvar vidas, e para atingir tal mister, utiliza-se de todos os meios que julgar necessários e convenientes. Ademais, ao ministrar o tratamento, visando restituir ao paciente uma vida saudável e isenta de riscos, o médico está atuando no interesse da sociedade, pois preservá-la é algo imprescindível.

Assim, a transfusão sangüínea deve necessariamente ser ministrada nos situações de urgência, não podendo ser precedida de tratamento alternativo nem de formalismo.

Esses religiosos ponderam que há inúmeros tratamentos alternativos para a transfusão. Além disso, consideram que ela nem sempre equivale à sobrevivência do paciente, e afirmam que pessoas morreram mesmo recebendo a transfusão sangüínea. Não atribuem a ela o caráter salvador que muitos acreditam existir. Argumentam que a Medicina evolui, propiciando alternativas seguras e eficazes às transfusões. E ainda, defendem que, acima de qualquer coisa, os médicos deverão respeitar a crença religiosa de seu paciente.

Entretanto, a prática demonstra que as coisas não são tão fáceis assim.

João Sérgio Moreira, presidente da Comissão de Ligação com Hospitais para Testemunhas de Jeová, contestando o artigo de Carlos Ernani Constantino, “Transfusão de sangue e Omissão de Socorro”, assim lecionou:

Há inúmeras alternativas médicas para a transfusão de sangue. Além disso, considerar que a transfusão de sangue equivale à sobrevivência do paciente e a recusa à transfusão, à sua morte é uma falácia. Não foram poucos os casos em que outras pessoas morreram mesmo recebendo transfusão de sangue – e, às vezes, por causa delas -, ao passo que outras sobreviveram com tratamento médico isento de sangue.

Não há dúvidas de que a terapia transfusional é perigosa. Não se pode considerá-la como um tratamento 100% seguro, até porque os riscos de rejeição e de contrair doenças existem. Por tal razão, aconselha-se usá-la tão somente nos casos em que não há outro meio hábil para salvar a vida do paciente.

Todavia, Carlos Ernani Constantino, replica essa afirmação no seguinte sentido:

Quanto aos chamados tratamentos alternativos à transfusão de sangue, a Medicina hodierna evoluiu bastante e procura aplicar a todos os pacientes, independentemente de sua religião, métodos substitutivos, sempre que possível, deixando a transfusão como um último recurso. Entretanto, segundo nos informou o Dr. Sinésio Grace Duarte, CRM 61.630, Médico Neurologista e Neurocirurgião: ‘há casos de perda sangüínea em grande escala, como, por exemplo, uma hemorragia aguda, em que ocorre perda de grande quantidade de hemáceas, vez que nenhuma outra célula as substitui em sua função de transportar o oxigênio; num caso como

este, não é possível qualquer tratamento alternativo, mas só mesmo a transfusão de sangue'. (CONSTANTINO, Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm>>. Acesso em 03/04/06).

Sempre que possível, estando o paciente em condições de manifestar a sua vontade, esta deverá ser respeitada, face ao princípio da autonomia da vontade. Todavia, nos casos de iminente perigo de vida, em que só o tratamento alternativo não é suficiente, resta ao médico ministrar a terapia transfusional, ainda que contrariando interesses do paciente e de seus familiares. Uma enfermidade sem perigo imediato ou um perigo de vida remoto, não justifica tal intervenção.

Diniz (2002, p. 217) confirma esse entendimento:

Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num locador de serviços. Acreditamos que o médico, por seu sentimento ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, resguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde, logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se ao cumprimento dessa tarefa.

Contrariando esse entendimento, Celso Bastos, em parecer solicitado pela Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, afirmou que:

[...] 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.

Equívocou-se o referido jurista. A situação é óbvia: se o indivíduo, conscientemente, tem a possibilidade de escolher entre ir ou não ao hospital, sujeitando-se a tratamento médico, certamente não estará correndo risco de vida, e há tempo suficiente para ministrar algum tratamento alternativo, respeitando, desse modo, a sua vontade.

É certo que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Quem violar tal direito individual comete o crime tipificado no art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal). Todavia, o parágrafo 3º desse mesmo artigo exclui a antijuricidade da intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Desse modo, havendo necessidade, a transfusão de sangue deve ser realizada, descartando a hipótese de ministrar tratamento alternativo se este não for suficiente. Assim, se a transfusão sangüínea for tida como imprescindível, deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade deste, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida. Nesse caso, está em jogo o bem maior – a vida – e não se pode pensar em ilicitude quando há manifesta intenção em salvá-la.

Esses religiosos carregam consigo um documento assinado por eles próprios em que, numa futura incapacidade, impossibilitados de manifestarem seu consentimento, é apresentado pela família ao hospital. Entretanto, a vida não é um contrato, de modo que o indivíduo não poderá dela dispor em qualquer situação. São absolutamente nulos os atos nos quais uma pessoa coloca sua vida à disposição de outra ou se submeta a grave perigo.

Vitorino Ângelo Filipin *apud* DINIZ (2002, p. 222) afirma que:

Se o direito à vida é superior, até em termos normativos, para salvá-la *in extremis*, sendo a transfusão de sangue o remédio indicado e necessário, é dever do médico, movido e amparado pelo mais nobre dos sentimentos, proceder como tal, incondicionalmente. A inscrição em que os professantes Testemunhas de Jeová portam, de molde a exigir do médico, conduta negativa, na hipótese de necessidade de transfusão de sangue, em estado de inconsciência, é cláusula não escrita, assim como o será eventual declaração assinada por parente ou responsável no ato da internação, porque não se está diante de direito dispositivo, decorrente da chamada autonomia da vontade.

Nessa esteira, Diniz (2002, p. 222) assinala que:

[...] A vida não é objeto de contrato. O médico tem o dever de salvar a vida, independentemente de paciente recalcitrante ou com inscrição proibitiva ou, ainda, da participação positiva ou negativa de um juiz ou tribunal.

Ademais, nenhum direito é absoluto, de forma que não se pode admitir o direito à liberdade religiosa como ilimitado, podendo ele sofrer restrições, quando estiver ferindo os preceitos da ordem pública. Caso contrário, esta será comprometida, uma vez que poderia haver o sacrifício desnecessário de vidas humanas. Desse modo, há interesse público na salvaguarda do direito à vida. Tanto é assim que o Estado veda o ordenamento qualquer ato que atente contra a vida humana, como o homicídio, aborto, instigação ou auxílio ao suicídio, eutanásia, dentre outros. Assim, portanto, não se pode violar o direito à vida sob o argumento de se estar exercendo a liberdade de religião assegurada pela Magna Carta.

Constantino confirma esse entendimento:

“Quando os ensinamentos de uma seita religiosa provocam o **sacrifício desnecessário de vidas humanas**, estão sem dúvida a ferir os preceitos da ordem pública, devendo o Estado, por conseguinte, coibir tais abusos” (grifo não original) (CONSTANTINO, Disponível em <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm>). Acesso em 03/04/06).

O referido autor levanta a seguinte questão:

Se erigíssemos a liberdade religiosa em direito ilimitado, teríamos que lidar com situações literalmente catastróficas para a sociedade, como, por exemplo: se amanhã surgisse uma nova religião, pregando o sacrifício de vidas humanas e matando pessoas, durante os seus cultos, tal comportamento repugnável estaria assegurado pela liberdade religiosa, garantida pela Carta Magna?! É lógico que não; os seguidores de tal seita estariam cometendo homicídios, provavelmente qualificados. Ora, se, por um lado, uma religião não pode incentivar sacrifícios humanos por ação (exemplo: matança de vítimas com uma facada no peito), por outro lado, não pode um grupo religioso induzir sacrifícios de vidas humanas por omissão (isto é, ensinando seus membros a recusarem determinado tratamento médico, ainda que tal recusa lhes cause a morte).

Por outro lado, salienta Soriano (2002, p. 38):

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

Imaginem quantas barbaridades não seriam inventadas em nome da liberdade religiosa, caso ela fosse eleita como absoluta. Quão fértil é a imaginação do Homem quando o assunto é destruir vidas humanas! Basta atentar para os vários conflitos religiosos existentes no mundo, em que são cometidas as mais diversas atrocidades.

Todavia, deve-se atentar, por óbvio, que nem sempre as crenças religiosas devem sucumbir ao interesse público estatal. Não há legítimo interesse do Estado em impor limites ao exercício das religiões.

Assim como a liberdade religiosa não é absoluta, a discricionariedade do Estado também é limitada, e deverá sempre estar atrelada a princípios da razoabilidade e proporcionalidade. As violações à liberdade de religião só se justificam para evitar danos a bens jurídicos preponderantes e de valores inatingíveis.

Em princípio, a liberdade religiosa deve sim prevalecer, desde que o paciente, em pleno gozo de suas faculdades mentais, esteja em condições de manifestar validamente suas convicções religiosas, e ainda, que não esteja ele correndo perigo de vida. De outro modo, não correndo risco de vida e havendo possibilidade de serem utilizadas outras formas de tratamento, sem o consumo de sangue, deverá ser respeitada a vontade do paciente, em decorrência do direito fundamental à liberdade religiosa.

Do mesmo modo que o indivíduo tem direito de recusar um tratamento de quimio ou de radioterapia, tem também direito a recusar a transfusão de sangue, desde que possível, embora ambas, sejam situações diferentes. Nas primeiras, o sujeito está lúcido, e há casos em que a quimio ou radioterapia podem piorar a situação do enfermo, encurtando o seu fim, além de causar muito sofrimento. Não se vislumbra nessa hipótese o iminente perigo de vida, já que a morte na maioria dos casos será inevitável num breve espaço de tempo, com ou sem o tratamento,

sendo este um mero paliativo, tendo em vista o auto poder de destruição da doença.

Soriano (2002, p. 119) assinala que:

Nos casos em que é possível o tratamento alternativo e é desnecessária a transfusão sangüínea, é evidente que a liberdade religiosa do paciente deverá ser, sempre, respeitada. Nesse particular, não há dúvida alguma. Todos os pacientes, nessa condição, são tratados, sem a administração de sangue, por via endovenosa, mediante, principalmente, a infusão de fluidos (soro à base de cloreto de sódio, ringer etc.) e a administração de eritropoítina exógena e de expansores sintéticos de plasma, independente da religião professada pelo paciente. A terapia transfusional só é utilizada quando há risco de vida e a infusão de fluidos e demais terapias alternativas são insuficientes. Eis que surge, nesse ponto, não apenas um problema médico, mas jurídico, sem dúvida alguma, de difícil solução.

Nesse embate, os médicos, nas situações de emergência, têm recorrido ao Poder Judiciário em busca de liminares autorizando a realização do tratamento. Entretanto, nos casos a vida do paciente está seriamente comprometida, não há tempo para se recorrer à tutela jurisdicional.

Na verdade, o médico é o único árbitro capaz de julgar se a transfusão é ou não necessária. Certamente, se ele praticar o ato e se entender que não era devido, responderá por sua conduta, embora não se encontre nenhuma decisão nesse sentido.

Invoca-se mais uma vez o pensamento de Constantino:

Nos casos em que ocorre iminente perigo de vida ou de saúde, o médico é o único árbitro a definir se é necessária uma transfusão de sangue ou outro tratamento alternativo; sendo a transfusão necessária, o profissional da medicina não pode omitir-se de aplicá-la, em razão da religião de seu paciente, pois a vida é o direito maior, irrenunciável, de ordem pública. (CONSTANTINO, Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm>>. Acesso em 03/04/06).

Esse confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa já alcançou os tribunais. Todavia, Soriano (2002, p. 120) afirma que “decisões judiciais têm sido favoráveis à vida, determinando que a transfusão de sangue seja realizada sob o argumento de que a vida é o direito preponderante”.

Sua afirmação encontra respaldo na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de seu Relator Sérgio Gischkow Pereira:

CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. **Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos.** Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em seria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão medica ou da atividade hospitalar. **Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida** (art. 146, § 3º, inc. I, do Código Penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. **O direito a vida antecede o direito a liberdade, aqui incluída a liberdade de religião.** É falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que alias norteiam a carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. **Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la** (grifo não original) (Apelação Cível nº 595000373, Sexta Câmara Cível).

Portanto, não se admite que vidas humanas sejam ceifadas em nome da liberdade de religião. Religiões devem incentivar e promover a vida, e não a morte. Nesse caso, numa ponderação de valores, o bem vida supera a liberdade de crença. É sim, dever do profissional da Medicina respeitar as crenças e vontades de seus pacientes, mas incumbido que está no dever de salvar vidas, deve praticar os atos que julgar necessários para atingir seu objetivo. Dedicou anos e anos de estudo, e mais do que qualquer sujeito que necessite de seus conhecimentos, sabe como atuar diante de uma situação de risco. Primeiramente, o médico, diante de uma recusa de tratamento, deve procurar convencer seu

paciente. Não obtendo êxito, e havendo necessidade imperiosa de sua intervenção, resta-lhe intervir, ainda que contra a vontade do enfermo ou de seus familiares.

Importante a lição de Diniz (2002, p. 222):

Se entre os direitos à vida e à liberdade de religião apresentar-se uma situação que venha a colocá-los em cheque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o à vida. Por tal razão, qualquer ofensa ao direito constitucional da liberdade religiosa, ainda que sem o consenso do paciente ou de seus familiares, não entra na categoria dos atos ilícitos.

Sacrifica-se a liberdade religiosa para salvar um bem de maior interesse e significação, que é a vida, da qual não pode o homem dispor, pois reclama um outro titular de direito, o Estado, que se mostra o maior interessado na vida do paciente, e para o qual o indivíduo tem um valor social e político. Por tal razão, autoriza a transfusão de sangue mesmo contra a própria vontade do paciente e de seus familiares.

3.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade surgiram no âmbito do Direito Administrativo, voltados a limitar a discricionariedade do Poder Público, ampliando-se o âmbito de apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Importa para o presente trabalho analisá-los sob a ótica constitucional, como métodos de resolução de conflito entre direitos fundamentais.

O caso ora apresentado traduz, sem sombra de dúvidas, um conflito entre direitos fundamentais, cuja solução nem sempre é fácil de ser verificada no caso concreto. Para tanto, surge o princípio da proporcionalidade, a fim de que se aplique o princípio mais justo à situação conflituosa. O objetivo é aplicar um princípio em detrimento do outro em um caso concreto, almejando que a realização de um seja juridicamente superior à realização de outro.

Rodrigo Meyer Bornholdt (2005, p. 164) destaca a multifuncionalidade do princípio da proporcionalidade:

[...] É por meio dele que: a) o *quid* de subjetivismo da decisão deve-se manifestar, através da precedência de um dos direitos ou princípios (nomeadamente no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mas não no seu sentido clássico, de proibição do excesso) em jogo; b) em decorrência disso, serve ele como instrumental teórico no momento da ponderação; c) como proibição do arbítrio, ao analisar a conveniência dos meios propostos com os fins a serem atingidos; d) para a colmatação das lacunas.

Assim, ele serve como instrumento protetivo dos direitos fundamentais, definindo qual deles deverá prevalecer diante do caso concreto e qual sofrerá restrição.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação exige que a medida a ser aplicada seja conveniente à situação que se pretende regular. Deve haver, no caso concreto, uma adequação entre o meio empregado e o fim almejado. Avalia-se se o meio é ou não desproporcional em relação ao fim perseguido.

Steinmetz (2001, p. 149) ensina que:

O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significa meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição do direito fundamental.

O subprincípio da necessidade (ou também princípio da exigibilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima) está voltado a escolher o meio menos prejudicial ao exercício do direito fundamental. Vale dizer, se existirem meios alternativos, deverá ser utilizado o menos gravoso, aquele que trazer menos prejuízo ao indivíduo.

Nas palavras de Bornholdt (2005, p.168), “se existem dois meios para se alcançar um determinado fim, será adotado aquele que prejudique menos outros princípios constitucionais, em vista desta exigência”.

Por derradeiro, destaca-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo qual se deve buscar uma proporção entre a medida a ser aplicada e o fim a ser perseguido. Seria a ponderação de bens, voltada a operacionalizar a solução para o caso concreto.

Nesse sentido, Steinmetz (2001, p.140) leciona que:

A ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

Por sua vez, Sylvia Figueiredo (2005, p. 192) afirma que:

Na proporcionalidade em sentido estrito, a relação entre o meio adotado e o fim perseguido deve ser proporcional e conforme, o que se caracteriza quando a vantagem representada pelo alcance do fim supera o prejuízo decorrente da limitação concretamente imposto a outros interesses igualmente protegidos *'prima facie'*.

Importante o ensinamento de Rothenburg (1999, p. 42):

Havendo concorrência ou conflito entre, digamos, dois princípios, a proporcionalidade não seria um terceiro que também devesse ser ponderado, mas justamente a própria ponderação, a resolver a concorrência ou o conflito.

Assim, ao adotar o método da ponderação de bens, há um juízo de peso, o qual buscará a precedência de um princípio em relação ao outro, visando atingir uma determinada finalidade.

Em suma, um princípio autoriza somente restrições que sejam adequadas, necessárias ou ponderáveis para atingir aquele fim.

Humberto Ávila (2004, p. 124) faz a seguinte indagação: “o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”.

Com efeito, em nada adianta aplicar uma determinada medida restritiva se o resultado que se busca não tem utilidade ou se é mais gravoso que o próprio direito restringido. Em verdade, trata-se de uma avaliação subjetiva, pois o que pode ser vantajoso para uns pode não ser para outros. Entretanto, geralmente se busca um meio que esteja mais ligado aos interesses do indivíduo, sem o qual não há razões para se discutir os conflitos entre direitos fundamentais.

Quanto àqueles que priorizam a religião em relação à vida, recusando-se transfusão de sangue quando esta é o único meio para mantê-los vivos, possível a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Steinmetz (2001, p. 153) propõe um procedimento de aplicação da proporcionalidade. Segundo o autor, primeiramente é necessário verificar se há uma colisão entre direitos fundamentais. Em seguida, passa-se a descrever as circunstâncias relevantes da situação em conflito. Por fim, procede-se, sucessivamente, aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, seguindo os moldes que propõe o autor, verifica-se que nessa situação específica de conflito, a medida empregada no caso concreto (transfusão de sangue, restringindo a liberdade religiosa do indivíduo) é adequada para se chegar ao fim adequado (preservação da vida). Não haveria adequação se a terapia transfusional não fosse, por si só, apropriada. Ressalte-se que ela só é indicada quando há perigo de morte, sendo a única técnica apropriada capaz de resguardar a vida que corre perigo.

Por outro lado, é também o meio indispensável para alcançar o resultado pretendido. É a medida necessária à consecução do fim almejado.

E por fim, procede-se ao juízo de ponderação de bens, em que se leva em consideração o peso que cada direito em conflito detém no caso concreto. A relação entre o meio adotado e o objetivo perseguido deve ser proporcional.

Karl Larenz, citado por Figueiredo (2005, p. 193) ensina que:

A solução de colisões de princípios e normas se dá mediante a ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo, conforme o 'peso', o valor, que a jurisprudência confere ao bem respectivo na respectiva situação concreta.

Portanto, conclui-se que o meio a ser utilizado (restrição da liberdade religiosa) é proporcional ao resultado a ser atingido (preservação da vida). Não há nada de desproporcional, haja vista que nenhuma conduta que tenha como objetivo resguardar este valiosíssimo bem pode ser vista como negativa. Não há como negar que o benefício alcançado com a medida (ainda que considerada drástica por alguns) preservou um direito fundamental e mais relevante do que

aquele que foi sacrificado. É um meio proporcional, uma vez que as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Por outro lado, o princípio da razoabilidade é um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. É tudo o que esteja em consonância com a razão, supondo moderação, equilíbrio, bom senso, harmonia, o que não seja arbitrário, e que esteja inserido nos padrões aceitáveis de conduta.

Alguns autores tratam o princípio da razoabilidade, oriundo do direito norte-americano, e o da proporcionalidade, de origem germânica, como se sinônimos fossem, embora semelhantes em alguns aspectos.

Assim se manifesta Figueiredo (2005, p. 241):

[...] O princípio da proporcionalidade possui semelhanças com o princípio da razoabilidade, principalmente porque ambos constituem princípios de interpretação, a nortear o intérprete na aplicação do Direito para a solução do caso concreto.

Todavia, a razoabilidade pressupõe que haja uma relação lógica entre o fato e a medida adotada. Exige que a medida seja utilizada com racionalidade, almejando que o meio seja razoável para o alcance do fim perseguido, ao passo que a proporcionalidade pressupõe uma ponderação de bens. Para tanto, a medida a ser adotada seja adequada e necessária a atingir o fim perseguido.

David Araújo e Nunes Júnior (2002, p. 66) ensinam que o princípio da proporcionalidade é decorrente do princípio da razoabilidade. De fato, não há que se falar em razoabilidade sem que se faça referência à proporcionalidade. Esta é uma exigência daquela, na medida em que exige que o meio, além de razoável, seja idôneo; menos restritivo, e que traga mais vantagens do que prejuízos ao seu beneficiário. Aplica-se, portanto, o método da ponderação de bens e valores. Pontuam os autores que:

Como decorrência do princípio da razoabilidade, podemos encontrar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma. Por esse princípio, que muitos chamam de razoabilidade-proporcionalidade, podemos identificar a necessidade de o intérprete verificar uma correspondência eqüitativa entre o sacrifício do direito e a regra em questão. Constitui medida de adequação dos meios aos

fins perseguidos pela norma, sendo que esta deve ser aplicada em sua 'justa medida'.

Por outro lado, Steinmetz (2001, p. 187) defende que a razoabilidade não pressupõe uma relação meio-fim, mas que considera a situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se quer controlar. Segundo ele:

A pergunta a ser feita é outra: 'a concretização da medida abstratamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito. Segundo Ávila, 'trata-se de um exame concreto individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual'. Em outros termos, 'não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa'.

Humberto Ávila, *apud* Steinmetz (2001, p. 187), afirma que há diferença na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade 'enquanto o primeiro consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o segundo traduz um juízo com referência à pessoa atingida'.

Seguindo esse posicionamento, Steinmetz (2001, p. 186) pontua que somente o princípio da proporcionalidade deve ser invocado para solucionar uma colisão de direitos fundamentais, haja vista que se estrutura em uma relação meio-fim, e não o princípio da razoabilidade, que está relacionado a uma situação pessoal.

Entretanto, ambos os princípios são aplicados no caso ora em comento. Isso porque, ao se aplicar os subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), obrigatoriamente deverão ser utilizados meios razoáveis para se atingir o objetivo almejado. De fato, o tratamento hemoterápico não deixa de estar amparado pela razoabilidade. Não seria razoável permitir que a vida viesse a se desfalecer por motivo de convicções religiosas. Logo, correndo o indivíduo risco de vida, está dentro de um padrão de normalidade a conduta do médico que transfunde sangue, ainda que contrariando seus interesses ou de seus responsáveis.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade é o instrumento utilizado para adequar e conjugar os direitos fundamentais quando

estes se encontram em colisão, sopesando-os e procurando alcançar a solução mais justa ao caso concreto.

3.1.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais

Nada obstante constituam cláusulas pétreas na Magna Carta, considerando o seu art. 60, parágrafo 4º, os direitos e garantias individuais podem sofrer restrições, sendo vedada tão somente à abolição total do sistema.

Entretanto, nessa restrição, deverá ser observado o conteúdo básico dos direitos fundamentais, chamado também pela doutrina de núcleo essencial, conteúdo irreduzível de proteção. Trata-se do conteúdo central desses direitos, que não pode ser violado. Em suma, seria uma forma de limite à possibilidade de restrição aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Professora Ana Carolina Lobo Gluck Paul ensina que:

O núcleo essencial é o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito. Assim é que as restrições aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação ao núcleo essencial do direito (PAUL, Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=8770>>. Acesso em 15/06/06).

O legislador ou aplicador do direito não pode agir tendendo a desfigurar os direitos fundamentais. Há um limite que deve ser respeitado, sob pena de afronta a esses direitos em sua própria essência.

Nas palavras da autora supracitada, “um direito fundamental só pode ser considerado ilegitimamente restringido se seu núcleo essencial for afetado”. Quanto ao método de aplicação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, há duas teorias doutrinárias que produzem resultados distintos: a absoluta e a relativa.

Para a teoria absoluta, o núcleo essencial tem delimitação abstrata, não podendo suas fronteiras ser ultrapassadas, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa, configurando-se como núcleo irreduzível de proteção. É o limite absoluto do direito fundamental.

Bornholdt (2005, p. 181), citando José Carlos Vieira de Andrade e Manoel Afonso Vaz, afirma que:

As teorias absolutas o consideram um núcleo fundamental, determinável em abstrato, e próprio de cada direito. Seria o 'coração do direito'. Numa tentativa de aprofundamento, Vieira de Andrade, partidário dessas teorias, pretende que o limite absoluto caracterizado pelo núcleo essencial seja a dignidade do homem concreto como ser livre. No mesmo sentido toma partido Manuel Afonso Vaz. Em seu entender, há um 'mínimo efetivo de expressão de direito', que constitui uma exigência autônoma em relação à proporcionalidade. Será o núcleo preservado, sempre que do preceito constitucional continue a decorrer um 'espaço valorativamente útil de atribuição subjetiva que não pode ser ocupado pela lei'.

Por outro lado, a teoria relativa está relacionada ao princípio da proporcionalidade, de modo que o núcleo essencial não poderia ser apartado deste. Não se trata, segundo essa teoria, de extinguir um determinado direito fundamental, mas apenas dar-lhe menor valor diante de uma situação de colisão que reclama uma ponderação.

Segundo Bornholdt (2005, p. 182):

As teorias relativas identificam a proteção conferida pelo núcleo essencial com a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. A proteção oferecida pelo núcleo essencial constituiria apenas um aspecto da adoção do princípio da proporcionalidade.

De fato, através do princípio da proporcionalidade busca-se a ponderação de valores e interesses, sem que haja necessariamente o sacrifício total de um dos direitos em conflito. Não se trata de extirpar, acabar com o direito fundamental, mas sem restringi-lo, dando-lhe menor valor no caso concreto. Portanto, seria o caso de valorar com maior intensidade um direito fundamental em detrimento de outro. Se o princípio da proporcionalidade for respeitado, não há lesão ao núcleo essencial do direito fundamental.

O doutrinador alemão Konrad Hesse (HESSE, Trad. Heck, 1998, p. 267) afirma que:

[...] A proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do 'núcleo essencial' dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto

que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado.

No presente trabalho, na tentativa de solucionar a colisão entre a liberdade religiosa e o direito à vida, invoca-se a teoria relativa para explicitar o conteúdo desses direitos fundamentais. O núcleo central destes só pode ser protegido no caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Quando o médico realiza a transfusão de sangue para salvar a vida do paciente, a liberdade religiosa sofre restrição em detrimento do direito à vida, mas não quer dizer que é ela totalmente abolida. Enquanto não surgir uma situação delicada como essa, que envolve interesses de terceiros que não só o enfermo, o indivíduo poderá exercer sem embaraços a sua religiosidade. Surgindo o conflito entre o médico e seu paciente, como já explicitado, há uma ponderação, em que o bem da vida recebe maior valoração diante da situação prática.

Portanto, a aplicação de uma medida proporcional, tal qual a transfusão de sangue ao paciente que dela urgentemente necessita, não fere o núcleo essencial. Ou seja, nesse caso, a limitação da liberdade de crença não viola o conteúdo básico do direito fundamental, posto que ela é proporcional ao bem que se procura tutelar, qual seja, a vida.

4. BIOÉTICA E BIODIREITO

Diniz (1998, p. 416) conceitua biodireito como sendo: “Estudo jurídico que, tendo por fontes imediatas a bioética e a biogenética, tem a vida por objeto principal”.

Por outro lado, a mencionada autora assim define bioética:

Bioética. Estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científico e tecnicamente possível. A bioética não pode ser separada da experiência efetiva dos valores “vida”, “dignidade humana” e “saúde”, que são inestimáveis. Daí ocupar-se, por exemplo, de questões éticas atinentes ao começo e fim da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc. Em suma, é o estudo sistemático do comportamento humano, sob a luz dos valores e princípios morais, na área da vida e dos cuidados da saúde.

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento tecnológico e científico nas áreas da biologia e da saúde trazem problemas de difícil solução, com situações até pouco tempo inimagináveis e que desafiam juristas pela ausência de normas que as regulamentem. Dá-se uma lacuna no Direito, de modo que as descobertas não encontram normatização no campo jurídico.

O Direito não acompanha essa evolução na mesma velocidade. Ele caminha lentamente, quase que imperceptivelmente, se comparado com os avanços das atividades científicas. Como regulamentar, por exemplo, os casos das barrigas de aluguel, as técnicas de clonagem ou as técnicas de engenharia genética?

É nesse diapasão que surge o biodireito, como um conjunto de princípios capazes de regulamentar essas questões envolvendo a vida humana que são cada vez mais freqüentes nos nossos dias. É um ramo que disciplina as descobertas tecnológicas nas áreas da Medicina e Biologia, frente às quais o Direito não pode quedar-se inerte.

E continua a autora acima citada (2001, p. 8):

[...] como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes

imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

As descobertas nas áreas das ciências biológicas e da Medicina são fortes aliados na preservação e conservação da vida, tornando-a cada vez mais digna de ser vivida. Entretanto, da mesma forma que elas contêm benefícios, podem trazer riscos potenciais perigosos. Por esse motivo, os profissionais que atuam na prática biomédica devem se acautelar para não desrespeitar a pessoa humana. A partir daí se conclui que nem tudo que é científica e tecnicamente possível é admissível juridicamente.

Assim, o biodireito surge para regulamentar os avanços científicos, não permitindo que as novidades das ciências biomédicas e das altas tecnologias aplicadas à saúde fiquem sem regulamentação, visando o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, Almeida Júnior pontua que:

[...] surge o biodireito, que se preocupa em apresentar indicativos teóricos e os subsídios da experiência universal para a elaboração da melhor legislação sobre as novas técnicas científicas, com vistas, em última instância, à salvaguarda da dignidade humana (ALMEIDA JÚNIOR, Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=6522>). Acesso em 04/06/06).

Por outro lado, bioética seria um ramo da ética relacionado às novas situações oriundas do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da saúde. Trata-se de um instrumento de prevenção contra abusos da classe científica. Qualquer conduta que desafie a moral, os costumes consagrados ou os princípios básicos a ela inerentes, é tida como antiética, passível de sanção, haja vista a potencialidade de interferência na vida humana.

O Homem, diante da sua insaciável gana de descobertas, sempre buscando atingir mais um degrau, pode perfeitamente transpor os limites do aceitável, agredindo a vida e a dignidade da pessoa humana. E é justamente isso que a bioética procura evitar.

4.1 A bioética e o respeito à dignidade humana

Moraes (2002, p. 128) conceitua a dignidade humana como sendo:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. IX, eleva a liberdade científica como um direito fundamental. Todavia, isso não significa que se trata de um direito ilimitado, haja vista que há outros bens jurídicos reconhecidos pela própria Magna Carta, como a vida, dignidade humana etc. Como visto em outra oportunidade, se o próprio direito à vida e liberdade religiosa, também contemplados como direitos fundamentais, não são ilimitados, não absolutos, quicá o direito à atividade científica, que é capaz de ostentar as mais diversas polêmicas nos campos da saúde e da biologia envolvendo o ser humano.

Havendo conflito entre um direito fundamental qualquer e liberdade científica, a melhor solução será aquela que respeitar a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil.

Qualquer ato do Homem que reflita sobre a pessoa humana deve respeitá-la sem reduzi-la à condição de coisa, retirando dela a sua dignidade.

4.2 Princípios bioéticos básicos

No final da década de 70 e início dos anos 80, surgiram quatro princípios fundamentais na elevação da pessoa humana, que são: princípio da autonomia, beneficência, não maleficência e da justiça.

Surgiram com a finalidade de nortear o desenvolvimento científico e tecnológico. Qualquer questão que viesse a surgir poderia ser solucionada

através de princípios, regramentos básicos para o desenvolvimento da atividade científica.

4.2.1 Princípio da autonomia

Segundo o Professor Marco Segre, autonomia é a capacidade de governar a si mesmo, capacidade de auto-governo. É a possibilidade de o ser, dotado de racionalidade, agir conforme sua determinação e vontade.

Sendo assim, o princípio da autonomia está voltado à relação entre os profissionais da saúde e o paciente, de forma que este deverá ser respeitado em suas vontades e opiniões.

Diniz (2001, p. 15) pontua que:

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.

Assim, o paciente tem direito a consentir ou recusar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados, sendo respeitado em sua vontade.

Ocorre que, os pacientes que recusam tratamento atrelado a convicções religiosas e filosóficas, é um caso diferenciado pelas circunstâncias que os envolvem. Evidentemente, quando o exercício da sua autonomia não envolve interesses de terceiros, não há porque desrespeitá-la. Aqueles que se recusam a receber transfusão de sangue atrelado a convicções religiosas invocam esse princípio para se justificarem. Todavia, cumpre esclarecer que autonomia do paciente não significa individualismo. O homem não vive unicamente para si, mas sim em sociedade, e deve se adequar aos preceitos a ela inerentes. O princípio da autonomia não é absoluto. Se a vontade do enfermo atentar contra a liberdade de atuação do profissional que estudou e se preparou para atingir seu mister, não há razão para que ela impere e se sobreponha a outros direitos.

Desse modo, sempre que possível, a vontade do paciente deve sim prevalecer. Mas, em um caso em que há iminente perigo de vida, não resta alternativa ao profissional senão iniciar o procedimento mesmo contrariando interesses desses religiosos.

Nesse sentido, Muñoz e Fortes (1998, p. 67) lecionam que:

[...] o paciente deve ter clara compreensão que é dever do médico informá-lo sobre os procedimentos propostos, que tem o direito moral e legal de tomar decisões sobre seu próprio tratamento. Deve também compreender que os profissionais não podem iniciar um procedimento sem sua autorização, exceto nos casos de iminente perigo de vida.

É um dos direitos do médico gozar da mais ampla liberdade de diagnosticar e de tratar do paciente segundo a conveniência e oportunidade lhe aprouver. Entretanto, o doente deverá concordar com o procedimento, aceitando ou não o que lhe é proposto.

Ocorre que o paciente obstinado por inscrições proibitivas religiosas, não tem o direito de “querer morrer”, vale dizer, optar por sua morte ao invés de receber determinado procedimento terapêutico. O Homem não é dono de si mesmo. Sendo este urgente e inadiável, deverá ser realizado pelo profissional, já que o paciente se dirigiu até ele na ânsia de ser curado de sua enfermidade.

A decisão caberá sempre aos médicos, preparados que estão para atuar na cura daquele que os procura. Assim como os demais profissionais, aqueles que exercem a Medicina assumem os riscos inerentes à profissão que exercem. Obviamente, se eles realizam uma terapia contra a vontade do paciente, responderão por suas condutas, caso estas sejam injustificadas. Diante da obrigatoriedade de salvar a vida do doente, se eles o deixam morrer sem ter usado os recursos que a Medicina oferece, serão acusados de homicídio culposo, além de serem responsabilizados civilmente.

Portanto, o princípio da autonomia significa respeito à escolha de pacientes, desde que não constituam ameaças à classe médica e à coletividade.

A legislação penal do Brasil protege a vida, punindo aquele que atentar contra ela. Até mesmo aquele que participar da tentativa de suicídio sofrerá reprimenda. Não pune propriamente o autor do suicídio por questões óbvias. Desse modo, seria uma incoerência permitir que prevaleça a vontade do paciente,

permitindo que ele venha a morrer. Todavia, quando não há iminente perigo de vida, sua vontade deverá ser respeitada, posto que não estará optando pela morte.

Os autores acima citados pontuam ainda que “[...] a nossa legislação garante ao cidadão o direito à vida, mas não sobre a vida; ele tem plena autonomia para viver, mas não para morrer”.

Alguns entendem ser temerária a afirmação de que o interesse público deve prevalecer sobre a autonomia do paciente, aduzindo que este princípio perderia a razão de ser, pois a vontade da coletividade substituiria o direito de decisão do paciente. Esta tese não merece prosperar, haja vista que o bem jurídico vida interessa a todos indistintamente, e o ordenamento jurídico não pode permitir que as pessoas dela disponham. Se o interesse da coletividade fosse relegado a segundo plano, absurdamente ocorreriam as mais diversas barbaridades em nome da autonomia do indivíduo. Esta não pode chegar ao ponto de levá-lo ao suicídio, e menos ainda, obriga o médico a compactuar com esta brutalidade contrária aos seus princípios éticos e morais.

Assim, o indivíduo não é absolutamente autônomo. Quando se tem em discussão o bem jurídico vida, a autonomia deve ser relativizada, evitando-se, desta forma, condutas que atentem contra ela.

Ademais, a atuação do médico encontra respaldo no art. 46 do Código de Ética Médica, segundo o qual é vedado a ele:

Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, **salvo em iminente perigo de vida** (grifo não original).

Marcos Segre, comentando a parte final do art. 46 do Código de Ética Médica, dispõe que:

[...] não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente à sua vontade, conforme muitos profissionais querem crer. Trata-se de uma abertura legal que permite a violação do direito do paciente, por parte do médico, de decidir sobre si mesmo, quando ele não veja outro meio de salvaguardar a vida de seu paciente, não se podendo, entretanto, ver nessa exceção uma recomendação ou obrigação a ser seguida. Mesmo porque, agindo ou deixando de agir, o profissional

assumirá plenamente as conseqüências de sua ação, ou omissão, perante a sociedade e a justiça.

Portanto, a intervenção médica sem a autorização do paciente só se justifica nos casos de iminente perigo de vida, em que o profissional colocará em prática todos os meios de que dispõe para salvar o bem jurídico mais valioso que o ser humano detém. Não se trata de uma regra a ser seguida, mas sim uma exceção.

4.2.2 Princípio da beneficência e não maleficência

Segundo Diniz (2001, p. 15):

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. [...] O profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça.

Por outro lado, define o princípio da não-maleficência como sendo “desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional”. Portanto, envolve abstenção, pois implica na obrigação dos profissionais em não provocar prejuízo aos seus clientes.

Ao contrário, o princípio da beneficência requer ação e tem como fundamento garantir ao paciente o seu bem-estar, através dos meios que dispõe as ciências médicas e biológicas para atingir um bom resultado.

Moreira Filho ensina que:

Na relação médico-paciente, tal princípio é de observância contínua e irrestrita, haja vista que o paciente, ao procurar o profissional da área de saúde, busca a cura para o seu mal, e o profissional, por sua vez, tentará empreender todos os esforços para não agravar o mal do paciente e para curá-lo da doença que o aflige (MOREIRA FILHO, Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=2745>>. Acesso em 30/06/06).

Pode ser vislumbrado no Juramento de Hipócrates: *“Usarei o tratamento para o bem dos enfermos, de acordo com minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça”*.

Aparentemente, poder-se-ia pensar em conflito com o princípio da autonomia, haja vista que o juramento hipocrático permite ao médico utilizar-se dos métodos de que dispõe de acordo com o seu julgamento, sem levar em consideração os interesses do paciente. É bem verdade que ao respeitar a vontade do enfermo, o profissional pratica um ato beneficente, porque promove o seu bem-estar e transmite confiança.

Todavia, o juramento de Hipócrates, cuja origem remonta a um contexto histórico bem diferente do atual, deve ser analisado com cautelas. Atualmente, o enfermo é cada vez mais conhecedor dos seus direitos e não assiste pacificamente a atuação do profissional. Pelo contrário, questiona e quer saber detalhes do seu tratamento. Assim, o médico não mais atua de acordo com sua “capacidade e juízo”, fazendo aquilo que bem entender.

Tal qual o princípio da autonomia, o da beneficência também não é absoluto. O profissional, numa ponderação de valores, agindo com prudência e cautela, deverá atuar em benefício daquele que procura seus conhecimentos, não causando danos, prevenindo-os ou retirando os ocasionados.

Assim, nos casos em que, mesmo havendo autorização do paciente, não for o procedimento ético ou juridicamente aceitável, não deverá o médico realizá-lo. Por outro lado, sendo necessária a intervenção médica, diante do iminente perigo de vida, justifica-se a realização do procedimento, mesmo contrariando a vontade do interessado ou de seus responsáveis, com base no princípio da beneficência. A vida é um bem maior, e supera a autonomia.

Nesse sentido, França assim dispôs:

[...] Há situações em que, mesmo existindo a permissão consciente, tácita ou expressa, não se justifica o ato permitido, pois a norma ética ou jurídica pode impor-se a essa vontade e a autorização não outorgaria esse consentimento. Nesses casos, quem legitima o ato é a sua indiscutível necessidade e não a discutida permissão (princípio da não-maleficência).

O mesmo se diga quando o **paciente nega autorização diante de imperiosa e inadiável necessidade do ato médico salvador, frente a um iminente perigo de vida**. Nesses casos estaria justificado o chamado tratamento arbitrário, onde não se argüi a antijuridicidade do

constrangimento ilegal nem se pode alegar a recusa do consentimento. Diz o bom senso que, em situações dessa ordem, **quando o tratamento é indispensável e o paciente se obstina, estando seu próprio interesse em risco, deve o médico realizar, por meios moderados, aquilo que aconselha sua consciência e o que é melhor para o paciente** (princípio da beneficência). (grifo não original). (FRANÇA, Disponível em <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_9.htm>. Acesso em 30/06/06).

Não há conflito entre referidos princípios nos casos em que o médico contraria a vontade do paciente que se recusa a se submeter a determinado tratamento por convicções religiosas. Isto porque não há benefício maior do que promover a vida, não deixar que ela venha a se extinguir, ainda que para tanto se deva violar a esfera íntima do seu titular. Aquele que se sentir violado em sua consciência, por óbvio, somente se permanecer vivo poderá lutar pela sua liberdade e autonomia.

4.2.3 Princípio da justiça

Nas palavras de Diniz (2001, p. 16):

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente.

Tem como base a equidade, ou seja, todas as pessoas devem ter acesso aos cuidados de saúde igualmente, de forma imparcial.

Segundo o Professor Goldim, o princípio da justiça é interpretado através da visão da justiça distributiva, vale dizer, uma distribuição justa do bem e do mal, tratando os semelhantes equitativamente nos benefícios, perdas e obrigações, transformando nossa saúde em uma prática eficiente, equânime e sem injustiças.

5. A AUTONOMIA DO PACIENTE E A RECUSA A TRATAMENTOS ESPECÍFICOS

A autonomia diz respeito à capacidade de se auto-determinar; possibilidade de o indivíduo decidir e se guiar pelos seus objetivos pessoais. Significa a capacidade de reger-se e guiar-se por si mesmo, ou capacidade de agir espontaneamente. Logo, o ser humano é livre para agir ou não, guiado pela razão, com vistas a atender seus próprios interesses. Todos têm autonomia para declarar sua vontade e agir, sempre respeitando a ordem pública e os bons costumes.

Na conceituação de Strenger (1968, p. 2):

A vontade em quaisquer circunstâncias pode ser considerada como uma forma de atividade pessoal que comporta, de maneira praticamente completa, a representação do ato a produzir, ou uma suspensão provisória da tendência a praticar esse ato, intervindo nesse processo o sentimento do valor das razões, que podem determinar ou não o seu cumprimento, ou seja, a decisão de agir ou abster-se dessa ação.

Por outro lado, Rachel Sztajn (2002, p. 25) a define como sendo:

Autonomia, do grego *auto* e *nomos* (próprio e regra, respectivamente), significa a atividade e o poder de dar, a si mesmo, regramento definindo os próprios interesses. Autonomia é, portanto, poder exercido com absoluta independência pelo sujeito. As regras que as pessoas escolhem para disciplinar seus interesses nas relações recíprocas, ou seja, o desenho de um auto-regramento privado é que consiste no que se denomina autonomia privada.

Na órbita do direito civil, a autonomia é vista como a liberdade de atuação do indivíduo nos negócios jurídicos. É a faculdade de atuar lícitamente, sem que haja proibição para a sua conduta. O sujeito pode, de acordo com aquilo que entender conveniente aos seus interesses, contratar com liberdade, regulamentando suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as ou determinando o seu conteúdo.

Na lição de Mota Pinto (1999, p. 89):

A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua conveniência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.

Portanto, o indivíduo tem a liberdade para externar sua vontade, desde que não atue contrariamente à ordem jurídica, desrespeitando a ordem pública.

No campo das ciências médicas ou biológicas, refere-se ao poder de escolher ou optar por determinado procedimento terapêutico, sem que para isso sofra qualquer tipo de restrição, coação ou empecilho. Está ligada à liberdade individual, no sentido de que o paciente, seja qual for o seu tipo de enfermidade, deve ser consultado e respeitado em sua vontade.

Diniz (2001, p. 209) esclarece que:

A autonomia em saúde é o poder de decisão sobre a escolha do médico ou da medida terapêutica admitida, em razão de credo ou não, após um consentimento esclarecido, ou seja, baseado em informação necessária e inteligível e dado por paciente capaz, por parente ou por terceiro indicado. Esse consentimento esclarecido é uma decisão tomada voluntariamente, sem restrições internas ou externas, diante de todas as informações prestadas necessárias ao caso. Exigir tal consenso é promover a autonomia do indivíduo na tomada de decisões com relação a assuntos de saúde e tratamento médico.

O art. 46 do Código de Ética Médica autoriza o médico a efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu paciente legal quando há perigo de vida. Por sua vez, o art. 48 permite que o paciente decida livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, proibindo ao médico exercer sua autoridade de modo a limitar esse direito. Em consonância com o referido dispositivo, o art. 56 veda ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas terapêuticas, mas impõe uma ressalva: *“salvo em iminente perigo de vida”*. Trata-se da única hipótese em que é permitido ao médico efetuar um procedimento sem o consentimento prévio do paciente ou de seu responsável.

Assim, os dispositivos supracitados são claros: somente em iminente risco de vida é que o médico poderá intervir, clínica ou cirurgicamente, contra a vontade do paciente ou de seus familiares.

Além disso, a Resolução n. 1021/80 do Conselho Federal de Medicina aconselha que, num paciente em iminente perigo de vida, cujo salvamento dependa de transfusão de sangue, o médico deve fazê-la, ‘independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis’.

Convém ressaltar novamente que é direito constitucionalmente assegurado a livre escolha e exercício de um credo religioso. Ocorre que uma religião não pode chegar ao ponto de produzir a morte em razão da proibição de determinado tratamento médico. A autonomia do indivíduo não lhe permite ser levado ao suicídio, nem tampouco obriga o médico à convivência com este.

5.1 Iminente perigo de morte

O perigo de morte demanda a urgência de um tratamento, dispensando formalismos. O paciente, periclitando em sua vida, necessita de tratamento imediato, que se não for realizado, poderá levá-lo à morte.

Presente o iminente perigo de morte, o médico deverá atuar de forma rápida, decisiva e inadiável, a fim de evitar que o pior venha a ocorrer.

Não havendo qualquer perigo imediato para a vida do paciente, deverá o médico atender o seu pedido, abstendo-se da realização do ato transfusional, utilizando-se de alguns dos procedimentos alternativos postos à disposição da Medicina.

Alguns autores, como Genival Veloso de França, utilizam a expressão “iminente perigo de vida”, mas a melhor gramática recomenda a utilização da expressão “iminente perigo de morte”. Tecnicamente, não há diferença entre uma e outra.

O citado autor (1975, p. 67) pontua que:

Por iminente perigo de vida compreende-se a situação em que existe uma possibilidade de êxito e que exige uma atuação rápida, decisiva e inadiável, a fim de evitar a morte. A emergência é uma situação de fácil entendimento, não sendo necessário muito apuro para delimitá-la plenamente.

Portanto, se um seguidor de determinada religião recusa transfusão de sangue, quando esse é o único meio capaz de salvar sua vida, fazendo-o escapar da morte, o médico deverá realizá-la.

5.2 Métodos alternativos

O fundamentalismo religioso impulsionou o progresso da Ciência, obrigando os profissionais das áreas de saúde a descobrirem métodos alternativos às transfusões de sangue, buscando atender a autonomia e a liberdade religiosa do paciente.

Sem sombra de dúvidas, o progresso da Medicina foi uma forma de frear a atuação dos médicos, que até mesmo em casos simples procediam à transfusão de sangue desnecessariamente.

Nas hipóteses de cirurgias, como as cardíacas, por exemplo, o médico poderá utilizar outros tratamentos isentos de sangue. Nestes casos, não se vislumbra o iminente perigo de morte, haja vista que o cirurgião terá tempo suficiente para se aparelhar e se preparar para operar o paciente. O médico cauteloso deverá se precaver de todos os perigos, já que não estará diante de uma situação de urgência, com risco de morte ou perigo imediato.

Entretanto, em alguns casos o tratamento alternativo não é suficiente para salvar a vida do enfermo, como nos casos hemorragias agudas, devido à grande perda de hemácias. Além disso, nem sempre é eficiente, e pode não garantir o resultado esperado. Como exemplo, cita-se a hipótese do paciente adentrar gravemente ferido em um hospital, vitimado por um acidente de trânsito, cuja falta de sangue poderá levá-lo à morte em poucas horas.

Nessa esteira, assinala Soriano (2002, p. 119) que “a terapia transfusional só é utilizada quando há risco de vida e a infusão de fluidos e demais terapias alternativas são insuficientes”.

Desta feita, Diniz (2001, p. 210) reconhece que:

Realmente, ***casos existem em que a questão não se resume apenas em usar sangue ou morrer porque há tratamento médico alternativo substitutivo do sangue.*** Por exemplo, a solução de Ringer e o dextrano, que podem ser usados como expansores do volume do plasma. Ante o estágio atual da medicina utiliza-se menos

a transfusão de sangue total, devido à produção de substitutivos do plasma e de fatores de estimulação de medula óssea, como a eritropoietina e a leucopoiética. A eritropoietina, proteína produzida pelos rins, aumenta o número de glóbulos vermelhos a um nível suficiente para eliminar a transfusão no pós-operatório. Tal proteína é inoculada no paciente diariamente, durante 3 ou 4 semanas, antes da cirurgia, por via endovenosa ou subcutânea. ***Esse tratamento, além de ser caro e demorado, pode falhar, levando à produção insuficiente de glóbulos vermelhos e requerendo a transfusão de sangue*** (grifo não original).

Buscando alternativas para solucionar o problema daqueles que não aceitam transfusão de sangue por motivos religiosos, em novembro de 1997 foi colocado em circulação no Canadá, e posteriormente, em 1999, traduzido no Brasil, um apêndice descrevendo alternativas farmacológicas, técnicas médicas e cirúrgicas sem sangue, que muito contribuiu para o tratamento desses pacientes especiais.

Enfim, há uma série de tratamentos e métodos alternativos isentos de sangue, dentre os quais serão destacados alguns deles. Entretanto, cumpre ressaltar que, do mesmo modo que a transfusão sangüínea, eles não são 100% seguros e eficientes. Os riscos continuam existindo, visto que estão associados a qualquer procedimento médico. Ademais, deverá ser analisado se eles são cabíveis naquele caso específico, não colocando em risco a vida do paciente. A demora ou um tratamento ineficaz pode ser fatal.

5.2.1 Eritropoietina humana recombinante

Trata-se de um hormônio humano natural capaz de ativar a produção de hemácias, podendo ser administrado antes, durante ou depois do tratamento médico ou cirúrgico. Além disso, pode ser usado em pacientes vítimas de câncer que recebem quimioterapia ou para tratar a anemia em pacientes portadores de insuficiência renal crônica. Juntamente são aplicados o ferro e outros hematínicos com a finalidade de dar suporte à produção de hemácias, estimulada pela eritropoietina.

Importante a informação de Canini (2004, p. 53):

Em pacientes politraumatizados, por exemplo, ocorrem hemorragias importantes com relativa frequência, mas estas situações escapam do perigo desde que haja transfusão de sangue ou derivados. Nos pacientes hemorrágicos e Testemunhas de Jeová a situação se complica quando enormemente, pela impossibilidade de transfusão de sangue. A eritropoietina vem sendo usada por diferentes autores para induzir um aumento rápido nos níveis de hemoglobina em tais pacientes.

E ainda, segundo a citada autora, como este fármaco promove um sensível aumento da massa sangüínea, é utilizado inclusive nas situações clínicas de auto risco.

5.2.2 Fator recombinante estimulador de colônias de granulócitos e macrófagos

O paciente com câncer que recebe tratamento tem reduzido o seu número de leucócitos, deixando-os muito frágeis e suscetíveis a infecções, o que demanda o fim do tratamento.

O fator recombinante estimulador de colônias de granulócitos é um fármaco cuja forma biossintética é composta de um hormônio natural que estimula a produção de um tipo específico de leucócito na medula óssea (neutrófilo), sendo este capaz de combater a infecção.

O fator recombinante estimulador de colônias de granulócitos e macrófagos ativam a produção de uma serie de leucócitos que combatem a infecção.

5.2.3 Interleucina-11 recombinante e trombopoetina recombinante

Devido ao baixo nível de plaquetas, essenciais ao processo de coagulação sangüínea, os pacientes com câncer podem exigir o fim do tratamento, por estarem mais suscetíveis de complicações.

A interleucina-11, geneticamente produzida, é uma forma de um hormônio humano que estimula a produção de plaquetas pelo corpo. Por exemplo, a quimioterapia é um tratamento que prejudica sensivelmente o desenvolvimento de plaquetas.

A trombopoetina recombinante, hormônio humano natural, também estimula a produção de plaquetas, e por isso mesmo tem seu efeito análogo à eritropoetina na produção de hemácias. Tem ajudado no tratamento de pacientes com câncer.

5.2.4 Ácido aminocapróico, ácido tranexâmico

São medicamentos que promovem a coagulação.

O ácido aminocapróico é um fármaco coagulante que inibe ou faz cessar a decomposição de coágulos sangüíneos. É eficaz nos diversos quadros de hemorragias, inclusive nas cirurgias cardíacas, oncologia, obstetrícia, ginecologia, transplante, cirurgia ortopédica, traumas e distúrbios hematológicos.

O ácido tranexâmico também é um coagulante que reduz ou cessa a decomposição dos coágulos sangüíneos. É mais potente do que o ácido aminocapróico.

5.2.5 Expansores do volume do plasma isentos de sangue

Podem ser administrados em casos de urgência às pessoas gravemente feridas, seja qual for o tipo sangüíneo, em razão da perda aguda de sangue. São fluídos sintéticos utilizados para substituir temporariamente o volume do plasma, manter a pressão sangüínea e melhorar a circulação.

São expansores do volume do plasma os cristalóides e os colóides. Os primeiros são fluidos intravenosos compostos de água, sais e açúcares, utilizados para manter o volume circulatório do sangue no corpo.

Os colóides são fluidos intravenosos compostos de água e pequenas partículas de proteínas (que não se dissolvem na água) e outros elementos. Servem para manter os níveis de proteína sangüínea que estabilizam o equilíbrio dos fluídos e o volume circulatório no corpo.

5.2.6 Instrumentos cirúrgicos hemostáticos

São fundamentais na conservação do sangue na cirurgia e podem ser utilizados tanto nas cirurgias minimamente invasivas (operações realizadas com instrumentos especializados inseridos através de pequenas incisões, diminuindo o sangramento e o trauma da cirurgia para o corpo) ou nas convencionais a céu aberto. Por reduzirem o sangramento, permitem uma maior visibilidade devido ao campo cirúrgico mais seco, facilitando o manejo reduzido dos tecidos. Por essa razão, podem abreviar o tempo de cirurgia bem como reduzir a exposição da equipe médica ao sangue.

Dentre eles, destacam-se os eletrocautérios, as eletrocirurgias, os *lasers* e os coaguladores com raio de argônio.

Os eletrocautérios são instrumentos em que se usa corrente elétrica para aquecer um tratamento ou sonda de tratamento a fim de cauterizar os capilares e as pequenas artérias, permitindo uma diminuição da perda de sangue durante a cirurgia.

As eletrocirurgias constituem-se em passagens de corrente elétrica de alta frequência pelos tecidos, cortando-os e fazendo coagular o sangue.

Os *lasers*, similares ao eletrocautérios, ao mesmo tempo em que cortam e vaporizam, coagulam uma área visada sem perturbar o tecido contíguo, concentrando o calor nos casos que sangram. São aplicados na urologia, ginecologia, otorrinolaringologia, ortopedia, neurocirurgia, estética e cirurgia torácica. Associados a alguns fármacos, são utilizados também para o tratamento de certos tipos de câncer.

O coagulador com raio de argônio é um instrumento cirúrgico que serve para conduzir corrente elétrica de alta frequência até os tecidos que sangram, causando um trauma mínimo a eles e reduzindo o risco de hemorragia pós-operatório. O fluxo de argônio é um gás incolor, inodoro e inativo, que realça a visibilidade da cirurgia, e ao mesmo tempo, diminui o manejo de tecidos e o tempo de exposição do médico ao sangue.

5.2.7 Recuperação intra-operatória do sangue

Também denominada autotransusão, consiste na recuperação de parte do sangue exalado de uma ferida, o qual será lavado e filtrado pelo equipamento e em seguida reinfundido no paciente. A reinfusão pode ser feita continuamente durante a cirurgia.

Segundo Marini:

[...] O sangue pode ser desviado do paciente para um aparelho de hemodiálise ou para uma bomba coração-pulmão. O sangue flui para fora através de um tubo até o órgão artificial que o bombeia e filtra (ou oxigena) e daí volta para o sistema circulatório do paciente (MARINI, Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>>. Acesso em 29/06/05).

Portanto, trata-se do processo de reintrodução do sangue do próprio indivíduo. Não contém os efeitos adversos das transfusões, já que na autotransusão o paciente recebe o seu próprio sangue, que é reinfundido.

5.2.8 Recuperação pós-operatória do sangue

Em algumas cirurgias, a perda de sangue no pós-operatório é superior às perdas intra-operatórias de sangue. O sangue que é derramado após o procedimento cirúrgico pode ser recolhido através de um tubo de drenagem, e em seguida será processado e devolvido ao paciente.

5.2.9 Hemodiluição e sequestração de componentes autólogos

A hemodiluição é uma técnica onde várias unidades de sangue são coletadas do paciente antes da cirurgia, e substituída por um expensor de volume do plasma, sem sangue. Apesar dessa diluição, o paciente ainda vai contar com hemácias suficientes para transportar oxigênio pelo corpo. O sangramento durante a cirurgia continua o mesmo, mas ele conterà menos hemácias, porque o

sangue do paciente sofreu diluição. Terminado o procedimento cirúrgico, o sangue pode ser devolvido ao paciente.

Na sequestração de componentes autólogos, procedimento semelhante à hemodiluição, o sangue é coletado antes da cirurgia e separado em seus componentes (hemácias, plaquetas e plasma).

5.3 Riscos inerentes às transfusões de sangue

Durante muito tempo se discutiu sobre quão seguras eram as transfusões de sangue. Vários mitos foram ditos a respeito do assunto, e que hoje, graças às modernas técnicas médicas e biológicas, alguns deles foram superados.

Primeiramente, reconhece-se que elas eram utilizadas em excesso e desnecessariamente. A posição dos que recusam esse tipo de tratamento foi uma forma de limitar o uso das transfusões. Muitas vezes, casos simples eram tratados com sangue transfundido.

É bem verdade que as transfusões não são 100% seguras. Isto porque todo procedimento médico, por mais simples que seja, contém riscos. Todavia, embora não tenham o caráter salvador que muitos imaginam não se pode negar que muito se tem evoluído com esse sistema.

A própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), agência reguladora destinada a promover a saúde da população brasileira, através da Resolução RDC nº 153 de 14 de junho de 2004, reconhece os riscos das transfusões ao dispor que:

a.1 - **Toda transfusão de sangue traz em si um risco**, seja imediato ou tardio, devendo, portanto, ser criteriosamente indicada.

a.9 - **A transfusão de sangue e componentes deve ser utilizada criteriosamente**, tendo em conta que **é um procedimento que não está isento de riscos**. Sua indicação poderá ser objeto de análise pelo serviço de hemoterapia” (grifo não original).

Como visto, atualmente há certo rigorismo por parte autoridades sanitárias, as quais, dentre outras providências, tornaram mais rigorosas as seleções de doadores de sangue, exigindo que os exames fossem mais abrangentes. E ainda, informam que as transfusões de sangue não podem ser indiscriminadamente

recomendadas, haja vista os riscos a elas inerentes. Além disso, exigem que todas as doações de sangue sejam testadas para as hepatites virais, AIDS, febre amarela, leishmaniose, doença de Chagas, sífilis, dentre outros vírus.

Essa preocupação pode ser confirmada por Diniz (2001, p. 194):

Clínicas e médicos hematologistas responderão civilmente se não fizeram testes no sangue coletado para detecção dos vírus da hepatite B, AIDS, febre amarela, salmonelose, doença de Lyme, leishmaniose, tifo, brucelose, sífilis, doença de Chagas etc., devendo reparar, na medida do possível, o dano causado na hipótese de transfusão de sangue contaminado aos pacientes.

Aliás, essas são as finalidades dos Bancos de Sangue, os quais se destinam à coleta do material e à análise respectiva, fornecendo-o posteriormente para ser transfundido em pacientes necessitados, e oferecendo o mínimo possível de risco ao receptor. Quanto mais apurados e rigorosos forem os testes feitos pelos Bancos de Sangue, menores os riscos de transmissão de doenças aos receptores através das transfusões.

Em razão do avanço nas técnicas de triagem do sangue, as transfusões são mais seguras do que nunca. Entretanto, tal não significa que elas estão isentas de riscos para o receptor, que podem sofrer reações alérgicas, contrair infecções virais, como a temível AIDS ou hepatite, infecções bacterianas, como por exemplo, a tifo, a sífilis ou a leishmaniose.

Os médicos estão cientes desses riscos e somente prescrevem as transfusões quando não existe alternativa para salvar a vida do paciente.

No caso da AIDS, síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo, desencadeando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, há um problema: ela tem um período de latência. Vale dizer, o indivíduo pode doar sangue sem saber que está infectado, já que em um primeiro momento, não seria possível detectar a presença do vírus transmissor da patologia, pois o mesmo se manifesta após alguns meses.

Nesse sentido, Paulo Sérgio Leite Fernandes dispõe que:

Há, entretanto, um perigoso período de latência da moléstia. Após infecção, podem passar-se meses até que os anticorpos sejam detectados. Assim, doando sangue,

os testes silenciariam quanto a resultados positivos. Conclua-se: testes negativos nem sempre podem ser entendidos como atestados de boa saúde.

A Associação Torre de Vigia (1990, p. 12) traz a seguinte informação:

[...] Depois de uma pessoa ser infectada, podem decorrer meses até que comece a produzir anticorpos detectáveis. Tal pessoa, sem se dar conta de que abriga o vírus, poderia doar sangue que daria resultado negativo nos testes.

Entretanto, convém ressaltar que além dos exames para se detectar as possíveis infecções, são feitas entrevistas com o doador, culminando com uma rigorosa seleção. Os candidatos a doadores são questionados sobre os fatores de risco de AIDS (p. ex., se eles ou seus parceiros sexuais fizeram uso de drogas injetáveis ou se mantiveram relações com um homem homossexual, se seus pais são portadores do vírus HIV etc.), o que torna mais difícil a possibilidade de contaminação através de uma transfusão sangüínea.

Além disso, Diniz (2001, p. 206) defende alguns cuidados que devem ser observados:

[...] As bolsas de coleta, os anticoagulantes usados para preservação e armazenamento do sangue e hemoderivados e os reagentes utilizados para testes em amostras de sangue devem ser licenciados pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), através de sua Divisão de Medicamentos (Dimed). O sangue coletado para finalidade terapêutica deverá ser submetido não só a testes pelo hemocentro, para evitar riscos ao receptor, mas também a fracionamento, a fim de que se possam obter componentes, possibilitando que uma unidade doada seja usada por inúmeros pacientes. O sangue total fica reservado para tratamento de hemorragia aguda intensa, podendo ser substituído por concentrado de hemácias mais plasma, desde que precedido de prova de compatibilidade sangüínea. Convém lembrar, ainda, que o sangue e seus componentes derivados deverão ser manipulados com cuidado para descartar agentes infecciosos. Além disso, os órgãos executivos da atividade hemoterápica devem ter um rigoroso programa de controle de qualidade do sangue, fazendo com que os bancos cumpram as normas do Ministério da Saúde e efetuem testes sorológicos para evitar a transmissão da AIDS e exames de laboratório no sangue coletado para prevenir a propagação de doenças transmissíveis por transfusão de sangue, como sífilis, hepatite B, malária, mal de Chagas etc.

Em razão desses cuidados, o risco de o receptor contrair doenças infecciosas através de uma transfusão de sangue é muito baixo.

Ademais, os Bancos de Sangue ou serviços de hemoterapia responderão objetivamente pelos danos que causarem aos receptores, sem necessidade de verificação de culpa por parte dos seus agentes.

Nesse sentido, a autora acima citada (2001, p. 207) defende que:

[...] **Haverá responsabilidade civil objetiva dos bancos de sangue e dos serviços de hemoterapia** por danos causados pela: a) utilização de sangue inadequado ou contaminado. O sangue coletado que apresentar prova laboratorial de contaminação não pode ser usado; b) distribuição de sangue, seus componentes ou hemoderivados em condições impróprias; c) omissão de testes sorológicos no sangue coletado para detecção de anticorpos do vírus da AID; d) seleção de doadores sem prévia inscrição identificadora ou realização de triagem clínica e hematológica; e e) aceitação de doador sem condições clínicas ou hematológicas. Esta é a nossa opinião, por vislumbrarmos aqui uma obrigação de resultado, pois, se fosse de meio, aplicar-se-ia o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (grifo não original).

Os Bancos de Sangue procedem a uma análise verificando se os possíveis doadores estão em boas condições de saúde. Checa-se o pulso, a pressão arterial e a temperatura e um exame de sangue é feito para se constatar a existência ou não de anemia. Passa-se a um questionário para analisar se os doadores apresentam ou apresentaram hepatite, cardiopatia, câncer (exceto a determinados tipos, como o câncer de pele localizado), asma grave, malária, distúrbios hemorrágicos, a AIDS ou a possível exposição ao seu vírus. Essas condições podem desqualificar o indivíduo de forma permanente, ou seja, não mais poderá doar sangue. Por outro lado, podem desqualificar temporariamente o possível doador as seguintes circunstâncias: exposição à hepatite, a gravidez, uma cirurgia recente de grande porte, a hipertensão arterial mal controlada, a anemia ou uso de certos medicamentos.

Aliando todos esses cuidados com a extrema necessidade de realização da terapia transfusional, dificilmente ocorrerá uma contaminação. A maioria das transfusões atinge seu objetivo.

Quanto às reações adversas, os profissionais de saúde tomam algumas precauções, como por exemplo, observar o receptor durante os primeiros quinze minutos. Em ocorrendo algum transtorno, há tempo suficiente para interromper a transfusão e tomar as medidas necessárias. Muito raramente ocorrem as reações fatais e graves. As mais comuns são febre, prurido, edema, tontura, cefaléia, erupção cutânea e prurido.

6. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A posição daqueles que recusam tratamento médico por convicções religiosas, sem sombra de dúvidas, coloca os médicos em uma dramática situação. Discute-se se o profissional, entendendo estar agindo conforme sua formação direcionada a salvar vidas, proceder à necessária terapia, mesmo contra a vontade do paciente ou de seus familiares, seria responsabilizado civil e penalmente.

É o que será debatido a seguir.

6.1 Responsabilidade civil

Trata-se da obrigação imposta a alguém de reparar, em regra pecuniariamente, o dano que tenha causado a outro.

Diniz (2003, p. 36) assinala que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Tem como pressupostos a ação ou omissão do agente que produz conseqüências jurídicas, dano patrimonial ou moral (prejuízo material ou psíquico sofrido pela vítima), nexos de causalidade entre a ação e o dano. Além desses três elementos, há um quarto, qual seja a culpabilidade (dolo ou culpa em sentido estrito), que pode variar conforme a modalidade em que se inserir (subjetiva ou objetiva). Esses requisitos devem estar conjugados, sob pena de cair por terra o dever de reparar.

A responsabilidade civil se classifica em objetiva ou subjetiva. A primeira tem no elemento culpa (incluindo o dolo) o seu fundamento primordial. Ou seja, para nascer à obrigação de indenizar, inevitavelmente deverá estar comprovado que o agente atuou culposa ou dolosamente. Por outro lado, a responsabilidade objetiva dispensa o elemento culpa, bastando que haja o dano para que haja a reparação. De acordo com o art. 927, parágrafo único, a responsabilidade objetiva

decorre de lei expressa ou da natureza da atividade. Vale dizer, essa responsabilidade sem culpa somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize; na ausência desta, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro.

Entretanto, na atividade médica prevalece a responsabilidade subjetiva, ou seja, o médico só responderá se agiu culposamente em razão não apenas do arts. 186 ou 951 do Código Civil, mas também do disposto no parágrafo 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Nery Júnior e Nery (2006, p. 289) conceituam a culpa como sendo “ação (ato comissivo) ou omissão (ato omissivo) de que resulta o advento de conseqüências que prejudicam outrem, conseqüências essas imprevisíveis, mas previsíveis”.

E continuam os aduzidos autores (2006, p. 289) que:

O ato ilícito descrito no CC 186 enseja a reparação dos danos que ensejou, pelo regime da responsabilidade subjetiva, sendo requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) o dolo ou a culpa do agente causador do dano.

Sendo assim, o profissional liberal comete ato ilícito quando age com culpa, atuando com imprudência, negligência ou imperícia.

O médico negligente é aquele que atua sem cuidados, com falta de atenção, desleixo. É imprudente quando procede precipitadamente, ou sem prever as conseqüências de sua ação. Por sua vez, a imperícia se caracteriza pela inexperiência no desempenho de sua função, inabilidade técnica para desempenhá-la.

Nesse palmilhar, interessante a decisão jurisprudencial trazida à baila por Nery Júnior e Nery (2006, p. 640):

Médico. Negligência profissional. Comete ato ilícito o profissional que, fugindo aos preceitos de sua arte e às cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde de seus clientes, causa-lhes, por meio de tratamento cientificamente condenado, malefícios físicos e morais, como, v.g., deformação fisionômica (RT 180/178).

Kfouri Neto (2002, p. 92) diferencia ambas as formas de exteriorização da conduta culposa:

A **negligência** médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo.

Na **imprudência** há conduta comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela.

Imperícia é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão.

Por outro lado, a doutrina diferencia a obrigação contratual da obrigação extracontratual (esta última também é conhecida como responsabilidade aquiliana). A primeira está fundada no art. 389 do Código Civil, e se dá quando entre o causador do dano e a vítima preexiste um vínculo contratual. Deriva de um contrato onde uma das partes não cumpre a obrigação contraída. O descumprimento faz presumir a culpa, porque basta à vítima provar o descumprimento do contrato. Na obrigação extracontratual inexistente este vínculo, já que a mesma tem origem nas relações sociais. Fundada no art. 186 do Código Civil, não há necessidade de contrato para que haja responsabilização por transgressão de um dever de conduta, obrigando o agente a ressarcir o dano. A fim de manter a vida em comum, há uma regra implícita na vida em sociedade: não causar danos a outrem, caso contrário, ter-se-á o dever de indenizar, reparar o ato ilícito praticado e o prejuízo dele decorrente.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2000, p. 26) pontua que:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é conseqüência 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.

Assim, a obrigação de reparar o dano vem de duas situações básicas: do ato ilícito e do não cumprimento de um contrato. Na prática, basta à transgressão de um dever de conduta, com ou sem negócio jurídico, para ser obrigado a ressarcir o dano.

Nesse diapasão, Venosa (2004, p. 114) esclarece que:

[...] Inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato.

Em regra, a responsabilidade civil do médico é contratual. Isso porque o paciente escolhe o médico com o qual quer se tratar, contratando uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia. Nesse caso, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. Excepcionalmente, entretanto, o médico pode incorrer em responsabilidade extracontratual, já que é possível acontecer que a prestação profissional ocorra em situação de emergência, sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontade entre o paciente e o médico.

Nem sempre estará nitidamente demonstrada a convenção entre as partes, como no caso em que o paciente adentra gravemente ferido em um hospital, correndo risco de vida, vitimado por um acidente. O médico deverá prestar assistência nos casos urgentes e graves, sob pena de responder pelo crime de omissão de socorro na esfera penal.

Segundo o autor acima citado (2004, p. 118):

Nos casos de atuação do médico em situações de urgência, com iminente perigo de vida, quando o médico age em atenção a seu dever inarredável de auxiliar o próximo, não temos de falar em consentimento. Não se estabelece contrato.

Na mesma esteira, continua Cavalieri Filho (2000, p. 272):

A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como, por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se

recusa a atender ao paciente nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas etc.

Havendo culpa,nexo de causalidade e dano, tanto numa quanto na outra poderá estar configurada a obrigação de indenizar.

A doutrina, na análise dos tipos de contrato, costuma diferenciá-los em contratos de meio e contratos de resultado. Em regra, os contratos entre médicos e pacientes provoca obrigação tipicamente de meio e não de resultado, haja vista que o médico não se compromete a atingir a cura, mas se dispõe a empregar todos os conhecimentos e técnicas que dispõe para alcançá-la. Todavia, excepcionalmente, em se tratando de certos casos de cirurgia plástica (como na cirurgia meramente estética, e não reparadora, já que nesta nem sempre é possível ao profissional eliminar completamente o defeito, constituindo-se, portanto, obrigação de meio), a obrigação é de resultado, pois o médico se compromete a melhorar a aparência do paciente, corrigindo alguma imperfeição física.

Segundo Cavalieri (2000, p. 273):

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Logo, o médico não fica obrigado a restituir a saúde ao enfermo, mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo. Sendo assim, para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de sua função que venham a causar danos aos seus clientes em conseqüência de sua atuação profissional, não produzindo os efeitos esperados, é necessário que reste provado que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou dolo (culpa *lato sensu*).

O referido autor (2000, p. 273) aduz que:

[...] a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

Portanto, para que nasça o dever de indenizar, necessário estar presente a culpa vista em sentido amplo. Aliada a esta, deverá haver o dano causado e o nexo de causalidade entre o dano e a ação culposa. Se qualquer uma dessas circunstâncias faltar, cai por terra o dever de reparar, sob a ótica da responsabilidade subjetiva.

6.1.1 A recusa a determinado tratamento médico

O médico que, agindo em consonância com os ditames de sua ciência, direcionada a salvar vidas, realizar uma transfusão sangüínea contrariando a vontade do paciente ou de seus familiares, não pode ser responsabilizado civilmente. O dever de indenizar surge quando o agente atua ilicitamente, violando o ordenamento jurídico. O profissional que age com dolo ou culpa só poderá ser responsabilizado civilmente, seja por dano moral ou material, se pudesse ter procedido de outro modo, no caso aplicando tratamento alternativo que não o hemoterápico. Se o médico procede à transfusão para afastar o iminente risco de vida, estará agindo licitamente, de modo que não poderá ser responsabilizado.

É o que leciona Kfoury Neto (2002, p. 176):

Entendemos que em nenhuma hipótese poder-se-ia buscar a reparação de eventual dano – de natureza moral – junto ao médico: se este realizasse, por exemplo, a transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de seu responsável – provado o grave e iminente risco de vida; se não a realizasse, diante do dissenso consciente do paciente capaz, seria impossível atribuir-lhe culpa.

O profissional atua amparado por uma excludente de responsabilidade, que o isenta de arcar com os ônus decorrentes de um eventual resultado danoso.

Trata-se do chamado estado de necessidade de terceiro, em que a lei considera justificável o ato praticado, eximindo o agente da reparação de eventuais danos provocados.

Confirmando o exposto, Lisboa (2002, p. 254) conceitua estado de necessidade de terceiro como sendo “a situação em que o sujeito viola direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito de terceiro”.

Portanto, não obstante o religioso que recebeu a transfusão se sinta violado em sua esfera íntima, prejudicado moralmente, não poderia o médico sofrer responsabilização jurídica. Isso porque este profissional não atua com o dolo específico de lesá-lo, mas ao contrário, busca afastar um perigo de morte, fazendo-o através de meios moderados.

O Conselho Federal de Medicina, segundo o autor acima mencionado (2002, p. 174), orienta os profissionais no seguinte sentido:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo ao Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1º Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O médico que realiza um procedimento cirúrgico contra a vontade do paciente ou de seus familiares atua com vistas a salvar a vida daquele que recebe os seus cuidados, evitando causar um dano irreparável: a morte.

É muito comum que os familiares pressionem os médicos a procederem de maneira diversa, invocando seus princípios religiosos. Chegam, inclusive, ao absurdo de assumir a responsabilidade da morte, caso esta venha a ocorrer. Entretanto, ao final quem assina o atestado de óbito é o médico e ele próprio é quem enfrenta a família para explicar como o paciente faleceu. Não realizando o tratamento necessário e indispensável para manter a vida do doente, o médico poderá até escapar da responsabilidade civil, mas certamente sofrerá uma ação penal, conforme será explicitado mais adiante.

De outra banda, sobrevivendo à morte do paciente transfundido e contrariado em sua vontade, o médico também não poderá ser responsabilizado civilmente, haja vista que a obrigação é de meio e não de resultado, de tal forma que ele emprega todos os meios necessários para atingir a cura, procedendo conforme

orienta a sua ciência. Todavia, provado que a transfusão não poderia de forma alguma ser ministrada no paciente, e que a mesma foi fatal a ele, configurando erro médico, poderá sim ser responsabilizado juridicamente, desde que presentes os demais elementos da responsabilidade civil.

6.2 Responsabilidade penal

O médico que não realiza uma transfusão de sangue, sendo esta necessária e indispensável para manter a vida do paciente, alegando impedimento por parte deste ou de seus familiares, poderá ser responsabilizado pelo crime de omissão de socorro, com previsão expressa no art. 135 do CP. Ao contrário, não configura constrangimento ilegal, crime este tipificado no art. 146 do diploma penal, quando presente o iminente perigo de vida e sendo o tratamento imprescindível.

Esse dilema será então enfrentado sob o aspecto jurídico-penal.

6.2.1 Omissão de socorro

O médico que, atrelado a convicções religiosas do seu paciente, se omitir de realizar uma transfusão de sangue a uma pessoa ferida, em iminente perigo de vida, responderá pelo delito de omissão de socorro, tipificado no art. 135 do CP: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à **pessoa inválida ou ferida**, ao desamparo ou **em grave e iminente perigo...**” (grifo não original). No tipo simples, o Código Penal comina a pena de detenção, de um a seis meses, ou multa. Entretanto, se da omissão de socorro resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é aumentada de metade; se o sujeito vem a óbito, é triplicada (parágrafo único).

O sujeito ativo do crime de omissão de socorro pode ser qualquer pessoa, pois não exige uma qualidade pessoal do autor. Entretanto, no caso do médico, este tem o dever específico de prestar assistência, transfundindo sangue se necessário for, caso não haja outro tratamento alternativo possível de ser ministrado e haja iminente perigo de vida para a vítima.

Portanto, se o médico, em razão da crença de seu paciente ou dos responsáveis deste, deixar de ministrar uma transfusão de sangue, quando esta é indispensável, vindo paciente a morrer, cometerá o crime de omissão de socorro tipificado no art. 135 do CP.

Nesse sentido, Constantino propugna que:

[...] Se uma pessoa pertencente a tal seita entrar em um hospital, estando em grave e iminente perigo de vida ou saúde, e o médico deixar de prestar-lhe assistência (no caso, de aplicar-lhe transfusão de sangue), responderá pelo crime de omissão de socorro, simples ou qualificado pela lesão corporal grave ou morte (conforme for o caso concreto), ainda que a pessoa ou seus parentes não queiram tal tratamento (CONTANTINO, Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm>>. Acesso em 03/04/06).

Por outro lado, há quem entenda que os direitos garantidos constitucionalmente não podem estar subordinados a nenhuma outra norma legal, de modo que os dispositivos do Código Penal têm de ser inferiores às garantias da Constituição. Sendo assim, segundo esse posicionamento, o art. 135 do diploma penal não pode ser o fundamento para se impor forçadamente uma transfusão de sangue.

Entretanto, predomina o entendimento, principalmente nos tribunais, de que a vida é um bem maior, sendo inclusive importante objeto de tutela do Direito Penal. É bem verdade que a Constituição garante outros direitos fundamentais, mas que na prática devem ser relativizados para que não ocorram as mais variadas brutalidades em nome desses direitos.

O acórdão do juiz Marrey Neto, citado por Kfoury Neto (2002, p. 175), manifesta o seguinte posicionamento:

[...] A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, egoisticamente, e a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais na expressão literal de seu texto, a perigo direto e iminente [...] Uma vez comprovado efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue”.

Desse modo, consagra-se a vida como o valor maior de todos e do qual o ordenamento jurídico brasileiro não permite que as pessoas disponham. Tanto é assim que não se permite o suicídio e a eutanásia. Vale dizer, é inadmissível a renúncia à vida, bem jurídico indisponível.

6.2.2 Constrangimento ilegal

O art. 146 do Código Penal dispõe que:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Esse dispositivo protege a liberdade de autodeterminação. Logo, o indivíduo é livre para fazer o que bem entender, sem que para atingir seus objetivos venha a sofrer qualquer forma de coação. É corolário do art. 5º, II, da Constituição Federal: *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Qualquer violação ou exposição a perigo da manifestação de liberdade se enquadra no delito previsto no art. 146 do CP.

Todavia, essa liberdade não pode ser vista como absoluta, haja vista que a sociedade reclama o respeito aos direitos de outras pessoas. Buscando sempre uma convivência harmoniosa, a liberdade individual sofre restrições frente ao interesse da coletividade.

Nesse sentido, França (1975, p. 64) elucida que:

[...] Estando à liberdade juridicamente assegurada, não pode ela ser tolerada e uma maneira total e absoluta. Quando essa liberdade começa a conflitar-se com a liberdade de outro ou com as exigências naturais impostas pelo grupo social, aí começam algumas de suas restrições. A liberdade do homem o faz um ser harmônico na vida social. Fora dessa situação torna-se ela um crime.

Assim, é por essa razão que alguns dispositivos legais prevêem restrições aos direitos dos cidadãos, procurando sempre atender os interesses da coletividade como um todo.

Reza o parágrafo 3º do art. 146, CP:

§ 3º Não se compreendem na disposição desse artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, **se justificada por iminente perigo de vida** (grifo não original).

Logo, buscando proteger o interesse coletivo, garantindo a vida ao paciente, esse dispositivo prevê como lícita a conduta do médico que, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, realiza uma transfusão de sangue, perante o efetivo risco de vida. Logo, sua conduta, ainda que contrária ao interesse do enfermo ou de seus familiares, justifica-se quando presente o iminente perigo de vida.

Nesse palmilhar, Borges (2005, p. 202) pontua que:

O consentimento livre e esclarecido do paciente quanto ao tratamento só será dispensável se for impossível a tomada desse consentimento, como nos casos em que o paciente chega ao médico em estado de inconsciência ou sem condições de se manifestar. Se, nesse estado, o paciente corre risco de vida, o médico tem o dever de submetê-lo a tratamento. Tanto que o Código Penal, no art. 146, § 3º, I, exclui a ilicitude de tal procedimento, não considerando crime de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de representante legal, ***se a intervenção for justificada por iminente perigo de vida.*** Assim, a licitude está afastada, na ausência de consentimento, apenas ***quando o paciente se encontre em perigo de vida e a intervenção seja a única forma de tentar evitar sua morte.*** Em todos os outros casos, o consentimento é necessário. (grifo não original)

Luiz Vicente Cernicchiaro, citado por Soriano (2002, p. 123), afasta a responsabilidade penal do médico:

Em decorrência não configura constrangimento ilegal (compelir, mediante violência, ou grave ameaça, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigado por lei) compelir médico a salvar a vida do paciente de perigo iminente e promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim. Aliás, cumpre fazê-lo, presente a necessidade. O profissional da medicina (em qualquer especialidade) está submetido ao Direito brasileiro. Tanto assim que as normas de ontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante ser adepto de ‘Testemunha de Jeová’, antes de tudo, precisa-se cumprir a legislação vigente no país.

A vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo considerado isoladamente. É questão de ordem pública manter a vida do paciente sob qualquer custo. Desse modo, havendo iminente perigo de vida, o médico não só pode como deve intervir, buscando salvar o bem jurídico mais importante que detém o sujeito. Ressalte-se, se não houver iminente perigo de vida para o indivíduo, ou se houver tratamento alternativo passível de ser a ele ministrado, então o médico deverá respeitar o credo religioso do indivíduo.

Trata-se do elemento que exclui o delito, denominado pela doutrina como estado de necessidade de terceiro. Com efeito, o médico atua com vistas a evitar um dano irreparável ao seu paciente: a morte.

Nessa esteira, importante a lição de Prado (2004, p. 284):

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). Há conflito entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor.

Por outro lado, contrariando esse entendimento, Pierangeli (1995, p. 185) defende que para a realização do tratamento médico é necessário o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de prestá-lo. Segundo ele, ainda que o sujeito esteja em estado grave e periclitando em sua vida, necessário se faz o seu consentimento para que o médico possa aplicar a intervenção cirúrgica. Nas palavras do autor:

[...] O que torna lícita a conduta do médico é a vontade do paciente em se submeter a um tratamento, ou, por outras palavras, é a autodeterminação do paciente em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de conseqüências lesivas para ele, conseqüências estas ínsitas no tratamento.

Entretanto, é irrelevante o consentimento do enfermo quando sua vida está diante de perigo imediato ou risco remoto de morte. A vida tem caráter indiscutível, ao passo que os preceitos religiosos pressupõem interpretações duvidosas. Desse modo, seria uma incoerência um pensamento religioso permitir que esse importante bem jurídico venha a se perder.

7. MENORES DE IDADE

Toda pessoa é dotada de capacidade de direito, ou seja, é a capacidade de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Entretanto, nem todos os homens são detentores da capacidade de fato ou de exercício, que nada mais é senão a aptidão para pessoalmente exercer esses direitos. O indivíduo que tem a capacidade de direito e capacidade de fato, detém a capacidade plena.

Nesse sentido, Venosa (2002, p. 148) ensina que:

[...] Se a capacidade é plena, o indivíduo conjugava tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato; se ela é limitada, o indivíduo tem capacidade de direito, como todo ser humano, mas sua capacidade de exercício está mitigada; nesse caso, a lei lhe restringe alguns ou todos os atos da vida civil. Quem não é plenamente capaz necessita de outra pessoa, isto é, de outra vontade que substitua ou complete sua própria vontade no campo jurídico.

Os menores de 16 (dezesseis) anos, nos termos do art. 3º do diploma Civil, são absolutamente incapazes. Sendo assim, não podem exercer pessoalmente seus direitos sem que estejam legalmente representados por pais, tutores ou curadores. Por outro lado, o art. 4º dispõe que os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos, são relativamente incapazes e só poderão exercer seus direitos assistidos.

A esse respeito, esclarece de forma elucidativa Nery Júnior e Nery (2006, p. 169):

Toda pessoa tem capacidade de direito, isto é, capacidade de adquirir direitos e de contrair obrigações. [...] Por exemplo: menor com cinco anos de idade (absolutamente incapaz, portanto (art. 3º), pode ser proprietário de imóvel, ser titular de direito de pensão alimentícia, contrair empréstimo etc. O exercício desse direito (direito esse que ele efetivamente tem, por isso dizer-se que tem capacidade de direito) é que se efetiva por representante ou por assistente.

De acordo com o art. 5º do Código Civil, cessa a menoridade do indivíduo aos 18 (dezoito) anos, quando este está habilitado para praticar todos os atos da vida civil. Esta é a regra. Todavia, há exceções: pode ocorrer que o sujeito

complete dezoito anos, mas persiste uma causa para permanência do estado de incapacidade civil, como por exemplo, enfermidade ou deficiência mental.

A criança e o adolescente, por óbvio, gozam dos mesmos direitos fundamentais inerentes a um adulto. O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 julho de 1990) os reconhece taxativamente. Todavia, não tendo ainda completado a maioridade, a criança e adolescente não podem manifestar-se validamente sem representação legal.

O problema da representação de incapazes surge quando as pessoas incumbidas de tal mister negam consentimento para a realização de um tratamento médico, em caso de iminente perigo de morte. Geralmente são os pais quem assim procedem, colocando a religiosidade como resistência ao tratamento, não sucumbindo nem mesmo quando tal possa provocar risco de vida ao incapaz.

Em alguns casos, os médicos têm recorrido ao Judiciário buscando uma autorização para atuarem clinicamente. Os juízes têm determinado a transfusão de sangue quando é esta necessária para salvar a vida do incapaz. E não poderia ser diferente. O Poder Judiciário não pode permitir que a vida de uma criança indefesa e sem condições de se manifestar conscientemente venha a se perder em razão de crenças religiosas.

Segundo Diniz (2001, p. 220):

Em se tratando de crianças, os juízes têm admitido a transfusão contrariando o desejo dos pais, por considerarem que, não sendo possível a manifestação de vontade do menor, o seu direito à vida prevalece sobre a vontade parental.

Pai e mãe devem representar os filhos nos atos que trazem benefícios a estes, mas em um caso como o apresentado, a situação é muito diversa. Está em jogo o direito à vida. Os pais não têm direito à vida sobre o próprio filho, decidindo se ele deve morrer ou não em nome de uma religião. Se nem eles próprios têm direitos sobre a sua própria vida, com muito mais razão não poderão decidir sobre a vida de seus filhos. Ademais, ninguém garante que o infante vai seguir a mesma religião que os familiares, menos ainda, que poderá ser obrigado a isso. Logo, o direito à vida do menor deve prevalecer sobre a vontade parental.

Os pais não podem decidir pelo filho num caso tão delicado como este. Cabe aos profissionais solicitarem autorização do juiz, já que, em sendo incapaz, sua vontade não poderá ser obtida validamente, e aqueles que deveriam manifestar-se por ele se opõem exaustivamente a autorizarem o tratamento indispensável para a sua sobrevivência.

Nesse sentido, Borges (2005, p. 205) ressalta que “apenas a própria pessoa pode recusar-se ao tratamento. Assim, em caso de incapazes, a declaração feita pelo representante não é válida para a recusa do tratamento”.

Ferreira Filho se posiciona no seguinte sentido:

Sempre foi reconhecido que, entre os poderes dos pais ou representantes legais do menor, se inscreve a matéria religiosa, como também a eles cabe a responsabilidade por sua saúde, etc.

Assim, **em princípio**, é aos pais ou representantes legais do menor que cabe a decisão a respeito da assistência médica que deve ou não ser a eles dada (grifo não original).

O jurista não foi claro na sua colocação. A expressão “em princípio” colocada no texto deixa claro que há exceções. Fácil perceber quando ela é substituída por outra como “em regra”. Em uma análise cuidadosa, vislumbra-se que essas exceções correspondem aos casos em que o menor corresse risco de vida, abrindo a possibilidade de intervenção do Judiciário no interesse dos menores. Mostrou-se ele evasivo, levando à conclusão de que não é inteiramente favorável à posição desse grupo de religiosos.

Por outro lado, bem disse o Professor Marco Segre que:

Há jurisprudência, em nosso meio, favorável à tutela do menor, por parte do Magistrado, nesses casos. Trata-se de postura questionável, que visa a proteção da vida do menor, mas que desatende aos anseios religiosos do paciente, ou de seus familiares. Juízes de Menores, Membros da Promotoria Pública, tem ordenado até mesmo a intervenção policial para assegurar aos médicos a possibilidade de transfundir sangue a menores, quando seus pais ou responsáveis procurem impedir essa conduta terapêutica. A situação de emergência que envolve, na maioria das vezes, a transfusão de sangue, serve de justificativa, sob o ponto de vista médico, para essa prática jurisprudencial. **Tratando-se de risco iminente de vida**, segundo o juízo do médico, **no caso de menores ainda incapazes de manifestar uma decisão amadurecida sobre a matéria, ou de adolescente em que parem dúvidas sobre a individualidade e independência**

dessa decisão – é compreensível e válido que a Justiça se proponha a impedir um desfecho de morte, que excluirá toda possibilidade de revisão ulterior da postura de recusa (grifo não original).

Portanto, da mesma forma que em um paciente adulto, com muito mais razão deverá ser ministrado o tratamento no menor, ainda que contrariando os interesses dos seus pais responsáveis. Do mesmo modo que em um paciente adulto, havendo risco de morte, e não existindo tratamento alternativo que seja adequado, a transfusão deve sim ser realizada. Por outro lado, se não houver possibilidade da ocorrência de algum infortúnio, deverá o médico respeitar o credo religioso de seu paciente.

CONCLUSÃO

Desde os tempos que surgiu como Ciência, a medicina vem buscando técnicas que atendam aos interesses dos pacientes, mantendo ou restituindo a saúde a eles. Diante dessa evolução, busca-se ao máximo respeitar a ética, agindo dentro de padrões aceitáveis de conduta.

Restou demonstrado no presente trabalho que nem sempre o Brasil adotou a forma laica. Na época do Império vigorava o catolicismo como religião oficial. Rui Barbosa, através da Constituição Republicana, foi quem separou Estado e Igreja, atribuindo a todos à liberdade de culto.

O direito à liberdade é uma conquista de um Estado Democrático de Direito. Dentre as suas diversas subdivisões, encontra-se a liberdade religiosa.

Exercer livremente a sua religião é um direito fundamental. Entretanto, o ordenamento não tolera a liberdade religiosa como direito absoluto, de modo que não são admitidos abusos em virtude de expressões de religiosidade. Sendo, conflitando-se com o direito à vida, deverá ser dada preferência a esta, numa ponderação de bens e valores, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Como visto, a vida é um bem jurídico de extrema importância, já que o exercício dos demais direitos depende de sua existência.

Em situação de conflito entre liberdade religiosa e direito à vida, conclui-se que os médicos e o próprio Poder Judiciário, quando provocado, no caso de recusa de transfusão de sangue por parte de um grupo de religiosos, deverão proceder a ela, quando presente o iminente perigo de morte, o que por si só justifica e autoriza a conduta. Nada obstante eles não queiram propriamente a morte, porquanto desejam continuar vivos, não se pode admitir que venham a dispor da vida, negando-se a receber esse tipo de tratamento quando ele é extremamente necessário, numa demonstração esdrúxula de religiosidade.

A vida é o valor maior de todos e do qual o ordenamento jurídico brasileiro não permite que as pessoas disponham, tanto que não tolera o suicídio e a eutanásia. É um bem supremo ao qual ninguém pode renunciar, e constitui-se em uma condicionante para o exercício dos demais direitos.

As crenças religiosas são de interpretações duvidosas, ao passo que o direito à vida é indiscutível. Ademais, morto nunca poderá ser livre e exercer sua religião, qualquer que seja ela.

Não é objetivo do presente trabalho incentivar o desrespeito às crenças religiosas, nem instigar nenhuma forma de preconceito ou de intolerância. Pelo contrário, incentiva-se o exercício saudável de uma religião, mas que não atente e viole valores essenciais do Homem e da sociedade. Talvez, justamente a falta de religiosidade de alguns possa justificar o caos em que se vive no mundo atual.

O direito à liberdade religiosa não é ilimitado, podendo sofrer restrições, quando estiver ferindo os bons costumes e a ordem pública. Permitir que o sujeito venha a morrer em razão de suas convicções religiosas afronta o próprio sistema jurídico, o qual em nenhum momento autoriza que o indivíduo possa da vida dispor. O homem não é dono absoluto do seu próprio corpo. É apenas um administrador dele.

Portanto, a liberdade não é absoluta quando se trata de retirada da própria vida, já que ela está limitada também por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e tantos outros. A vida é um bem de extremo valor, superior à liberdade de querer morrer.

Como demonstrado no decorrer do texto, o indivíduo é livre para exercer a religião que bem entender. Até mesmo os membros da religião “Testemunhas de Jeová” não sofrem interferência em sua expressão de religiosidade. O problema surge quando estes se negam a receber um tratamento médico diante do iminente perigo de morte.

O médico, frente o princípio da autonomia do paciente e os riscos inerentes às transfusões de sangue, deve evitar ao máximo a sua indicação. Sempre que possível, a ética médica recomenda a aplicação de tratamentos alternativos, salvo quando estes forem insuficientes para manter a vida do paciente, incapaz de afastar o risco de morte.

O médico que realiza a transfusão de sangue sem a autorização ou consentimento do seu paciente ou de seus responsáveis, não poderá ser responsabilizado civil ou penalmente. Ele só poderá ser responsabilizado quando atua ilicitamente, quando não presente o iminente perigo de vida, exigido tanto na esfera cível quanto penal. Tanto numa quanto na outra, o profissional atua amparado pelo estado de necessidade.

Acredita-se que, sempre que possível, dentro dos limites do aceitável, a liberdade religiosa deve sim ser respeitada. O problema estaria resolvido se os tratamentos alternativos pudessem ser aplicados em todos os casos, inclusive quando o paciente periclitar em sua vida. Acredita-se que, em um futuro não muito distante, uma técnica alternativa milagrosa surgirá, acabando com a celeuma que envolve os médicos, hipótese em que este trabalho perderá, por questões óbvias, sua razão de ser.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=6522>>. Acesso em 04/06/06.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Parecer à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová, 23.11.2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Building a Blood System for the 21st Century. Canadá.

BRASIL. **Aspectos jurídicos da delicada problemática concernente a fé que professam as Testemunhas de Jeová**. Parecer à Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange-SP.

BRASIL. **Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue**. Parecer à Sociedade Torre de Vigia, 24.10.1994.

BRASIL. **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.** USP, Faculdade de Medicina, São Paulo, 1991 (Parecer).

CANINI, Rosangela Cornélio. **O direito de recusar tratamento médico sem sangue por convicções científicas e religiosas.** 2004. 195 f. Monografia (bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” – Presidente Prudente, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Como pode o sangue salvar sua vida? Cesário Lange-SP, Associação Torre de Vigia.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Transfusão de sangue e omissão de socorro.** Disponível em <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d36.htm>>. Acesso em 03/04/06.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Médico e Paciente: questões éticas e jurídicas.** 1ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira *et al.* **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

COUTINHO, Léo Meyer. **Código de ética médica comentado.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.

_____. **O estado atual do biodireito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v.2.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_21.htm>. Acesso em 12/03/06

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aspectos jurídicos da delicada problemática concernente a fé que professam as Testemunhas de Jeová**. Parecer à Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cesário Lange-SP.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira SA, 1995.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FORTES, Paulo Antonio Carvalho; MUÑOZ, Daniel Romero. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et al (Org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-70.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 1ª ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1990.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_21.htm>. Acesso em 23/02/06.

_____. **O consentimento do paciente**. Disponível em <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_9.htm>. Acesso em 30/06/06.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Luciana Ascêncio. **Liberdade religiosa**. 2002. 113 f. Monografia (bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” – Presidente Prudente, 2002.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio da Justiça**. Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/justica.htm>>. Acesso em 03/07/06.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HISTÓRIA DA MEDICINA. Disponível em <<http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/medicina.htm>>. Acesso em 13/02/06.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Fernanda Orbolato. **O sigilo médico frente a responsabilidade civil e penal do médico**. 2004. 98 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>>. Acesso em 29/06/05.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Irazy Novaes. **Erro médico e a justiça**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Relação Médico-Paciente**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=2745>>. Acesso em 30/06/06.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=8770>>. Acesso em 15/06/06.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.2.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira de. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

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**. USP, Faculdade de Medicina, São Paulo, 1991 (Parecer).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SOCIEDADE TORRE DE VIGIA DE BÍBLIAS E TRATADOS. **Como pode o sangue salvar sua vida?** Cesário Lange-SP, 1990.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Terapia transfusional: aspectos jurídicos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em 10/01/06.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido.** São Paulo: cultural Paulista: Universidade de São Paulo, 2002.

TRANSFUSÃO DE SANGUE. Disponível em <http://www.msdbrazil.com/msdbrazil/patients/manual_Merck/mm_sec14_153.html>. Acesso em 07/06/06.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (coordenador). **Direito e Medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Disponível em <http://www.wikipedia.org/wiki/Testemunhas_de_Jeova>. Acesso em 08/04/06.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ – QUEM SÃO? EM QUE CRÊEM? Disponível em <http://www.jehovantodistajat.fi/languages/portuguese/library/jt/article_02.htm>. Acesso em 07/04/06.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 4.