

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Paulo César Mendes Barbosa

**IMPUTABILIDADE MÉDICA:
Testemunha de Jeová e Transfusão de Sangue**

Belo Horizonte
2011

Paulo César Mendes Barbosa

**IMPUTABILIDADE MÉDICA:
Testemunhas de Jeová e Transfusão de Sangue**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: Dr. Edimur Ferreira de Faria

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B228i Barbosa, Paulo César Mendes
Imputabilidade médica: testemunha de Jeová e transfusão de sangue. / Paulo César Mendes Barbosa. Belo Horizonte, 2011.
140f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Pacientes - Direitos fundamentais. 2. Medicinas – Aspectos religiosos. 3. Hermenêutica (Direito). I. Faria, Edimur Ferreira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.6

Paulo César Mendes Barbosa

IMPUTABILIDADE MÉDICA: Testemunhas de Jeová e Transfusão de Sangue

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Doutor Edimur Ferreira de Faria Orientador - PUC - Minas

Doutor Mário Lúcio Soares Quintão Convidado - PUC - Minas

Doutor Eduardo Machado Tupynambá Convidado - UNIMOMTES / MOC

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2011.

Ao Senhor Deus do Universo, a quem tudo
devo e em quem tudo posso.

AGRADECIMENTOS

À UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS – UNIMONTES,
especialmente aos colegas professores do Curso de Direito pelo incentivo e colaboração.

... Sur mes refuges détruits
Sur mes phares écroulés
Sur les murs de mon ennui
J écris ton nom.
Sur l'absence sans désir
Sur la solitude nue
Sur les marches de la mort
J'écris ton nom
Sur la santé revenue
Sur le risque disparu
Sur l'espoir sans souvenir
J'écris ton nom
Et par le pouvoir d'un mot
Je recommence ma vie
Je suis né pour te connaître
Pour te nommer
LIBERTÉ.

("Liberté" ou "Une seule pensée" - Paul Éluard - 1942).

RESUMO

A probabilidade da colisão dos Direitos Fundamentais com preceitos religiosos, no caso a recusa à transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová, é o “*leit-motiv*” deste trabalho, que analisa os fundamentos religiosos, justificadores dessa recusa, valendo-se da Hermenêutica Constitucional, harmonizadora de valores conflitantes, tendo como teoria de base (estado da arte) a Bíblia, a controversa visão do Direito de Ronald Dworkin e a concentração na interface de Robert Alexy, usando-se precedentes e decisões judiciais que justifiquem e embasem os aspectos ético-legais deste tema.

Palavras-chave: Ética. Recusa. Autonomia. Liberdade. Direitos.

ABSTRACT

The probability of collision of fundamental rights to religious precepts, for refusing blood transfusions for Jehovah's Witnesses, is the "leitmotif" of this work, which examines the religious foundations, justifying their refusal, relying on the Constitutional Hermeneutics, harmonizing conflicting values, with the basic theory (state of the art) the Bible, the controversial vision of Ronald Dworkin's law and the concentration at the interface of Robert Alexy, using precedents and judicial decisions, and no studies to justify the ethical-this legal issue.

Key-words: Ethics. Refusal. Independence. Freedom. Rights.

LISTA DE SIGLAS

ADIN – Ação Direta de inconstitucionalidade.

AMM – Associação Médica Mundial

CEM – Código de Ética Médica

CFM – Conselho Federal de Medicina

CRM – Conselho Regional de Medicina

DOU – Diário Oficial da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HIV – Human Immunodeficiency Virus

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

TED – Tratamento fora do domicílio

UNESCO – Organização das Nações Unidas

USP – Universidade de São Paulo

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CF – Constituição Federal

HC – Habeas corpus

REL – Relator

MP – Ministério Público

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 ÉTICA E DEONTOLOGIA MÉDICA, RELIGIOSA E JURÍDICA.....	31
2.1 Fundamentos éticos	31
2.2 Ética e Deontologia	34
2.3 Princípios bioéticos	39
2.3.1 <i>Bioética e direito à vida</i>	40
2.4. Deontologia médica, religiosa e jurídica	49
2.4.1. <i>Deontologia médica</i>	50
2.4.2 <i>Deontologia religiosa</i>	53
2.4.3 <i>Deontologia jurídica</i>	57
3 CONTRAPONTO E CONTRAPOSTO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ	61
3.1 Direitos e garantias fundamentais.....	61
3.2 Garantias constitucionais dos direitos fundamentais	63
3.2.1 <i>Direito à vida</i>	64
3.2.2 <i>Direito à dignidade</i>	65
3.2.3 <i>Direito à liberdade</i>	67
3.2.4 <i>Direito à igualdade</i>	70
3.2.5 <i>Direito à privacidade</i>	71
3.2.6 <i>Direito à crença religiosa</i>	73
3.2.7 <i>Direito à autonomia</i>	76
3.3 Discriminação.....	78
3.4 Direitos e garantias constitucionais.....	80
3.4.1 <i>Direitos e garantias constitucionais e fundamentos a religião Testemunhas de Jeová</i>	82
3.5 Dimensão médico-legal e a dogmática sectária das Testemunhas de Jeová: Correntes doutrinárias sobre transfusão de sangue	93
3.5.1 <i>Corrente Comunitarista</i>	93
3.5.2 <i>Corrente Procedimentalista</i>	95
3.5.3 <i>Corrente Liberal</i>	97
4 EXEGESE DO DIREITO CONSTITUCIONAL, DA DEONTOLOGIA MÉDICA, DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO PENAL, REFERENTE À TRANSFUÇÃO DE SANGUE PARA AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.....	104
4.1 Exegese do Direito Constitucional na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová.....	104
4.2 Exegese da Deontologia Médica na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová	108
4.3 Exegese do Direito Civil na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová	114
4.4 Exegese do Direito Penal na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová	119
4.5 Precedentes e decisões judiciais	122
5 CONCLUSÃO	130

REFERÊNCIAS.....	136
-------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

Objetivando fornecer um entendimento mais fácil e produtivo sobre o tema proposto, que envolve axiologia e deontologia, deve-se à guisa de introdução, recorrer ao entendimento da ética.

Para alguns é ela o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana, suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto.

No mundo da Filosofia, à ética reserva-se um sentido de valores que regem a razão de ser da conduta humana, circunscrita no âmbito da Filosofia Moral, pertencente ao ramo filosófico da ciência normativa.

Os mais importantes filósofos, ao longo dos séculos, se revezaram na tentativa de aperfeiçoar conhecimentos, visando definições mais perfeitas, abrangentes e aprimoradas.

Para alguns, a ética foi apontada e localizada nos valores e sentimentos estruturados em tipos de boa conduta, que se justificam por si mesmos, implicando um valor final espontaneamente desejável por todos – *summum bonum* e não como um mero instrumento direcionado para chegar-se a um fim. Para outros, a ética se estrutura na prática de virtudes adaptáveis a um modelo moral, concreto e acabado.

Historicamente, a ética permite três modelos principais de conduta: a) a felicidade ou prazer; b) o dever, virtude ou a obrigação; c) a perfeição, que é o completo desenvolvimento das potencialidades humanas.

O posicionamento das mais variadas escolas filosóficas se particulariza pela amplitude e riqueza dos mais diversos entendimentos, teses e doutrinas, ao longo dos tempos, independentemente de serem conflitantes ou o de se complementarem por um ou outro ângulo de entendimento.

Na esquematização do nosso trabalho formulamos o marco teórico, a hipótese, o problema e os aspectos éticos da crença religiosa e do direito à vida, como se segue: muito frequentemente ocorre, nos casos práticos, um conflito de princípios que cumpre resolver. É nessa relação de tensão entre princípios igualmente excludentes que Alexy (1998) denominou de colisão de princípios, ocorrendo uma necessidade de ponderação: “a prevalência de um princípio em detrimento de outro denomina-se para ele uma das questões mais controvertidas de Teoria do Direito”, fixando-se aqui o marco teórico.

A colisão de direitos fundamentais como a liberdade religiosa (recusa de transfusão de sangue pela crença) e o direito à vida, considerando a irrenunciabilidade, e a colisão de direitos fundamentais, devem ser solucionados, no caso concreto, fixando, assim, a hipótese.

Em caso de recusa do paciente de receber a transfusão de sangue, em razão do credo religioso, em contraponto ao dever do médico de preservar a vida do paciente, pode essa ocorrência conflitante ser previamente dirimida com o que temos ou deve ser analisada apenas no caso concreto? Em caso de acatamento da recusa de transfusão pelo médico pode ser imputada a este profissional responsabilidade civil e criminal?

Levantado o problema, pode-se afirmar que vida é direito fundamental irrenunciável, mas esta é diferente da mera existência, pois que, àquela, corresponde integridade, saúde, liberdade, dignidade etc., de modo que o paciente pode dizer que, com a contaminação do seu corpo, não lhe resta dignidade, e que daí por diante, estará excluído do seu grupo (meio) por seus pares e, portanto, isso não é vida, mas mera existência: a vida só é vida com liberdade e dignidade; daí porque, o problema apresentado nos leva a perquirir aspectos filosóficos no âmbito ético, com a visão de diferentes Escolas e épocas.

Na Escola Hedonista o prazer individual e imediato foi considerado como único bem possível, princípio e fim da vida moral. A teoria do bom, do útil, da prudência e toda a bem-aventurança humana se resolveria apenas no prazer.

No século VI a.C., Pitágoras de Samos acreditava que a natureza intelectual é superior e muito mais importante que a natureza sensual e melhor vida é aquela dedicada à disciplina mental.

Sócrates (470/399 a.C.) cujas doutrinas caracterizam-se pela consideração de problemas morais e humanos e abandono de temas ligados à natureza, sustentava que somente através do diálogo é possível atingir a definição do bem e a virtude encontraria raiz no próprio conhecimento. Somente pela educação as pessoas podem ser e agir de acordo com o que se convencionou entender o ser moral.

Já em Platão (428/347 a.C) o mal não existe por si só. Não é algo isolado e autônomo mas um reflexo imperfeito e mal acabado do bem propriamente dito, como elemento essencial da realidade. Na alma humana o intelecto é um ser soberano, figurando a vontade em segundo plano e a emoção em terceiro lugar. As emoções estão, sempre, subordinadas ao império do intelecto e, em segundo, da vontade.

Posteriormente, Aristóteles (384/322 a.C) passou a considerar a felicidade como a própria essência finalística da vida, resultante do único atributo humano: a razão. As virtudes intelectuais e morais passaram a ser vistas apenas como meios destinados a sua consecução.

A *Ética a Nicômano* é a principal obra de Aristóteles, expondo sua concepção teleológica e eudemonista de racionalidade prática; sua concepção da virtude como mediana e suas considerações sobre o papel do hábito e da prudência na ética.

Para ele toda racionalidade prática é teleológica, isto é, orientada para um fim (ou um bem) e à *Ética* cabe determinar qual a finalidade suprema *summum bonum* que preside e justifica todas as demais e qual a maneira correta de alcançá-la. A finalidade suprema que é a felicidade (eudemonia) não consiste nem nos prazeres, nem nas riquezas, nem nas honras, mas numa vida virtuosa. A virtude se encontra num justo meio entre os extremos e será encontrada por aquele dotado da prudência (*phronesis*) e educado pelo hábito no seu exercício. Considera-se que a virtude, na época dos gregos, não é idêntica ao conceito atual, muito influenciado pelo cristianismo. Virtude era a excelência de cada ação, de fazer bem feito, na medida justa, cada pequeno ato.

Destaca-se, aqui, o livro III da *Ética a Nicômano* que trata do aspecto intrínseco da virtude moral: condições para a responsabilidade pela ação.

Na Escola Estóica, de Zenão de Cício (335/264 a.C), de Crisipo (280/205a.C) e do romano Marco Aurélio (160/180a.C) a natureza foi vista como algo ordenado e racional, sendo que somente poderia ser boa uma vida em harmonia com ela.

O estoicismo caracterizou-se pela consideração do problema moral, visto pela alma, norteadada pelo equilíbrio e moderação na escolha dos prazeres sensíveis e espirituais, objetivando possibilitar atingir o ideal supremo da felicidade, ou seja, a imperturbabilidade. O ser humano deveria tornar-se independente de condicionamentos pela prática de algumas virtudes fundamentais como a prudência, o valor, a temperança, a justiça.

A Escola Epicurista (Epicuro – 341/270 a.C) fundamenta seus argumentos na identificação do bem soberano como o prazer que, na prática da virtude e na cultura do espírito, pode ser concretamente encontrado. Identificou como sumo bem o prazer, principalmente o prazer intelectual, preconizando uma vida dedicada à contemplação. Apesar de pontos comuns, o epicurismo não pode ser tomado como idêntico ao estoicismo.

Os modelos éticos da Idade Média Clássica eram aplicados como um privilégio apenas das classes dominantes, especialmente na Grécia.

Houve uma considerável revolução na ética, ao ser introduzida uma concepção religiosa de bem, no pensamento ocidental quando, segundo o ideal cristão, toda pessoa dependeria de Deus, sendo possível alcançar a verdadeira bondade somente pela ajuda e graça divina.

Ao final da Idade Média, principalmente pelos estudos desenvolvidos por São Tomás de Aquino (século XIII) houve a fundamentação da lógica aristotélica, perante os conceitos agostinianos (Santo Agostinho – século XIV) de pecado original e redenção por meio da graça divina.

Também era desenhado e desenvolvido um modelo de ética que trazia o culto a castigos e pecados por meio da pregação da própria e irremediável sujeição dos pecadores ao inferno e, em contrapartida, a recompensa à virtude pela premissa de que, aos ditos virtuosos, seriam reservados a imortalidade e o paraíso.

Com o advento da reforma protestante (século XVI) houve um retorno aos princípios originariamente edificados pela doutrina cristã. A responsabilidade individual passou a ser considerada muito mais importante que a mera obediência à autoridade ou aos princípios embasados na tradição.

Thomas Hobbes (século XVII), em seu *Leviatã*, sustentou que os seres humanos, de forma geral, são maus por natureza e necessitam de um Estado forte, direcionado, de forma a reprimir seus impulsos.

Baruch Spinoza (século XVII) argumenta que a razão humana é critério delineador para uma conduta correta e somente as necessidades e os interesses individuais do homem determinam o que pode ser considerado e compreendido como bom e mau, bem e mal.

O ideário ético acabou sendo direta e profundamente afetado e influenciado pelas mais diversas descobertas e os mais variados desenvolvimentos científicos em todos os campos das ciências.

Isaac Newton (séculos XVII/XVIII), ao lado do progresso material humano, trouxe considerável benefício à ética, servindo como prova da existência de uma ordem divina racional.

Embasado na obra “Contrato Social” (1762), Jean Jacques Rousseau sustentou que o mal ético consiste numa derivação emanada da própria reação dos

desajustados socialmente e defende que, de forma geral, os seres humanos, vistos em sua real e verdadeira essência, são bons por natureza.

Emmanuel Kant (1724/1804) passou a sustentar a redução do campo do conhecimento racional aos objetos de experiência possível, o que significou a própria negação da possibilidade de conhecimento racional dos objetos da metafísica e da religião e a necessidade de fundamentar a moral em imperativos categóricos gerados pela razão prática.

A moralidade de um ato jamais pode ser julgada por suas consequências, mas sim por sua motivação ética.

Georg Willen Friedrich Hegel (1770/1831) desenvolveu a doutrina do idealismo absoluto, que identifica a realidade com a razão ("todo real é racional"), compreendida através do desenvolvimento histórico da consciência, criando o método dialético, sustentando que a natureza verdadeira e única da razão e do ser, identificado com o outro, define-se segundo o processo racional, procedido pela união incessante de contrários – tese e antítese – numa categoria superior à síntese.

Depois de Isaac Newton, os ensinamentos que mais contribuíram para uma formulação conceitual de ética fundaram-se na Teoria da Evolução, desenvolvida por Charles Darwin (1809/1882) que concluiu pelo parentesco fisiológico e origem comum dos seres vivos, quando a seleção natural seria responsável pelo surgimento de novas espécies mais aprimoradas e adaptadas aos meios em que vivem. A Teoria de Darwin serviu como suporte ao surgimento da chamada "ética evolutiva", desenvolvida por Herbert Spencer (século XIX), sustentando que a moral sempre resulta de certos hábitos adquiridos e desenvolvidos pela humanidade, ao longo da sua caminhada, galgando os degraus da evolução.

No limiar do século XX, Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844/1900) prega que a chamada conduta moral só tinha razão de ser se se apresentasse necessária aos fracos, objetivamente permitindo e legitimando impedimentos à auto-realização dos mais fortes.

Em oposição a Nietzsche surge o posicionamento de Piotr Aleksievitch Kropokin (século XIX/XX) que defende a sobrevivência das espécies pela capacidade de ajuda mútua para evitar um retrocesso na espécie humana. A extinção da humanidade somente não se consumou em razão da primazia dos seres humanos em se associarem, possibilitando a cooperação de uns com os outros.

O estudo da ética sofreu e sofre fortes influências da Psicanálise. Sigmund Freud (1856/1939) atribuiu o papel do bem e do mal em cada indivíduo, à luta entre o impulso do “eu instintivo” (satisfação dos desejos e necessidades humanas) com o “eu social” (tentativa de controlar e reprimir os primeiros).

Os estudos do filósofo existencialista alemão Martin Heidegger (1889) afirmam estarmos completamente sós no universo, devendo assumir nossas próprias decisões éticas, com permanente consciência da morte e da transitoriedade existencial do ser humano.

Os ensinamentos de Bertrand Russel (século XIX-XX) são responsáveis por profunda mudança no pensamento ético, ao longo das últimas décadas, suscitando questões atinentes ao valor da conduta ou o valor da ação do bem a ser realizado, defendendo-se que os juízos morais expressam desejos individuais ou hábitos aceitos e que os seres humanos, verdadeiramente completos, são aqueles que participam, plenamente, da vida social e possuem plena capacidade de expressar e dar vazão a tudo que possa fazer parte de sua natureza íntima.

A ética é um tema central e preocupante no século XXI. Cada vez mais ganha espaço central na sociedade. Multiplicam-se os questionamentos éticos da luta contra a corrupção e a forma das ações comunitárias e das violações de Direitos Humanos e de procedimentos.

Segundo Miguel Reale,

... há o problema do valor da conduta ou do valor da ação, do ‘bem’ a ser realizado, que constitui capítulo do estudo denominado ‘Ética’... O Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório. (REALE, 2002, p. 36-37)

É nesse universo que o aparato teológico de algumas religiões, constantemente faz uso de discursos, cujos temas principais são as ameaças metafísicas de punição, da idéia de culpa e de expiação, utilizando recursos de coerção, como o fogo eterno.

Ao iniciarmos este trabalho procurou-se situar, no primeiro capítulo, os fundamentos éticos, os princípios bioéticos, as deontologias médicas, religiosa e jurídica, ressaltando o direito à vida, através do tempo e da sistematização filosófica legada à humanidade, com idéias imprevisíveis, às vezes ultrapassando limites impostos pelo respeito à pessoa humana, a sua vida, integridade e dignidade.

Preliminarmente falamos de ética, porque a ética da vida se insere na universalidade dos valores, estabelecendo a ligação com os princípios orientadores na preservação da própria vida e no respeito do homem como pessoa. Para que haja efetividade dos direitos humanos aproveita-se a ética, instrumento valioso na recuperação e garantia de direitos.

No segundo capítulo, ao abordar-se o contraponto e contraposto entre direitos e garantias individuais, depois de tê-los situado em uma visão ética, avocou-se o pensamento de Alexy de que a proibição de intervir no âmbito dos direitos fundamentais e na proteção dos mesmos é, *prima facie*, vedada ao “dador de leis”. Quando o jurista não tem dificuldades em reconhecer a diferenciação entre princípios e valores, e subavalia a distinção entre deontologia e axiologia, vem Dworkin apontando a necessidade de se encontrar uma norma, também *prima facie* que melhor se adapte à situação prevista, do modo mais completo possível, dando importância à liberdade e ao direito de escolha individual de tratamento.

Existindo dois princípios que levam a resultados contraditórios, nenhum deles é inválido, nenhum tem prevalência absoluta sobre o outro e a colisão significa que um princípio pode ser satisfeito e, embora com embasamento legal os interesses decorrentes dessa colisão entre direitos fundamentais ainda encontram argumentos questionáveis.

A regularidade e a legitimidade interessam aos direitos fundamentais e humanos. Dessa forma, esses direitos carecem ser analisados numa perspectiva histórica e cultural, fazendo-se ponderação dos valores envolvidos com a aplicação específica de uma hermenêutica constitucional que possa optar pela melhor forma de assegurar a liberdade, a autonomia e dignidade da pessoa humana.

A fundamentação e características das religiões Testemunhas de Jeová, quando tratam da recusa à transfusão de sangue tem proteção constitucional, diante da inviolabilidade de crença.

Ressalte-se que não se pode confundir “inviolabilidade” com “indisponibilidade” do direito à vida, termos que, juridicamente, são distintos. A “inviolabilidade” diz respeito a direitos outorgados a certas pessoas, em virtude do que não podem ser molestadas ou atingidas. Já a “indisponibilidade” é atributo daquilo que não se pode dispor ou ceder.

Parece razoável dizer que o termo “inviolabilidade” não deva ser interpretado no sentido de proibição de o indivíduo dispor da própria vida, mas sim como a impossibilidade de terceiro violar o bem da vida de outrem.

Não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, mas de a ordem jurídica respeitar decisões pessoais e escolhas existenciais, prevalecendo a dignidade como expressão da autonomia privada.

O segundo capítulo analisa também a dimensão médico-legal e a dogmática que nomeamos sectária das Testemunhas de Jeová; as correntes doutrinárias referentes à transfusão de sangue; as exegeses jurídicas e o aporte de precedentes e decisões judiciais sobre o tema “Imputabilidade Médica – Testemunhas de Jeová e Transfusão de sangue.”

Na terceira parte do trabalho reporta-se ao Estado Constitucional de Direito que, pelo moderno constitucionalismo, deve ser um Estado Democrático de Direito. A conexão entre Estado de Direito e Estado Democrático é feita pelo Estado Constitucional, onde o poder deve organizar-se em termos democráticos e onde o poder político deriva do poder dos cidadãos.

O Estado Constitucional se caracteriza pela dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular, divisão de poderes, direitos fundamentais, tolerância, pluralidade de partidos e independência dos tribunais. A primazia dos direitos fundamentais deve orientar toda a atuação do Poder Público para resguardar ou implementar esses direitos. Consentâneos aos direitos fundamentais, temos a dignidade humana e o direito à vida que devem ser interpretados em consonância “*verbo ad verbum*”, garantida pela Constituição Federal, com todos os seus desdobramentos.

Apenas o legislador é convocado a decidir quando e em que condições podem ocorrer intervenções gravosas, que limitem direitos fundamentais, principalmente o da autonomia individual.

Nessa perspectiva, merece destaque o direito à liberdade, mais precisamente o direito à liberdade religiosa. Assegurada pela Constituição Federal (5º, VI) a liberdade religiosa, enquanto direito subjetivo tem um caráter fundamental que se concretiza no reconhecimento de um âmbito de liberdade e em uma esfera de *agere licere*.

2 ÉTICA E DEONTOLOGIA MÉDICA, RELIGIOSA E JURÍDICA

2.1 Fundamentos éticos

Numa abordagem meramente semântica, Ética é a ciência da moral e Deontologia a ciência dos deveres, podendo ter aceitação como moral e ética em seu significado ou acepção.

À Ética incumbe resolver o problema da conduta ou o valor da ação humana que a ciência positiva não tem condições de resolver.

Segundo Miguel Reale:

A ciência pode tornar gritante o problema do dever, mas não resolve. Os conhecimentos científicos tornam, às vezes, mais urgentes a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implicam qualquer solução positiva ou negativa. O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como o único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Este problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se problema ético, e marca momento culminante em toda verdadeira Filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido do aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do bem, quer para o indivíduo, quer para a sociedade (REALE, 2002, p. 35, grifos nossos).

O problema do valor da conduta ou do valor do bem a ser realizado constitui um capítulo do estudo denominado ética.

Embora se entrelacem em alguns aspectos há diferenças entre Ética (moral) e Deontologia: a Ética é, sempre, um dever de consciência, parte da Filosofia e da Teologia, objetivando, como ciência, as leis da verdade e da moral e, como arte, os preceitos idôneos, para o bom governo da vida.

A partir de Aristóteles indica-se o “caráter” da pessoa e seu “modo de agir”. Sendo uma ciência do bem e do dever, buscando leis ideais das verdades morais, a Ética visa o aperfeiçoamento do caráter, procurando ordenar o que está na natureza do Homem. O bem, enquanto bem do indivíduo, tem como fim último essa direção axiológica e constitui o objeto da Moral e objetivo último da Ética.

A interpretação da moral varia, pois segundo Protágoras “cada homem tem seu próprio modo de ver e sentir as coisas (o homem é a medida de todas coisas)”, o que corrobora as características da Moral como ciência de foro interno ou íntimo; unilateral; autônoma e incoercitiva, significando ser essa ciência o que se passa na

consciência de cada um; não impondo deveres em troca de direitos, sendo exercida de dentro para fora. A autonomia significa liberdade de fazer não como imposição, mas pela consciência do próprio indivíduo; não existindo a possibilidade jurídica de sanção, a não ser internamente, na consciência. O próprio indivíduo, ele mesmo, se punirá pelo remorso, pela penitência, etc.

Se o componente da Moral é unilateral, autônomo e incoercitivo, e seguindo a assertiva de Ortega Y Gasset (“Eu sou eu e as minhas circunstâncias”) podemos acompanhar o raciocínio e a interpretação de Moral em diferentes e diversos momentos da própria Filosofia.

Para a Escola Sofista (séc. V a.c) só a lei natural seria móvel e justa. Christian Wolf (séc. XVII/XVIII) diz que o homem pelo Direito e pela Moral deveria aperfeiçoar-se e promover o aperfeiçoamento dos outros; em Kant (séc. XVIII/XIX) o Direito seria o conjunto das condições que harmonizam o senso de liberdade com o senso moral (ética) do dever; Jeremias Bentham (Escola Utilitarista, sec. XVIII/XIX) elaborou a Teoria do Mínimo Ético mais tarde desenvolvida por Georg Jellineck:

Direito seria o mínimo ético indispensável à sociedade para a manutenção do bem estar coletivo; todos os deveres morais (éticos) necessários à manutenção da ordem social seriam transformados em Direito, a Ética, sendo unitária, abrangeria moral e Direito, sendo o Direito não alguma coisa diferente da moral, porém parte dela com garantias específicas (CARDOSO, f. 75).

Carlos Cósio (sec. XX) pela Teoria Ecológica (harmonizando idéias de Kelsen, Husserl e Heideggerl) afirma que o Direito é conduta e não norma: é conduta em interferência intersubjetiva, é conduta compartilhada. A Escola Naturalista (Flósculo da Nóbrega – séc XX) estaria mais perto da verdade (Direito natural; direito da natureza humana), asseverando que o Direito não é apenas um produto da natureza moral (ética) mas também é fato de experiência comum, sofrendo o influxo diferenciador de condições biológicas, econômicas, antropológicas, etc. não sendo, pois, apenas força moral.

Que fins ou valores norteiam os homens e que deveres resultam desses fins? Essa indagação contida em Miguel Reale (2002, p. 293-294), constitui objeto da Deontologia.

Jeremias Bentham denominou a parte da Ética que objetiva o estudo dos deveres, de Deontologia, designando a teoria dos deveres em geral, estabelecendo responsabilidades, direitos profissionais, incompatibilidades e impedimentos. Em sua

obra *Deontology* (1834) Bentham escreve: A palavra Deontologia deriva de duas palavras gregas, significando “o que é conveniente” e “conhecimento”, isto é, conhecimento daquilo que é justo ou conveniente.

A Deontologia se revela como a teoria dos deveres e da ação moral, como valor do justo.

Existe uma certa dificuldade, quando se pretende traçar um limite entre especulações filosóficas ou entre estas e as de cunho científico – positivo.

Toda indagação de Deontologia implica uma referência necessária à estrutura de experiência e aos modos de positivação decorrentes de elementos constitutivos.

Na Deontologia indaga-se a existência de algo insuscetível de alteração substancial, naqueles tipos de convivência surpreendidos nas linhas dominantes do processo histórico cultural.

Se com a Ética e a Moral remete-se à doutrina do valor do bem e da conduta humana que o visa realizar, sendo uma das formas de atualização de aspectos da axiologia, o problema nuclear do valor do justo é cuidado pela Deontologia que envolve a prévia determinação da consistência da realidade, suscitando questões relativas às estruturas de juízos normativos e ao processo histórico de objetivação das exigências axiológicas no plano da experiência humana (REALE, 2002, p. 38).

Cabe lembrar que Ética, enquanto ramo da Filosofia, busca estudar e/ou indicar o modo melhor de se viver, seja no cotidiano ou seja na sociedade, tentando fundamentar o bom modo de viver pelo pensamento humano, diferenciando-se da Moral.

Hodiernamente, a Ética situa-se como uma área da Filosofia que se ocupa do estudo das normas morais nas sociedades humanas, alcançando explicar e justificar costumes de um determinado grupamento humano e fornecer subsídios para a solução de dilemas mais comuns já que, como ciência, estuda a conduta humana, a moral e a qualidade desta conduta, julgada sob o ponto de vista do “Bem e do Mal”.

A ética também não deve ser confundida com a lei; ao contrário do que ocorre com a lei, nenhum indivíduo *prima facie* pode ser compelido pelo Estado ou por outros indivíduos a cumprir normas éticas nem sofrer sanções pela desobediência a elas. Por outro lado, a lei pode ser omissa quanto às questões abrangidas no escopo da Ética. Daí a assertiva de que o tema proposto nos remete a uma tensão entre axiologia e deontologia.

À Ética cumpre conhecer a natureza humana, o conjunto dos interesses humanos, harmonizando-os com a ordem geral da vida e das coisas e o que resulta da experiência, da vivência e da dinâmica social.

2.2 Ética e Deontologia

A palavra ética provém de *éthos* que, no grego, tem o sentido de “costume”. Na verdade, significa “um modo de ser, de se comportar.” Assim, a ética liga-se a conceitos de bons costumes, de bom comportamento.

O mundo ético, segundo Cóssio, situa-se no mundo da cultura e origina as leis éticas, normas que regem o comportamento humano e regulam condutas.

As regras éticas indicam o bom caminho, a boa conduta humana em todas as atividades, devendo adaptar-se a cada época e situação social; sendo parte da Filosofia, estudar o comportamento humano, o agir e a conduta que se projetam na sociedade.

Existe um sentido ético, tanto no Direito quanto na Moral e o Direito seria o instrumento de força para o cumprimento de certos princípios éticos, acorde a Jellinek, no tocante ao mínimo ético.

Os princípios ético-morais são subjetivos. Dependendo do nível ético da pessoa, a coação moral lhe será mais premente que a coatividade jurídica.

É oportuno lembrar a compreensão da terminologia bons costumes que representam a concretização, em determinado local e época, da moral aceitável ou vigente; são as práticas que se amoldam a princípios morais e “não representam verdadeiramente normas, mas afloramentos de normas de condutas de pessoas”.

A Filosofia e a ciência positiva não resolvem o problema da conduta ou do valor da ação humana.

A vivência não resolve o problema do “dever” que se põe para o homem; a ciência se mostra incapaz de resolver o problema do valor do homem, como o único ser que se conduz, que age, e os problemas que a ciência exige mas não resolve: os problemas éticos, segundo Reale.

Kant formulou perguntas, destinando a cada indagação uma obra clássica. A primeira: “o que posso conhecer? Como é dado ao homem certificar-se da verdade das ciências e dos poderes e limites do entendimento e da razão”? Em decorrência escreveu a “Crítica da Razão Pura,” obra fundamental do pensamento moderno; a

segunda, “Crítica da Razão Prática” para responder: “Que devo eu fazer; como devo comportar-me como homem”? E a terceira obra, “Crítica do Juízo” para as perguntas: “Qual a finalidade da natureza? Qual o destino das coisas e qual o destino do homem?” Ou, em outras palavras: “Qual o sentido último do universo e da existência humana?”

O valor da conduta ou o valor do bem a ser realizado constitui capítulo da Ética. Alguns autores (Del Vecchio) bifurcam a ética em dois ramos: Moral e Direito; outros têm a visão da experiência jurídica como um momento da vida ética.

A Ética Kantiana está contida na crítica da razão prática: “O homem não é só razão pura, mas também razão prática. A consciência moral é um dado tão evidente quanto a ciência de Newton. É a razão aplicada à ação, à prática, à moral, cujos qualificativos só se podem predicar do homem. Somente a vontade humana pode ser boa ou má. As normas morais, os atos voluntários, apresentam-se à razão humana, na forma de imperativos. O imperativo é hipotético quando está sujeito a uma condição; é categórico quando é incondicional ou absoluto”.

A legalidade não se confunde com a moralidade. Um ato é legal quando coincide com a lei moral, quando exercido livremente, porque o deve ser. Se não se mata para não se sofrer as penas da lei, o que determina não é a norma ética, mas o temor do castigo. A vontade é pura, moral, quando suas ações são regidas por imperativos categóricos e não por imperativos hipotéticos.

A ação implica a matéria e o que se faz ou não, e a forma, a razão pela qual se faz ou se deixa de fazer. A ação é moral ou pura, quando feita em vista da forma e não do conteúdo. O imperativo categórico pode ser assim enunciado: “Age de tal modo que o motivo que te levou a agir possa tornar-se lei universal”. Essa universalização dos motivos da ação vincula a moralidade à forma pura da vontade.

A vontade humana é autônoma quando se outorga a própria lei; heterônoma, quando a recebe passivamente. Todas as éticas têm sido heterônomas, ao determinar a vontade pelas consequências da ação: recompensas, castigos, etc. Ora, a lei que não pode ser uma coleção de mandamentos, deve originar-se da vontade e consistir na necessidade e universalidade dessa mesma vontade.

A autonomia implica a liberdade. Se não se fosse livre, se se estivesse submetido ao determinismo, à lei dos “fenômenos”, não se seria responsável e não haveria moralidade. Ora, se a consciência moral é um dado, tão responsável quanto à ciência, nela própria deve-se encontrar suas condições de possibilidade.

Os postulados da razão prática são: a liberdade, a imortalidade e a existência de Deus. A consciência moral nos põe em contato com o puramente inteligível, o absoluto. A purificação total da vontade e sua perfeita coincidência com a lei moral, seria a santidade, ideal que só se pode realizar no mundo metafísico, das “coisas” em si, mundo no qual a realidade deve coincidir com o ideal, pois neste mundo, de violência e de injustiça, os ideais e os valores morais não se realizam.

A unidade, ou a síntese entre os dois mundos, do ser e do dever ser, realiza-se em Deus. Kant deduz, pois, a metafísica não da ciência, mas da ética. Segundo ele, precisou-se “suprimir o saber, para substituí-lo pela crença.” Kant estabelece o primado da razão prática, que alcança verdades inacessíveis à razão pura. O conhecimento ou saber está a serviço da lei moral e o homem quer saber, não por saber apenas, mas para se educar, para se aperfeiçoar e para progredir moralmente.

O progresso consiste no aperfeiçoamento moral do homem e é para regular condutas profissionais que surge a Deontologia. Atribui-se ao filósofo Jeremy Bentham a adoção do termo deontologia para designar a ciência dos deveres.

O vocábulo deriva do grego deonto (dever) e logos (tratado). Por Deontologia compreende-se a disciplina que versa sobre os deveres e direitos e prerrogativas de determinada categoria profissional, bem como de seus fundamentos éticos.

Por oportuno, cabe lembrar a lição de Epicteto, filósofo grego da Escola Estóica (50 – 127 d C).

O primeiro passo para viver com sabedoria é renunciar à vaidade [...]. Quando percebemos como de fato sabemos pouco, nos iludimos com menos facilidade por pessoas muito falantes, envolventes ou demagogas, e direcionamos melhor nossa curiosidade. [...]. A arrogância é a máscara mais banal da covardia. Mais grave ainda, é o maior empecilho para uma vida florescente. [...]. Toda pessoa neste mundo é importante. Se você realmente quer ter paz de espírito e bons resultados para seus esforços, deixe a presunção de lado. [...] O amor-próprio exagerado não só faz os outros se afastarem, pois é insuportável ter um tolo arrogante por perto como também leva à complacência, impedindo mudanças de rumo mais sadias. [...]. Para fazer bem qualquer coisa você precisa ter a humildade de tropeçar aqui e ali, de seguir seu faro, de se perder de vez em quando, de cometer erros elementares. [...]. O legítimo sentimento de satisfação por se alcançar um objeto meritório e difícil de conquistar não deve ser confundido com arrogância, que se caracteriza pela preocupação excessiva

consigo mesmo e à falta de interesse pelos sentimentos ou assuntos do outros.

Afugentar a bazófia e valorizar a circunspeção representa grandeza de caráter. Não se confunda altivez com prepotência no exercício profissional. A altivez é virtude que deve ser cultivada, enquanto a prepotência é postura eticamente imprópria para qualquer pessoa. Somente um profissional altivo saberá contornar situações conflituosas, inclusive reprimindo condutas éticas inadequadas dos outros figurantes.

Em alguns meios profissionais nem todos revelam estar vocacionados para desenvolver seus talentos. Fundamentalmente, o bom profissional possui admirável formação ética, que se obtém à base de escrupulosa atividade.

Em suma, temos que a Ética constitui-se em princípios universais, permanentes e teóricos, relacionados à própria natureza humana, inerentes à noção de certo e errado do indivíduo. Deontologia é o ramo da Ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais, cujas principais subdivisões são a ética normativa e a axiologia, disciplinando direitos e deveres e seus fundamentos éticos e legais em um patamar de maior exigência, com respaldo de funções, através de uma conduta atenta à eticidade.

Sendo a Ética um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade, sua finalidade é a de promover um equilíbrio e bom funcionamento social, embora não possa ser confundida com as leis, mas relacionada com o sentimento de justiça social, visto que edificada por uma sociedade com base nos valores históricos e culturais (BITTAR, 2010).

“À ética não é uma oscilação intelectual mas uma investida quase intuitiva, arraigada aos motes de sobrevivência, já que, diante das novas realidades, o indivíduo depara-se com a ética, não mais como uma realidade ideal, em que ele tem desafios e obstáculos nas relações que mantém, mas também procurando agir eticamente nas situações cotidianas, no intuito de obter uma melhor socialização. As atividades éticas ocorrem sempre que os valores em seu teor e exercício convertem-se em valores humanos e humanizadores, pelos quais a isonomia, a equidade, a justiça, a dignidade do indivíduo são salvaguardados, permitindo a evolução completa de cada um e de todos, para possibilitar, através do respeito mútuo entre

os cidadãos e destes para com o Estado, a concepção de uma sociedade mais compensada e eqüitativa”, conforme assevera, Olinda Sammara de Lima Aguiar¹.

O ser humano, conforme Bittar (2010), sempre carregará consigo a ética; a especulação ética permite a crítica dos valores e dos costumes, na medida em que estuda e compreende fatos e comportamentos valorativos. Ética é princípio, é atemporal, rege-se por um padrão universal, é regra e é teórica.

Já Deontologia refere-se, conforme citado anteriormente, ao ramo da Ética, cujo estudo tem como objeto os fundamentos do dever e as normas morais.

A Deontologia trata da origem, incidência e efeitos dos deveres, a partir da reflexão sobre o comportamento de valor ideal, fruto do juízo (ético) equilibrado e consciente, conciliador da liberdade individual e da responsabilidade social.

Também denominada “Teoria do Dever” compõe um dos dois ramos principais da Ética normativa, em conjunto com a axiologia, constituindo a Filosofia Moral (também conhecida por Ética) a base da Deontologia Geral: Há a existência de uma Deontologia direcionada, mencionada como deontologia profissional, existente, quando, ao revés de se deparar com uma ética normativa, lida-se com a ética descritiva e, inclusive, prescritiva de determinada conduta, em razão do exercício de uma função específica.

A Deontologia, segundo Kant, fundamenta-se em dois conceitos principais: a razão prática e a liberdade. Atuar por dever, por obrigação, é a maneira de conferir à conduta valor moral.

Quando a Ética Profissional ou Deontologia passa a ser objeto de regulamentação legal, converte-se em norma jurídica definida, obrigando a todos os profissionais integrantes daquela classe laboral.

Todas as profissões têm um Código de Ética (Deontologia), porque em todas elas está-se lidando com os semelhantes, motivo pelo qual o trato cordial é norma iniludível.

As normas deontológicas, quanto à função profissional, são claras e estão bem postas na legislação brasileira, dotadas não só de uma legislação específica mas também de dispositivos constitucionais e reconhecimento jurisprudencial em referência às prerrogativas funcionais.

¹ In “Considerações sobre ética, moral e deontologia jurídica na advocacia”.

2.3 Princípios bioéticos

A relação médico-paciente tem sofrido muitas reflexões de natureza bioética, sobretudo por envolver elementos de alta consideração e relevância que confrontam a liberdade de crença e religião, o princípio da beneficência com o princípio da autonomia.

Os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico.

Com isso evita-se que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme aspirações, valores ou interesses.

Dentro da direção jusnaturalista (natureza das coisas) os princípios apareceriam, segundo Legaz y Lacambra como “formalizaciones intelectuales de critérios de solución de interferências y de medidas unipersonales e justicias, ajustadas a las exigências dominantes de la naturaleza”.

Os princípios são decorrentes das normas ou dos subsistemas normativos. Derivam-se das idéias políticas e sociais, sendo um ponto de união entre o consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade e uma certa conexão com a filosofia política ou ideologia imperante.

Na Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 2002), a relação entre norma e princípios é lógico – valorativa, apoiando-se estas valorações em critérios de valor objetivo.

Empregando deduções, induções e juízos valorativos em sua aplicação, o princípio pode invocar os elementos de justiça, essenciais e, para tanto, penetrar o campo da justificação.

Assim é que o campo mais propício para a interseção entre Moral e Direito é o da ponderação de princípios. Nas causas supralégais de justificação, igualmente, há grande simbiose entre ambos, estando sob confronto o valor da legalidade e o valor da liberdade. Na ponderação entre eles tem precedência a liberdade, admitindo-se as causas de justificação supralégais.

O problema dos princípios é o dos valores; todo valor representa um conteúdo moral, portanto, a qualquer princípio corresponde um valor moral, de modo que não existem soluções unívocas para todos os conflitos imagináveis. A ponderação dos princípios prevaletentes depende, em grande parte, de considerações morais, como a preponderância dos princípios com assento constitucional, em detrimento dos

princípios situados em escalão imediatamente inferior (prevalência dos princípios constitucionais). Entre esses princípios constitucionais prevalece aquele cuja importância no caso concreto, é mais intensa (ALEXY, 1998, p.131). Se for denominado igual à intensidade da interferência de dois princípios do mesmo escalão, ocorre o denominado caso difícil, para cuja solução é decisiva a ponderação (Verhältnismässigkeitsgrundsatz) da prevalência dos princípios individuais sobre os bem coletivos (ALEXY, 1998, p. 131).

O estudo sistemático do comportamento humano, sob a luz dos valores e dos princípios morais, na área da vida e dos cuidados da saúde é de que se ocupa a Bioética, ou seja, Bioética é “O estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”. (PESSINI, Leo e FONTAINE, Barchi in Eutanásia e as Religiões. Bioética. Conselho Federal de Medicina – vol. 07, nº 01, 1999).

Segundo DINIZ, Maria Helena - O estado atual do biodireito – 2ª ed. Aum. e atual. de acordo com novo Código Civil – São Paulo – Saraiva – p. 09 / 2002, Bioética é “O 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 da vida, dignidade humana e saúde, que são inestimáveis”.

Também pode-se referir à Bioética como sendo:

... um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologia ética num contexto interdisciplinar” (TELLES JÚNIOR, 2002, p. XXI).

2.3.1 Bioética e direito à vida

O direito à vida é o primeiro e mais importante direito do ser humano; o Direito Positivo reconhece-o sem no entanto tê-lo criado; tal direito (direito da natureza humana) é imutável porque independe de circunstâncias; é ele inerente ao ser humano.

No enfoque do seu interesse para o direito reconhece-se a existência do Direito Natural, como sendo aquele que o Estado pode apenas reconhecer e não criar, decorrendo deste os direitos fundamentais do ser humano.

Em nossa Constituição (BRASIL, 1988), no art. 5º, *caput*, já há a consagração do direito à vida. Do direito à vida decorrem outros direitos necessários à boa convivência em sociedade. O problema se situa quando há necessidade de se garantir esses direitos que são naturais à própria existência humana, frente à defesa incessante de que o próprio desenvolvimento científico e tecnológico, através de sua pesquisa, justifica qualquer interferência nesses direitos, uma vez que o que se busca com eles é a melhoria da condição humana.

Sob a égide dessa bandeira, o interesse científico e tecnológico, às vezes quer sobrepor-se a direitos que, embora positivados, são naturais ao homem e, através das leis, obtiveram sua confirmação.

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que no art. 4º, seção I, declara: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”.

No país há legislação constitucional e infraconstitucional, que visa como primordial ao ser humano o direito à vida, procurando protegê-la contra os atentados perpetrados constantemente contra a pessoa humana, que demonstram de maneira falsa e distorcida que deve haver uma nova concepção sobre a questão da “vida”.

Essas novas e camufladas concepções buscam garantir, por exemplo, a pena de morte, visando a proteção da sociedade contra indivíduos de alta periculosidade; a garantia da prática abortiva, como disponibilidade que a mulher tem sobre a propriedade do seu corpo, sem discutir-se a vida que está sendo gerada dentro dela, viabilizando, desta forma a prática sexual irresponsável; a eutanásia como sendo um direito da família para aliviar a dor do paciente acometido de doenças tidas como irreversíveis, que permitem a morte na maioria das vezes de pessoas idosas que, pela sua vivência e experiência, ainda poderiam ser úteis no seio social e, mesmo que não tivessem mais utilidade, deveriam ser tratadas com a mesma dignidade com que trataram seus descendentes; a possibilidade da fertilização “in vitro”, não para ajudar casais que não são agraciados pela concepção humana, mas sim para ter-se um verdadeiro comércio de embriões que servem, na maioria das vezes, para produção de cosmético úteis às futilidades humanas (RODRIGUES, 1999, p. 191).

Embora a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais garantam o direito à vida, há em todos os lugares um discurso incessante para que se elaborem leis permissivas dessas práticas, contrárias à dignidade e vida humanas, em franca e incessante violência aos textos da lei (BRASIL, 1988).

Ninguém consegue e nem seria saudável parar o desenvolvimento científico e tecnológico. O que se busca acerca das discussões sobre temas polêmicos que envolvem a vida humana é que se tenha um controle, pautado na ética, na moral,

sem se desvirtuar do verdadeiro caminho da vida, buscando um equilíbrio entre a ciência e a dignidade humana.

No âmbito do Direito, temos hoje o que pode ser chamado de “bionomótica”, “biojurídica”, “direito da saúde” e “biodireito”, segmento autônomo de saberes jurídicos que têm a vida por objeto material nuclear.

Esse ramo do direito procura sanar o vazio legal existente, com relação às questões que envolvem a vida humana. Enfrenta ele questões epistemológicas fundamentais, cuja discussão ultrapassa a simples discussão acadêmica.

A Bioética é a ética aplicada à vida, enquanto o Biodireito é o estudo e a possibilidade jurídica de regulamentação de tudo aquilo que diz respeito à vida humana, tendo como ponto de partida a regra constitucional protetiva à vida. O mais complicado tem sido definir o que cabe à Ética e o que cabe ao Direito.

Casos e discussões doutrinárias devem possibilitar a criação de mecanismos que funcionam como freio à prática desregrada e abusiva de experiências com relação à vida humana. O que se espera é que se chegue a um consenso geral de que a ciência e a técnica não são a solução de todos os problemas humanos, com a superação da ética.

Menciona-se, atualmente, a Macrobioética, abordando matérias como a Ecologia, visando a preservação da espécie humana no planeta, ou a Medicina Sanitária, direcionada para a saúde de determinadas comunidades ou populações, e a Microbioética voltada, basicamente, para o relacionamento entre os profissionais de saúde e os pacientes, e entre as instituições (governamentais ou privadas), os próprios pacientes e, ainda, no interesse deles, destas com relação aos profissionais de saúde.

A visão do ético não trata de moldar o que é lícito ou não à evolução da ciência e da tecnologia, mas, isto sim, à luz de novos conhecimentos, trazer perspectivas inimagináveis para o futuro da espécie humana, e das novas experiências de vida, reavaliando os valores tradicionalmente atribuídos à vida, à morte, à saúde e à liberdade.

Há uma “ética da liberdade” com um posicionamento ético, individual, tão “descentralizado” quanto possível dos valores morais de um determinado grupo ou sociedade. Idealmente, se toda pessoa tiver a condição intrínseca de poder escolher entre o construtivo (bom, certo) e o destrutivo (mau, errado), o eficaz e o ineficaz, porque os consideramos valores consolidados, emanados de um juízo externo ao

indivíduo, existirá contínuo questionamento dos valores estabelecidos com maior liberdade no ajuste das regras às situações novas.

Inserida no contexto mais abrangente de Ética, a Bioética deve ser livre, considerando o mérito de cada uma das questões inerentes à vida e à saúde humana. Por ser basicamente livre, é inadmissível o estabelecimento de uma doutrina bioética, válida para determinados grupos sociais, comunidades, nações ou conjunto de países. O que se propõe é uma estratégia de abordagem, podendo ser comum, dos problemas inerentes à vida e saúde humanas. Bioética é, definitivamente, campo de ação e de interação de profissionais e estudiosos oriundos das mais diversificadas áreas do conhecimento humano.

Médicos, Biólogos, Psicólogos, Psicanalistas, Cientistas Sociais, Filósofos, Religiosos, Juristas, Enfermeiros, são apenas exemplos de pessoas de diferentes formações que têm um papel a desempenhar na discussão bioética, porque a Bioética, discutindo a vida e a saúde humanas, não apenas interessa a todos os homens, mas requer, para essa discussão, a bagagem do conhecimento de todos esses profissionais.

Frise-se que a Bioética, mormente sua face voltada para o relacionamento com os pacientes, não diz respeito apenas à atividade do médico, não há diferença entre o vínculo Médico-paciente, Psicólogo/paciente, Fisioterapeuta/paciente e, assim, para todas as outras ligações entre os pacientes e os profissionais da saúde.

Em razão de as mais candentes questões da Bioética dizerem respeito à vida e à saúde de cada um dos componentes da sociedade, tem-se que esses temas devem ser abordados e discutidos dentro da própria sociedade, com um leque de participação de pessoas tão aberto quanto possível.

Matérias como a engenharia genética, a reprodução assistida, o aborto, o planejamento familiar, a disponibilidade ou não de órgãos para transplantes, o suicídio assistido, interessam à pessoa, portanto ao cidadão, sendo que sua regulamentação procedida democraticamente, é um coroamento dos “direitos da cidadania”. Não serão mais colegiados de médicos ou de juízes, ou de qualquer outro grupamento corporativo, que hão de decidir sobre matérias que dizem respeito aos aspectos mais íntimos da vida de cada ser humano. São eles, como nós, todos seres humanos, atuando como sujeitos (e não como objeto de seu destino), que vão se manifestar sobre o que se considera adequado ou inadequado, construtivo ou destrutivo para o convívio em sociedade.

A conceituação de Bioética aqui mencionada teve, basicamente, dois objetivos. O primeiro foi o de tentar definir a abrangência deste estudo, delineando as grandes questões a serem enfocadas. O segundo, criar um método, que incluía a experiência psicanalítica, de se avaliarem todas essas questões.

Beauchamps e Childress (1989) quando mencionam seus critérios para aceitação de uma construção teórica em Ética não descartam quaisquer das grandes linhas de pensamento ético através dos tempos e preferem pontuar aspectos que consideram positivos, a invalidá-los em razão de posições das quais discordam, cobrando de todas elas pré-requisitos, quais sejam: 1. Clareza; 2. Coerência; 3. Abrangência; 4. Simplicidade; 5. Poder (força) explanatória; 6. Poder (força) de elaborar justificativas; 7. Poder inovador; 8. Praticabilidade.

Partindo de tais pressupostos os autores analisam o utilitarismo de Bentham e Mill, o Kantismo, a ética das virtudes, o individualismo liberal, o comunitarismo, a ética baseada nos “princípios de moralidade comum; a ética que leva em conta o envolvimento emocional (*ethics of care*), buscando uma convergência entre todas as teorias”.

Destaca-se em relação à *ethics of care*, proposta, inicialmente, pela Psicóloga Carol Gilligan e pela Filósofa Annete Baier, que ela se opõe, teoricamente, a posturas como as de Platão e de Kant, que apontam inclinações, emoções, sentimentos e paixões como obstáculo para um “juízo moral”. Ações causadas por sentimentos como o amor, a solidariedade, a paixão, segundo eles podem ser “boas” mas não “moralmente boas”, porque elas se embasam numa estrutura cognitiva.

Gilligan insiste em que se ouça *the voice of care* (a voz do “coração”) mais própria das mulheres, e não apenas a “voz dos direitos”, a voz “dos deveres” e a voz da “justiça”. Acrescenta que os homens tendem a abraçar uma ética de direitos, usando terminologia quase legal e princípios imparciais, acompanhados de uma reflexão desapaixonada, ao passo que as mulheres tendem para uma “*ethics of care*”, centrada na responsabilidade e numa rede integrada de necessidades, cuidados e prevenção dos perigos.

Fica, assim, claro, que a Bioética não é uma linha a mais de pensamento ético, mas uma área de estudo que deve se aproximar da “*ethics of care*”. Alisa Casse absorve propostas que vão desde a “Ética das virtudes”, de Edmond

Pellegrino, até o enfoque absolutamente legalista que se pode utilizar para a solução dos candentes problemas de relacionamento humano.

Mesmo as posturas morais mais legalistas, fundamentadas no “dever ser” racionalista e não no “ser emocional” estão alicerçadas em sentimentos, quais sejam a solidariedade, o desejo de justiça e o “medo” da nocividade do homem, “que precisa ser regulamentado, contido e reprimido para não se auto-destruir”.

A Bioética sendo uma ética prática e que visa “dar conta” de conflitos e controvérsias morais, implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da vida e da saúde, distingue-se da mera ética teórica, mais preocupada com a forma e a “cogência” dos conceitos e dos argumentos éticos.

Embora não possa abrir mão das questões propriamente formais e tradicionalmente estudadas pela Metaética, está instada a resolver conflitos éticos concretos.

Pode-se dizer que a Bioética tem uma tríplice função: 1. Descritiva – consistente em descrever e analisar conflitos; 2. Normativa – com relação aos conflitos tem duplo sentido de proscriver comportamentos reprováveis e prescrever aqueles considerados corretos; 3. Protetiva no sentido bastante intuitivo de amparar os envolvidos em disputa de interesses e valores, priorizando quando necessário os mais “fracos” (SCHRAMM, 2002).

Tomar como base a maximização da “qualidade de vida” ou em realidade do prazer, não pode servir como base racional para resolver questões. Finnis propõe uma Bioética com bases racionais, diferenciadas e enraizadas na tradição clássica e nos filósofos analíticos do Século XX. Diversas são as Teorias que procuram embasar os fundamentos da Bioética.

Apesar do reconhecimento da qualidade de pessoas a todo ser humano, autores como H. Tristram Engelhardt Jr. e Peter Singer chegaram a negar essa idéia, na perspectiva reducionista de atribuir a qualidade das pessoas apenas aos seres humanos que se encontram no pleno domínio de sua racionalidade.

Engelhardt defende em sua obra “Fundamentos da Bioética” que nem todos os seres humanos são especiais, apenas se podendo considerar como tais os indivíduos moralmente competentes, que não se podem comparar a fetos ou crianças pequenas. Apenas são pessoas aqueles que se mostrem capazes de atos de racionalidade, como, por exemplo escrever ou ler obras de filosofia, preocupando-se com argumentos morais, podendo ser convencidos por eles,

fazendo acordo, acatando determinadas opções, transmitindo autoridade. Para ser pessoa seria preciso possuir autoconsciência, pois, na falta desta, os atos realizados seriam apenas acontecimentos, não ações. A pessoa precisa ter condições de avaliar as consequências e os significados de suas decisões. Pessoa, assim, é apenas o agente moral, aquele que “possui a racionalidade moral, no sentido de ser capaz de apreciar o fato de que as ações podem estar vinculadas a um sentido de merecimento de acusação ou merecimento de elogio” (ENGELHARDT JÚNIOR, 1998).

Em decorrência dessa posição, sustentou que “os fetos, os bebês, os deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma sem possibilidade de recuperação, são humanos mas não pessoas”.

O autor afirma que pretendia apenas apresentar uma possibilidade de moral secular, diante do “fracasso do moderno projeto filosófico em justificar uma moralidade canônica”.

Em obra mais recente, Engelhardt alterou, radicalmente, defendendo uma Bioética com bases cristãs.

Olinto Pegoraso refuta a tese de Engelhardt, sustentando que “o conceito de pessoa tem [...] atrás de si, milênios de história e muitas formulações, sendo algumas mais, outras menos elaboradas” incorrendo Engelhardt, no equívoco de se referir de forma excessivamente apressada à história, motivo pelo qual sua tese “sofreu enorme resistência da crítica filosófica, ética e religiosa”.

Reinaldo Pereira da Silva se insurge também contra as idéias de Engelhardt, quanto à criação de duas categorias de seres humanos – “os que são e os que não são pessoas, afirmando ser essa teoria fragmentaria e discriminatória, falhando ao não reconhecer valor intrínseco algum ao ser humano, mas apenas o valor convencionado pela chamada comunidade rural”.

O mesmo pretexto utilizado por Engelhardt parece ter motivado Paul Singer a desenvolver considerações éticas que, em vários pontos, se assemelham às daquele.

Singer considera que um ente não tem valor, simplesmente pelo fato de pertencer à espécie *homo sapiens*. Para ser considerado pessoa, o ser humano deve apresentar qualidades essenciais; “capacidade de vivenciar a experiência de alguma coisa, de sentir dor, de ter sentimentos, autoconsciência, racionalidade.” Para ele o problema de tirar a vida apenas merece ser considerado em relação

àqueles indivíduos que podem perceber, concretamente, que têm uma vida e que compreendem sua existência ao longo do tempo, pois pessoa é “apenas o ser que pode viver uma vida biográfica, não meramente biológica” (SINGER, 2002, p.390).

O autor assume sua postura utilitarista e a avaliação de que, se algum ato é moral ou não, depende principalmente do resultado a que conduz.

Apesar de desvalorizar, absurdamente, todo ser humano que não se apresente à perfeição exigida por ele, Singer pleiteia mais respeito para os animais, afirmando não existir razão para que se lhes dispense menos consideração que aquela dirigida aos membros da espécie humana.

Deve-se buscar a raiz humanista da Medicina e essa operação deve elaborar a redescoberta hipocrática, segundo Edmund Pellegrino. Beauchamp e Childress propõem uma *teoria de princípios* para a ética biomédica, abrangendo: autonomia de Medicina; não malefício, benefício e justiça. Nessas Teorias, cinco pontos são propostos por Robert Veatch, fundamentais, para ele, na relação médico – paciente: autonomia, justiça, compromisso, verdade e não matar.

A teoria utilitarista objetiva os bens suscetíveis de satisfazer aos desejos e às exigências do homem em sociedade e implica em indagação, objeto da Filosofia Econômica. Procura-se transformar o valor do útil no valor por excelência, marcando a linha dominante do processo histórico, onde todos os outros valores, inclusive o ético e o religioso, são simples resultantes de processos técnicos de produção, ditados pelas exigências crescentes da vida social.

A vida, como tal, não é um valor primordial, mas todos os valores, em certo sentido, referem-se à vida, sendo ela veículo de estimativas. O valor vital pode se considerar redutível ao útil, em acepção lata do termo. O útil só o é, na medida em que se harmoniza com exigências fundamentais da existência. Poderia se falar, segundo Miguel Reale, em útil-vital, marcando uma única integração axiológica. A Teoria Utilitarista, em contraposição direta com o paradigma tradicional da ética médica, remove a sacralidade da vida humana do centro da discussão e a substitui pelo paradigma da qualidade de vida.

O termo é deslocado, na década de 70, do século XX, para uma discussão dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico, mais tecnicista e com um viés pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudados pela ética.

Singer entende que chimpanzés e orangotangos são pessoas, no sentido que atribui a essa palavra (têm capacidade de perceber sua existência ao longo do tempo), enquanto retira a mesma palavra de todo ser humano que não seja racional e autoconsciente.

Há outras pessoas nesse planeta. A evidência de personalidade é neste momento mais conclusiva para os grandes macacos, mas baleias, golfinhos, elefantes, macacos, cachorros, porcos e outros animais podem eventualmente também se mostrar conscientes de sua própria existência ao longo do tempo e capazes de raciocínio. Então eles também terão que ser considerados como pessoas (SINGER, 1995, p. 182).

As idéias iniciais de Engelhardt e os argumentos de Singer mostram-se contrários a qualquer posicionamento comprometido com o personalismo ético e com a promoção da dignidade da pessoa humana, quando, hoje, não se pode deixar de reconhecer a todo ser humano a qualidade de pessoa, e todo ordenamento jurídico que assim não proceder será injusto e não poderá ser considerado como forma legítima de revelação do Direito.

Genival Veloso de França demonstra o perigo da teoria dos autores, citados, reduzindo o reconhecimento da qualidade de pessoas aos seres que apresentam certo nível de racionalidade:

... é perigoso dizer-se que a vida só deve ser preservada quando constituir um veículo para a consciência e que apenas a consciência tem valor. Pode-se até admitir que alguém se expresse e se aperfeiçoe mediante uma atividade, porém, não se identifica, com ela. Aquele pensamento pode levar a políticas eugênicas e propostas seletivas onde, certamente os grupos discriminados seriam mais vítimas ainda; uma nobre intenção de hoje, capaz de se transformar num pesadelo amanhã (FRANÇA, 1999, p, 78).

A lição de Ingo Wolfgang Sarlet vem no sentido de que todo e qualquer ser humano possui a mesma dignidade, independentemente de seu grau de discernimento. “Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz”.

No mesmo sentido, a lição de Rabindranath Capelo de Souza:

Dado que cada ser humano participa integralmente e por igual do bem insubstituível e inacrescentável da vida e de um modo único e irrepetível, qualquer vida humana não pode ser comparada ou ponderada com a vida de outrem e nem mesmo com a de uma pluralidade humana. Assim, todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital e são insupríveis e infungíveis entre si, quaisquer que sejam, v.g., a raça, o sexo, a ascendência, a situação econômica, a condição social, o grau de crescimento, as deformações e as insuficiências. Pelos mesmos motivos, a ninguém é lícito sacrificar a vida de outrem, para salvação das vidas de uma pluralidade de homens, que não sejam agredidos por aquele (SOUZA, 1995, p. 205).

A biossegurança, a biotecnologia e a intervenção genética em seres humanos, as controvérsias morais como o aborto e a eutanásia, requisitavam abordagens e respostas mais ousadas em uma ciência transdisciplinar e dinâmica.

Por ser a Bioética um campo disciplinar compromissado com o conflito moral na área da saúde e da doença dos seres humanos e dos animais, não humanos, seus temas dizem respeito a situações de vida, sempre em pauta na história da humanidade.

A idéia é de que a ciência não é mais importante que o homem. O progresso técnico deve ser controlado para acompanhar a consciência da humanidade sobre o efeito que se pode ter no mundo e na sociedade; para que novas descobertas e suas aplicações não fiquem sujeitas a todo tipo de interesse. Principalmente para que, assim, não se repita e não se esqueça da tragédia do holocausto, quando médicos nazistas aplicavam práticas abusivas em nome da ciência, sem limite de estudos.

Em outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos que consolida os princípios fundamentais da Bioética, define e promove um quadro ético normativo comum, a ser utilizado para formulação e implementação de legislações nacionais.

2.4. Deontologia médica, religiosa e jurídica

A sistematização do conhecimento humano efetivou-se por meio da escrita, preservando um legado de crenças, transmitido de geração em geração, sustentado na tradição cultural e na moralidade dos povos apócrifos.

Os sistemas logográficos (a escrita *stricto sensu*) aparecem tardiamente na história da humanidade.

Situam-se há aproximadamente 6 (seis) mil anos, no IV milênio a.C. Os primeiros sistemas (cuneiformes) de escrita representam diretamente a linguagem oral. A invenção da escrita, ao que tudo indica, além de recuperar experiências passadas, a chamada “reserva gráfica” da humanidade, produziu-se várias vezes, em diversos pontos do mundo, em sociedades ditadas de uma “indústria” relativamente desenvolvida, um comércio ativo e um Estado Organizado, respondendo, sempre, às necessidades da civilização urbana. A história externa dos sistemas de escrita apresenta lacunas de documentação e é difícil de ser seguida. A elaboração de códigos morais segue o mesmo roteiro.

É para garantir a adequada convivência humana que se consolidam os fundamentos de articulação cosmológica e social das civilizações; consolidam-se as decisões de conflitos morais, e a convicção dos limites legais e das eventuais penalidades que regulamentam as relações humanas.

É consensual a necessidade do aperfeiçoamento das normas de conduta que permeiam a convivência entre os homens.

A construção de legislações específicas são imperativas para a manutenção do comportamento humano entre os atores sociais.

2.4.1. Deontologia médica

Os códigos de Ética Médica especificam normas de comportamento moral dos médicos, o que representa grande conquista da sociedade moderna.

Essa moral codificada deve ser passível de mudanças periódicas, acompanhando a evolução dos costumes sociais e o avanço do conhecimento científico, tanto das ciências naturais, quanto das ciências humanas.

Nesse contexto o Conselho Federal de Medicina – CFM, efetuou revisão do Código de Ética Médica – CEM de 1988, por meio da designação de uma Comissão Nacional, que promoveu ampla consulta aos médicos de todo o território nacional e à sociedade civil organizada, a análise dos CEM de outros países, os códigos brasileiros pretéritos e a eventual incorporação de alguns referenciais bioéticos, após o que o novo CEM foi aprovado na IV Conferência de Ética Médica, em agosto de 2009, em São Paulo. O novo CEM é composto por 06 incisos em seu Preâmbulo, 25 em forma de princípios fundamentais, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e 04 disposições gerais.

Introduz-se aqui, à guisa de releitura, os conceitos de Deontologia e de Diceologia. *Deontos*, do grego, significa dever, juntamente com *Logos*, estudo e forma o termo Deontologia. Portanto a Deontologia é um estudo dos deveres do Médico (deontologia médica) que se pode compreender como Moral Médica, isto é, o elenco das obrigações que o Médico tem, ao “assumir o seu mundo profissional”, o paciente, a família do paciente, a sociedade em geral, o colega, o Estado, etc. À Deontologia, cabe a conceituação para o exercício profissional, dentro de qualquer uma das prestações de serviços de saúde; será uma questão de “dever ser”, e não de “ser”, de acordo com o que se define e se defende para a postura ética individual, internamente assumida e progressivamente amadurecida.

Por outro lado, a Diceologia = *dikess* que, em grego significa direito – será a moral dos direitos. Assim como já se viu, a Deontologia é a codificação dos deveres profissionais e a Diceologia será a codificação dos direitos profissionais.

Trata-se de uma divisão entre Deontologia e Diceologia bem “moralista”, codificada de fora para dentro, portanto de cada profissional, pouco tendo a ver com a Ética resultante do desenvolvimento da personalidade, em que direitos e obrigações não são sentidos como tal, vindo o ser humano a atuar como “ser social”, em resultado do seu próprio, autônomo, ajuste às necessidades de convívio.

Há irrecusável necessidade de regulamentação social, não apenas para o exercício das profissões, mas também para permitir *lato sensu* a sobrevivência tão harmônica quanto possível de determinado grupo social. Para isto é que existem (e sempre existiram) as codificações religiosas, escritas ou transmitidas oralmente de geração a geração e as codificações positivadas.

Os princípios fundamentais do CEM referem-se a metas valiosas, de caráter amplo e genérico, que norteiam a moralidade do exercício da Medicina.

Grandes conceitos se enquadram na categoria de moralidade máxima e não deverão ser utilizados como elementos para efeito de abertura de sindicância e processos ético-profissionais contra os médicos.

Eles orientam a elaboração de normas deontológicas, consideradas como *mínima moralia* que são regras de cumprimento obrigatório por todos os médicos. Descrevem situações fáticas específicas de possíveis transgressões ao CEM e constituem instrumento hábil para o controle do exercício profissional.

Todos os princípios fundamentais são apresentados em forma de incisos, guardam vínculos de conteúdo com normas deontológicas em forma de artigos e nos

artigos revelam-se evidências de violações de normas deontológicas, possibilitando abertura de sindicância em processos ético-profissionais.

A exemplo dos conselhos médicos de outros países, o CEM/CFM introduziu incisos com o propósito de atender questionamentos outorgados pelo avanço do conhecimento científico, considerando novas bases humanistas e as referentes ao respeito pelo ambiente. Com isso, a classe médica obteve um instrumento sintonizado com o respeito ao exercício da cidadania plena e o paradigma diocêntrico emergente que se impõe como substituto ao antropocentrismo vigente e extremado.

O CEM não apenas define, mas também orienta, promovendo tanto a ação quanto a reflexão éticas, pressupostos contemporâneos para a ética aplicada.

No conteúdo do CEM elencam-se 14 (quatorze) capítulos, mais um Preâmbulo, assim distribuídos: Sumário; Capítulo I – Princípios fundamentais; Capítulo II – Direitos do Médico; Capítulo III – Responsabilidade Profissional; Capítulo IV – Direitos Humanos; Capítulo V – Relação com pacientes e seus familiares; Capítulo VI – Doação e transplante de órgãos e tecidos; Capítulo VII – Relação entre Médicos; Capítulo VIII – Remuneração Profissional; Capítulo IX – Segredo Médico; Capítulo X – Atestado e Boletim Médico; Capítulo XI – Perícia Médica; Capítulo XII – Pesquisa Médica; Capítulo XIII – Publicidade e Trabalhos Científicos; Capítulo XIV – Disposições Finais.

Por oportuno e em síntese ao CEM, transcreve-se o Preâmbulo que sintetiza as orientações deontológicas e diceológicas, em vigência no CRM:

Preâmbulo

I – O presente Código contém as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem.

II – As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III – Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV – À fim de garantir o acatamento à cabal execução deste Código, cabe ao médico comunicar ao Conselho Regional de Medicina, com discrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível negligência do presente Código e das Normas que regulam o exercício da medicina.

V – A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das Comissões de Ética, das autoridades da área da saúde e dos médicos em geral.

VI – Os infratores do presente Código sujeitar-se-ão às penas disciplinares previstas em lei.

2.4.2 Deontologia religiosa

Toda pessoa reflexiva e séculos de debate sobre a origem da ética resumem os preceitos éticos independentes da experiência humana ou são invenções humanas. Da escolha entre essas hipóteses depende a diferença no modo de se ver como uma espécie mede a autoridade da religião e determina a direção do raciocínio moral.

A solução não é entre crentes religiosos e secularistas, entre transcendentalistas e empiristas, pois são decisões entrecruzadas no pensamento metafísico.

Os códigos éticos são preceitos alcançados por consenso, sob orientação das regras inatas de desenvolvimento mental. A religião é o conjunto de narrativas míticas que explicam a origem de um povo, seu destino e porque é obrigado a observar rituais e códigos morais. Crenças éticas e religiosas são criadas pelos povos e para sua cultura.

A religião surgiu sobre uma base ética e, provavelmente, sempre foi usada de uma forma ou de outra para justificar códigos morais.

O medo, a compreensão e o controle da vida são fontes do poder religioso. Para explicar o sentido da vida tecem-se narrativas míticas da história tribal, povoando o cosmos de espíritos e deuses protetores. A existência do sobrenatural atesta a existência de um outro mundo, às vezes desesperadamente desejado.

A religião também é fortalecida pelo tribalismo. Os Xamãs e os sacerdotes dão a importância mística para o amor e a marca solene dos ritos de passagem, culturalmente inventados, milhares de vezes através da história, inevitavelmente como marca do comportamento instintivo, guiado para certos estados por regras de desenvolvimento mental baseadas em emoções.

A mente humana, formadora de símbolos, procura desenvolver culturas que sejam recompensadoras. Na religião existe o ritual e a prece para contatar diretamente o ser supremo, a consolação dos correligionários, para atenuar a dor, dar explicações do inexplicável e a comunhão (comum união) com o todo que ultrapassa a compreensão.

A comunhão é a chave e a esperança surgida dela é eterna, na perspectiva de uma jornada espiritual de luz que pode ser realizada nesta vida, refletindo na mente crescentes níveis de iluminação, possibilitando uma união mística com o todo.

Nas grandes religiões a iluminação é expressa pelo *Samadi* (Lindu), *Datori* (zenbudista), *suna-wi* (taoísta) e renascimento cristão pentecostal.

Existe uma natureza humana de base biológica e ela é relevante à ética e à religião. A laicização do Direito recebeu um grande impulso no século XVII, através de Hugo Grócio, que pretendeu desvincular Deus da idéia do Direito Natural (“O direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos”).

Modernamente povos adiantados separaram o Estado da Igreja, cada qual com ordenamento próprio. Porém alguns sistemas jurídicos, especialmente no Oriente, continuam regidos por livros religiosos.

Relembre-se ser a Religião um sistema de princípios e preceitos, visando realizar um valor supraterrreno, que é a divindade. Sua preocupação fundamental é levar o homem à busca e à conquista da felicidade eterna, indo mais do que da descrição do além e da figura do Criador. Define o caminho a ser percorrido pelo homem, estabelece uma escala de valores a serem cultivados e dispõe sobre a conduta humana.

Ao definir o comportamento social, a religião é instrumento de harmonia entre as pessoas. “A injustiça e a imoralidade que diminuem o homem e impedem o desenvolvimento da personalidade, são intoleráveis para as pessoas verdadeiramente religiosas.”

Nelson Hungria - Comentários ao Código Penal - enfatizou a importância da religião na paz e equilíbrio social:

A religião tem sido sempre um dos mais relevantes instrumentos no governo social do homem e dos agrupamentos humanos. Se esse grande fator de controle enfraquecer apresenta-se o perigo do retrocesso do homem às formas primitivas e anti-sociais da conduta, de regresso e queda da civilização, de retorno ao paganismo social e moral. O que a razão faz pelas idéias, a religião faz pelos sentimentos. (HUNGRIA, 1977)

Ao se indagar o que é a religião, temos Alexandre de Moraes que esboça sinteticamente que “a religião é um complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus e acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto.”

Sobre a especificidade do fato religioso, Jean Rivero tece as seguintes considerações:

A religião afirma a existência de realidades sobrenaturais, a propósito das quais o homem está em situação de dependência: a religião organiza as relações que esta dependência postula. [...] O crente adere a esta informação, acerta esta organização de suas relações com o sobrenatural. Em vista disso, sua adesão transborda largamente a simples profissão de uma opinião num domínio, pois ela comporta não uma mera preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade considerada como objetiva, transcendente e superior a todas as outras, [...] Enfim, a religião, e notadamente as grandes religiões monoteístas, como as seitas que delas derivam, exercem sobre o crente uma possessão total. Na medida em que elas lhe fornecem uma explicação global do seu destino, elas ditam seus comportamentos individuais e sociais, modelam o seu pensamento e sua ação. Porque afirmam a prioridade da ordem sobrenatural sobre toda ordem humana, conduzem cada crente conseqüente consigo mesmo a preferir, em caso de conflito entre o poder do Estado e os imperativos de sua fé, a obediência à regra mais alta. (RIVERO, 1997, p. 148)

A religião é um modo de expressão espiritual, cultural e ideológica de um agrupamento humano e por isso deve ser respeitada, especialmente nas hipóteses em que o exercício de seus dogmas e prescrições não causam lesões aos direitos de terceiros.

Para Tomás de Aquino, a moral religiosa serve para todos os seres humanos, independente da religião, visto que, para ele, a Moral está intrinsecamente vinculada ao “ser do homem”. A Moral não é concebida como algo imposto exteriormente, visando o controle das ações, mas sim como algo interior que propicia a auto-realização humana, a totalidade do ser do homem, ao que se é enquanto homem. Então, é necessário que se conheça qual é este ser do homem; é o homem – espírito, unido à matéria, em potência que ainda não atingiu a estatura a que está chamado e para quem a Moral se expressa na sentença de Píndaro: “Torna-te o que és.” O agir moral é que tornará ao homem possível trilhar o caminho que conduz ao *ultimum potential* humano, fazendo-se necessário agir com virtude. Para Tomás entre as virtudes cardeais está a “prudência”, mãe de todas as outras virtudes – justiça, fortaleza, temperança – que não podem se realizar se não houver prudência. A prudência é a *recta ratio agibilium* nas coisas agíveis. Para agir com reta razão é necessário, em primeiro lugar, ver a realidade, com lucidez, o que implica não ser afetado por uma série de outros interesses pessoais, corporativos, partidários. Ao se conseguir ver a realidade, de forma lúcida, deve-se agir de acordo com o que foi visto, mas não deixando outros interesses interferirem na ação. Alcançadas essas duas condições configura-se o agir com prudência.

Assim, ser moral para Tomás, significa agir com virtude, propiciando o desenvolvimento do potencial latente que há no ser do ser humano, possibilitando trilhar o caminho do “torna-te o que és.”

O foco a partir do qual tudo se expende e para o qual tudo converge é a consciência do homem, de sua própria existência, a consciência subjetiva que o confronta com o fato inarredável de que é um ser finito e seu poder sobre a vida é nulo. Bem, mal, amor, ódio, medo, emoções, conflitos de toda ordem, as incertezas, o crescimento, a morte, a ânsia por viver, a dor, o desamparo, a solidão, o desconhecido que se apresentam todo tempo, são experiências humanas nas quais o homem mergulha e com as quais deve aprender a lidar em seu próprio benefício, mas sobre cuja realidade não tem qualquer poder ou ingerência. Nessas espécies é que se esconde o potencial latente que ele procura trilhar amparado pela religião.

A título de ilustração reporta-se a uma interpretação do ideário nietzschiano, considerando suas objeções ao mesmo, quando enfatiza práticas religiosas que salientam o contrário dos estados psicofisiológicos, relativos à possibilidade do ser humano desenvolver uma vida cotidiana, marcada pela saúde orgânica, pelo bem – estar e pela alegria. Circunstâncias maleficamente degenerativas da vida humana decorrem pelo destaque de conceitos moralistas de “culpa”, “arrependimento”, “pecado”, “punição eterna” entre outros. A prática religiosa que se sustenta sobre essas bases, em lugar de fornecer os estados criativos do fiel, motiva violenta depressão, pois este teme o desvio da conduta fixada pela moralidade religiosa estabelecida, acreditando, assim, desagradar a esfera da divindade.

“A elaboração de uma escatologia do pecado, da punição espiritual, a ser aplicada ao infiel que descumpra os pretensos mandamentos divinos, rompe”, segundo Nietzsche “com a mensagem divina de beatitude e serenidade psicológica, pois estimula a formação de afetos e de medo nas disposições individuais”. (BITTENCOURT apud NIETZSCHE, 2008).

A ameaça de sofrer eternamente no palco de expiações do Inferno é um recurso coercitivo, que submete o cristão devoto aos interesses particulares da casta sacerdotal, a qual é movida pelo rancor contra todo tipo de ação que contraria suas expectativas moralistas, pois nada lhe desagradaria mais do que o desvio de conduta de um indivíduo, isto é, a sua ousadia em agir de forma singular. É a partir de tal perspectiva que Nietzsche “ironiza o fato de Dante Alighieri inserir no portal do “Inferno” (de sua Divina Comédia), a inscrição: Também a mim criou o eterno amor,

quando, na verdade seria mais adequado dizer: “Também a mim criou o eterno ódio” (NIETZSCHE, 2008).

2.4.3 Deontologia jurídica

É imprescindível o estudo crítico do comportamento em sociedade do profissional, na vivência autêntica do aperfeiçoamento moral, sendo elementar e objetivo, dos mais conscientes, despertar e resgatar no homem o dever de fazer da ética a preocupação diária de cada ser humano, no singular exercício de sua profissão.

Na árdua tarefa de desvendar a ruptura ética com a humanidade, a ética profissional torna-se assunto de profunda relevância a ser analisado.

O bem coletivo deve mostrar-se em evidência, exigindo o bom senso para ser reconhecido e para que a vontade geral predomine sobre os interesses pessoais. E aí está o núcleo ético da responsabilidade dos atuais trabalhadores do Direito, arquitetos de comportamentos ideais com o dever de definir novos padrões para as relações sociais.

O verdadeiro amor à profissão e a tudo que esta representa deve ser implementado pelo princípio fundamental da moralidade e da ética entre os profissionais, na digna realização do seu labor, mesmo que frente ao complicado cenário das relações humanas.

As noções universais de Ética, Moral e Deontologia Jurídica devem ser inseridas na efetiva aplicação do exercício da Advocacia, objetivando uma abordagem concreta da ação diária do Advogado, frente ao atual quadro profissional, considerando que a clássica figura do causídico autônomo tem sido substituída pela inovação do Advogado com liame empregatício, atuando na condição de empregado nas sociedades de advogados, empresas privadas e órgãos públicos.

A ausência de conhecimentos deontológicos e de deveres éticos de forma mais abrangente acaba por originar dificuldades no exercício profissional, apesar da preconização pela competitividade e empreendedorismo, devendo a Advocacia sujeitar-se aos aperfeiçoamentos morais, éticos e democráticos.

A alegação do mister do Advogado aos conhecimentos e convicções de liberdade e independência busca a efetiva aplicabilidade de normas jurídicas e

institucionais, como reguladoras deste ofício, que constitui um dos mais importantes serviços prestados à sociedade moderna.

Comumente ao nos reportarmos ao vocábulo Ética confundimos com o conceito de Moral, engano justificável, dada a similaridade da definição histórica entre ambos. Repetindo e esclarecendo a distinção temos que a Ética constitui-se em princípios universais, permanentes e teóricos, relacionados à própria natureza humana, inerentes à noção de certo e de errado do indivíduo.

Quanto à Moral é um conjunto de normas obrigatórias que regulam o comportamento do homem em sociedade, temporais, desenvolvidas ao longo da vida, através da educação, tradição e relações cotidianas, sendo definida por Durkheim como “a ciência dos costumes.”

Na Ciência do Direito se utiliza o termo Deontologia, introduzido por Jeremy Bentham, em 1834, como referência ao ramo da Ética, cujo objetivo de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. Temos como principais subdivisões a Ética normativa e a Axiologia, disciplinando os direitos e deveres dos operadores do Direito e seus fundamentos éticos e legais.

Na conceituação dos institutos da ética, moral e deontológica, no exercício da advocacia, vislumbra-se a importância da atividade dos causídicos, catalisadores da pacificação social, tendo a necessidade de impor a esses profissionais um patamar de maior exigência no respaldo de sua função, através de uma conduta atenta à eticidade.

O Advogado tem o poder-dever de defender os interesses e os pretensos direitos de seus clientes, sendo autorizado pelas instituições competentes de cada país, a exercer o *jus postulandi* nas esferas judiciais e administrativas, quer entre si, quer ante o Estado, razão pela qual a advocacia não é simplesmente uma profissão, mas um *múnus* público e compõe um dos elementos da administração democrática do Poder Judiciário, como espécie de “servidor autônomo” ou auxiliar da justiça.

Os limites ético-profissionais a serem respeitados pelos advogados, consideradas as prerrogativas e deveres institucionais estão inseridos no Estatuto e no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

“Os princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como os de “lutar sem receio pelo primado da justiça”, “pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins

sociais a que se dirige e às exigências do bem comum”; o “ser fiel à verdade para poder servir à justiça, como um de seus elementos essenciais”; o “proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu exercício”; o “empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses”; o “comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos”; o “exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve a finalidade social do seu trabalho”; o “aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal”; o “agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe”, eis que esses postulados ínsitos no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, compõem o conteúdo deontológico da categoria dos operadores do Direito.

Esse Código de Ética divide-se em 02 (dois) Títulos com o seguinte conteúdo:

TITULO I – Da ética do advogado.
Cap. I – Das regras deontológicas e fundamentais.
Cap. II – Das relações com o cliente.
Cap. III – Do sigilo profissional.
Cap. IV – Da publicidade.
Cap. V – Dos honorários profissionais.
Cap. VI – Do dever de urbanidade.
Cap. VII – Das disposições gerais.
TITULO II – Do Processo disciplinar
Cap. I – Da competência do Tribunal de Ética e Disciplina.
Cap. II – Dos procedimentos.
Cap. III – Das disposições gerais e transitórias.

A relevância desse Código prende-se à premissa de que, ao Advogado, é imposto um maior arquétipo de ética e lisura em suas atividades. O Advogado apresenta-se como defensor da população, ante injustiças e usurpações de direitos. É importante do prisma científico, acadêmico, jurídico e social, vez que resolve questões que acomodam as relações sociais e fomentam a correta aplicação do Direito.

Também denominada “Teoria do Dever” a Deontologia compõe um dos dois ramos principais da Ética Normativa, em conjunto com a Axiologia, constituindo a

Filosofia Moral a base da Deontologia Geral e, conseqüentemente, da Deontologia Jurídica.

Segundo Kant, a Deontologia fundamenta-se em dois conceitos precípuos: a razão prática e a liberdade. A plenitude moral só pode ser alcançada pela liberdade volitiva, consciente e direcionada. Ela, a Deontologia, surge nos anais da ciência jurídica como a matéria que versa sobre os deveres e as obrigações dos operadores do Direito, assim considerados os Magistrados, Promotores (e demais representantes do Ministério Público como os Curadores), Procuradores e Advogados, não orbitando somente na seara da Filosofia (que a fundamenta), mas materializando-se como um ramo do Direito, posto que traz regras referentes a normas jurídicas e princípios doutrinários, sistematizados para regular a conduta de todos os operadores do Direito, no tocante aos seus deveres de ordem profissional.

A legislação especial, inserida no Estatuto e no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e nas Leis Orgânicas do Ministério Público e da Magistratura constitui-se um alicerce compilado do Direito Positivo, objeto da Deontologia na legislação brasileira.

Os operadores do Direito encontram-se dotados de padrões e embasados para atuar com harmonia, equilíbrio e correção, revitalizando a fidelidade processual, onde a ciência, segundo Bittar (2010) “não pode estar dissociada da verdade, que deve dar o tom à manipulação legal”.

Não existem desculpas plausíveis para inobservância da eticidade no exercício da advocacia já que, se o Advogado pretende ser respeitado e ser a voz que traduz o clamor dos injustiçados, o melhor argumento é sempre primeiro falar por si mesmo, com verdade e honradez, através de uma conduta profissional, ética, moral e decente pois que, para defender um direito é preciso, antes de tudo, agir de conformidade com o direito.

3 CONTRAPONTO E CONTRAPOSTO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

3.1 Direitos e garantias fundamentais

Embora os gregos e romanos lançassem as primeiras luzes sobre a prestação humana, pode-se dizer que a doutrina dos direitos da personalidade surgiu no século XIX, tendo por precursor Otto Von Gierke.

Porém foi o cristianismo o responsável pela idéia de dignidade humana, ao proclamar a vinculação existencial do homem a Deus, rompendo concepções políticas dos romanos, acerca do conceito de pessoa – *status libertatis, civitas* e família (MAHRAL, 2002, p. 243).

Decorrente do Iluminismo (sécs. XVII /XVIII), época em que se desenvolveu a Teoria dos Direitos Subjetivos, surgem os primeiros textos fundamentais que positivaram a proteção da pessoa humana, como o Bill of Rights (1689), a Declaração de Independência das Colônias Inglesas (Declaração de Independência dos EUA – 1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789), até chegarmos à Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948), cujo art. 1º deixa bem claro que a liberdade, a igualdade e a dignidade são inerentes a todo ser humano, *in verbis*: Artigo 1º - “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Os direitos fundamentais envolvem a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existencial.

Deles decorre um conjunto de posições individuais e de prestações exigíveis do Poder Público ou de particulares. Esta, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Ao lado dela, o pensamento jurídico contemporâneo identifica uma dimensão objetiva: o Estado tem deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais, devendo criar e manter instituições, mecanismos e procedimentos para sua efetiva realização

Toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dos direitos fundamentais, que ocupam uma posição de centralidade no sistema jurídico.

Ao enunciar-se as características essenciais dos direitos fundamentais, a maior parte dos autores destaca a sua indisponibilidade. Em rigor, afirmou-se peremptoriamente que essa indisponibilidade pode parecer imprecisa, ou exigir qualificação e exceções.

A problemática hodierna da efetividade dos direitos enfatiza o destaque que os direitos fundamentais ganham no ordenamento jurídico, pois através deles advém os demais direitos, tendo por base axiológica o princípio da dignidade humana.

São vários os estudos sobre o tema e a concretude desses valores combaterá desigualdades e injustiças sociais. Não há como restringir o estudo e a aplicação dos direitos fundamentais, porque valores, antes desvinculados, foram agregados à multidisciplinaridade do direito. A compreensão adequada, na complexa sociedade moderna, dos direitos e garantias fundamentais, pressupõe que o direito pode interagir com outras disciplinas, conceitos e valores.

A conceituação de direitos fundamentais é matéria controversa na doutrina. Existem inúmeras expressões utilizadas, como sinônimo de direitos fundamentais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas, etc. e o risco de utilizar inúmeros sinônimos é a banalização do próprio instituto, excluindo ou aumentando seu objeto.

José Afonso da Silva, esclarece que:

... direitos fundamentais do homem [...] constitui o termo mais apropriado, porque, a par de dizer respeito a princípios que indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado para designar as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2000, p. 200)

Observa-se que os direitos humanos não podem provocar o choque de civilizações, caso contrário estarão servindo para a opressão. As concepções tradicionais dos direitos humanos guardam características liberais, quais sejam; universalidade do indivíduo, certa forma de organização do Estado, dignidade absoluta, superioridade da natureza humana.

Esses pressupostos soam claramente ocidentais e distinguíveis de outras concepções de dignidade humana, em outras culturas, devendo se propor diálogos interculturais, designando uma natureza universal, averiguando-se as concepções de dignidade humana, que identifiquem possíveis valores a serem protegidos.

Para Habermas, não se trata mais de pensar se estas culturas, ocidental e oriental, conseguem conviver, mas de saber se a política internacional está preparada para enfrentar esses desafios.

Do ponto de vista dos países asiáticos, a questão não é se os direitos humanos, como parte de uma ordem jurídica individualista, são conciliáveis com tradições culturais próprias, mas sim se as formas tradicionais de integração política e social podem ser adaptadas aos imperativos dificilmente recusáveis de uma modernização aceita por inteira. Ou podem ser afirmadas por ela. (HABERMAS, 2003, p. 156-157)

Entre direitos do homem e direitos fundamentais, conforme Robert Alexy² existe uma relação estreita. Direitos do homem são definidos por cinco características: universais, fundamentais, preferenciais, abstratas e morais. Como direitos morais eles têm caráter suprapositivo e isso os distingue dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais, por sua vez, são direitos que foram acolhidos em uma Constituição com o intuito ou com a intenção de positivizar direitos do homem. Os direitos fundamentais necessariamente estão unidos ao Direito e à Moral.

Direitos fundamentais são:

1. democráticos: porque garantindo a vida, a liberdade, a formação e a propriedade, genericamente, asseguram a existência e o desenvolvimento de pessoas, capazes de por em marcha e manter o processo democrático com a vida e também conservam as condições funcionais do processo político comprometidos com a liberdade de opinião, de meios de comunicação, de reunião, de associação, assim como o Direito Eleitoral e as condições funcionais desse processo político.
2. não democráticos: porque ao vincularem o criador de leis parlamentares, expressam desconfiança ao processo democrático: o que os direitos fundamentais exigem está subtraído às decisões do Parlamento.(ALEXY, 1998, p.11.).

3.2 Garantias constitucionais dos direitos fundamentais

Na Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União – DOU, de nº 191, em 05 de outubro de 1988 encontra-se, em seu preâmbulo:

²In Constitucionalismo Discursivo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem – estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a [...] Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

O texto constitucional brasileiro consagra diversos direitos fundamentais, desdobramento daqueles apresentados no preâmbulo; entre eles, para efeito didático deste trabalho, elenca-se direito à vida, à desigualdade, a liberdade, igualdade, privacidade, crença religiosa e autonomia.

3.2.1 Direito à vida

O princípio é resgatar o sentido valioso e positivo da vida, como projeto pessoal, que deve ser estimulado. Não se remedia o mal, somente o combatendo. Estabelecer punições e castigar lesões, o genocídio, os atentados corporais que não promovem a cultura da vida, ainda mais não seja porque é mister viver, estar vivo, para poder gozar de direitos e exercê-los.

“Fomentar a vida e não a morte torna-se um imperativo cultural. A enculturação à vida, nas valorações sociais cobra um realce, porque a vida atende à primeira condição biológica que falta ao homem para postular, defender, promover e desfrutar seus direitos” (HERRENDORF; CAMPOS, 1991, p.55-56).

Não é ocioso insistir na cultura da vida, alijando, frontalmente, a cultura da morte, em todas as suas manifestações, mesmo naquelas que, para alguns, pareçam heróicas ou proveitosas. Não eliminemos homens, não suprimamos vidas, não emprenhemos a proclamação da morte. Deus, diz a Escritura, é Deus de vivos e não de mortos (HERRENDORF; CAMPOS, 1991).

A vida merece ser defendida já que:

... existencial não é o tempo material dos relógios; é um tempo da vida de cada um que, em suma, compõe o tempo social em que se vive. Quando uma geração perde seu tempo e não toma posse de sua vida coletiva acaba cega para entender o presente e organizar o futuro (SARLET, 2005).

Por isso mesmo, a escassez de energia vital significa, antecipadamente, um futuro socialmente empobrecido e a desnutrição do corpo social é o começo de toda uma decadência por falta de percepção do porvir.

Aqueles que se esforçam por mudar o mundo sabem o que significa perder o tempo existencial, equivocar-se de tática, errar o método e desacertar o discurso, fracassar, em suma, por falta de entendimento, perdendo a vida por inoperância e desajustes.

O direito à vida, resquício da filosofia jusnaturalista, em qualquer de suas versões e posturas, é inato, quer dizer, aderido e inerente ao homem, à natureza do homem, nasce com ele. E ser inato tem servido para resgatar, fortemente, a noção de que este direito é do homem, antes mesmo que o Estado assim reconheça, e o Estado deve reconhecê-lo, necessariamente, como respeito à pessoa humana, enfatizando-se que o Estado não outorga, não concede e nem constitui esse direito (inato), senão só o confirma ou positiva (“reconhece”).

“O direito à vida não se resume ao viver”. O direito à vida diz respeito, ao modo de viver e dignidade de viver” (KELSEN, 1977, p.140).

Esse direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAIS, 2002).

3.2.2 Direito à dignidade

A pessoa humana, por ser pessoa, tem dignidade. É uma noção quase unanimemente aceita, ainda que o seu fundamento varie, segundo diferentes linhas filosóficas, éticas e religiosas.

O princípio da dignidade humana levou muitos a postularem que o direito à dignidade é o primeiro de todos em sua escala axiológica, ou seja, vale mais que qualquer outro direito, inclusive o direito à vida.

Não obstante, se se aceita que o homem o tenha e goze sua dignidade é mister que viva e necessite que não o violentem, permitindo seu direito a uma vida pura, gozando de sua dignidade. Para vivê-la é necessário sua liberdade, sua honra, seus direitos personalíssimos, e tantos outros (trabalhar, receber justa remuneração, dispor de moradia, etc.).

A dignidade humana exige que se respeitem as decisões pessoais e o próprio plano ou projeto de vida que cada qual elege para si, seus anseios, suas livres manifestações, etc., tudo na medida que não prejudique a terceiros. A intimidade ou privacidade (*right of privacy*) dos anglosaxões é um aditamento da dignidade.

Fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, a dignidade é um valor moral, manifesto na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, com o respeito das pessoas e se constitui de “um mínimo invulnerável”. Os demais direitos fundamentais são as consequências imediatas da dignidade da pessoa humana. Esses direitos decorrem da condição humana e das necessidades que são fundamentais com o respeito e preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos, proporcionando uma plena realização da sua personalidade.

O princípio da dignidade é o ápice do sistema jurídico brasileiro como um super princípio e se relaciona, também, com a proteção da igualdade e da liberdade do ser humano.

Segundo Sarlet (2005, p. 82) “... a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais [...] da comunidade em geral, de todos e de cada um.”

Como limite, a dignidade apresenta os seguintes aspectos:

- a - pode direcionar-se a uma conexão paralela de dimensão defensiva e prestacional da dignidade;
 - b - implica que a pessoa não pode ser reduzida à condição de objeto da ação própria e de terceiros;
 - c - implica no fato de a dignidade gerar direitos fundamentais negativos, contra atos que a violem ou exponham a grave ameaça;
 - d - da dignidade da pessoa humana (explícita ou implícita) como tarefa de previsão constitucional, decorrem deveres concretos e a tutela dos órgãos estatais, protetores da dignidade de todos;
 - e - o devido respeito e promoção de medidas positivas (prestações).
- Quando os valores morais e religiosos são desrespeitados, não há dignidade humana. No Direito brasileiro não se protege a vida humana à custa da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CF). (BRASIL, 1988)

Ao comentar os artigos 1º e 2º da Lei Fundamental, Hasso Hofman afirma a existência de duas teorias que explicam a dignidade do homem: 1 – a teoria dela dote (*mitgift theorie*) e, 2. a teoria dela praestazionne (*Leistungs theorie*).

A *Mitgift theorie* tenta explicar a dignidade do homem como uma qualidade particular que lhe é concedida pela natureza ou pelo Criador, daí decorrendo a idéia

do homem “criado à imagem e semelhança de Deus” e do indivíduo como valor absoluto, em conformidade com Kant.

A *Leistungs theorie* afirma que a dignidade do homem é resultado do seu próprio agir, quando ele determina o seu comportamento e é capaz de construir a sua identidade.

3.2.3 Direito à liberdade

Na acepção romana, “liberdade é a faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito lhe não proíbe.” (*Libertas est naturalis facultas jus quod cuique facere libert, nisi si quid vi aut jure prohibeten*) PLÁCIDO e SILVA, 1989, v. III. p. 84.

Os modos de atuação da liberdade são dois: 1. Liberdade natural da existência na marcha da sua temporalização primordial – a vida em busca de si mesma, construindo-se.

A liberdade natural se desenvolve no campo da natureza e o homem age através de instintos, emoções e sentimentos. 2. Liberdade absoluta do espírito – desenvolve-se pela lógica da sua projeção intencional, quando o espírito elabora suas idéias, oferecidas às forças naturais, junto a valores jurídicos, para que realizem “na liberdade de sua temporalização natural, segundo formas oferecidas, valorações do seu interesse, necessárias à construção da vida, sem os riscos precipitados da morte, os riscos do nada” (BOSON, 1996, p. 280).

Através da liberdade absoluta do espírito é que o homem elabora a idéia do Direito. As formas normatizadas conduzem o comportamento do homem.

Segundo Kant, a liberdade é o fundamento do Direito, ela se traduz em um fundamento transcendental: não pode ser demonstrada porque não se dá na experiência. Somente sob o pressuposto da liberdade são possíveis a Moral e o Direito.

Há um único direito natural para Kant – a liberdade. Ela é a *conditio sine qua non* do direito e é um fim em si mesma. O Direito é o meio capaz de tornar possível o convívio das vontades, mediante uma lei universal de liberdade.

Kant foi o primeiro pensador voltado para a questão da liberdade, em sua investigação filosófica; liberdade enquanto exigência racional da possível eticidade

do homem. Com o pressuposto de que o homem é livre, a liberdade vincula o conteúdo do Direito. O fim do Estado não é a felicidade, mas a liberdade garantida pelo Direito.

Em relação ao Estado, Kant especifica que entende a liberdade como individual, numa contraposição da liberdade à frente do Estado, a liberdade do Estado. Para ele a liberdade garantida pelo Estado, em contraposição à liberdade “brutal e selvagem do estado da natureza” coincide com o ideal de extensão e reforço da liberdade civil.

Em Kelsen a liberdade é atributo do homem, compreendida em duas virtudes. Na primeira ela é explicada como a não-sujeição do arbítrio humano ao universo de circunstâncias e causalidades em que se encontra a pessoa, imersa em si mesma e em suas relações. De outro lado os caminhos da escolha humana não são livres mas balizados/orientados pela sanção, pela pena ou por uma recompensa ou outros valores que existem no homem e lhe impossibilitam a ocorrência de desvínculo, de irresponsabilidade, de liberdade pura e não de intenções orientadas.

Em sua “Teoria Pura do Direito: Introdução à ciência do Direito”, Kelsen assevera que “não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo” (1977, p. 140).

A liberdade, como todos os direitos do homem, é uma liberdade limitada ontologicamente. Limitada porque cada um dos outros homens também é livre, também tem liberdade. Essa série de liberdades se coordena e, para poder conviver, a liberdade de um deve ser respeitada pelos demais.

A liberdade em singular compõe um *status* na situação em que o homem se insere na convivência política: toda limitação ou restrição por causa ou para fins razoáveis deve responder a uma razão “razoável”. Razoabilidade se contrapõe a arbitrariedade. Não basta, então, que uma norma proíba ou mande, porque a pura legalidade da ordem não sugere, por si só, a razoabilidade. Tem que se ir ao conteúdo do que se manda ou se proíbe para saber, sim, se há ou não razoabilidade; se não há, a norma legal se despe em formalidade vazia e é injusta.

A liberdade exige, ante tudo, que se reconheça ao homem a condição de pessoa. No mundo jurídico dizemos, por isso, personalidade jurídica – o homem é um ser com personalidade jurídica. O exercício e uso da liberdade devem produzir efeitos jurídicos relevantes ante o Estado e o sujeito aspira vê-los reconhecidos, sempre que se atue na marca do razoável. Não se pode pretender que a liberdade

(ontológica) de lesar o outro exima juridicamente de responder penal e civilmente pelo dano que se causou à vítima por uma conduta lesiva. Porém observe-se que, claramente, não só os atos ilícitos ou permitidos produzem efeitos jurídicos: o delito é um ilícito (penal ou civil) e os sofre.

Uma primeira liberdade indispensável para o homem é a sua liberdade corporal ou física. A liberdade corporal requer estar livre de privações arbitrárias, ilegítimas ou ilegais e outras tantas violações. Quem está legitimamente privado de sua liberdade tem direito a que as condições em que cumpre sua privação de liberdade não se agravem ilegitimamente mediante proibição arbitrária, de atenção sanitária, de indumentária, de conforto, de higiene, etc.

Há uma sutil diferença entre liberdade “de” (tal ou qual conta), e liberdade “para”. A liberdade “para” fica bloqueada na realidade da vida biográfica e da vida jurídica por muitos impedimentos. Imagine-se uma sociedade onde ocorra uns com muita liberdade real e outros com pouca ou nenhuma. Existem “ilhas” onde a liberdade está isolada e os que estão fora dessas ilhas vêm diminuída ou castrada, a sua liberdade. Um estado democrático não pode desatender ao valor solidariedade. O Estado não pode permanecer neutro ante o insularismo da liberdade, porque seu fim, de bem estar público, comum, lhe demanda atuar para alcançar, progressivamente, o que se chama “uma distribuição razoavelmente igualitária da liberdade”, colocando a liberdade em efetiva vinculação social, de forma que todos possam aceder e dispor dela, desfrutá-la e exercê-la. Não se pode falar em liberdade para aquele que não pode ter um serviço de saúde, quando está enfermo; para aquele que não pode educar-se; para aquele que vive em um tugúrio e não encontra, por seus meios, uma casa decente. Na América, na África, em qualquer parte do mundo, em maior ou menor grau, a liberdade “para” está “congelada” em textos que formalmente a declaram “ante a lei”, escarnecendo o “todos são iguais perante a lei” ou “todos os homens são livres e iguais”: para o rico a liberdade consiste em ter condições e para o pobre em ter fome. Essa não é a liberdade da democracia, não é a liberdade própria de um sistema de direitos humanos.

A liberdade “de” que necessita garantir-se para todos, denomina-se liberdade negativa e deve estar isenta de impedimentos que coajam seu exercício e desenvolvimento. A liberdade “para” necessita fornecer-se em benefício de algum, para que alcance acesso disponível. Ela se chama liberdade positiva e requer não a isenção de impedimentos mas prestações concretas de dar ou de fazer em favor de

alguns, que por si só e por si mesmos não conseguem acesso por carência de meios pessoais ao seu alcance.

3.2.4 Direito à igualdade

O enquadramento da liberdade como balizamento do sistema de direitos humanos mostra que liberdade não é somente estar livre de impedimentos para exercê-la e desfrutá-la opcionalmente pelo sujeito titular, com ajuda e prestações que facilitem o acesso à liberdade, quando esta se encontra obstruída ou não. É exequível pelo próprio sujeito, em razão de sua coerência ou insuficiência de meios e recursos próprios.

Fala-se, com isso, de uma política democrática do Estado que promova a distribuição razoavelmente igualitária da liberdade e, assim, se assuma a igualdade.

Esta igualdade não é a mera e fria igualdade formal ante a lei que proíbe discriminar arbitrariamente os homens. É mais uma igualdade de oportunidades, mais uma igualdade real de possibilidades que, efetivamente, se achem ao alcance de todos, especialmente dos menos favorecidos que são, sempre, quem mais bloqueados têm seu real acesso à liberdade e direitos.

Por isso, se diz que a liberdade e a igualdade são as duas metades da democracia, ambas intimamente unidas, não se podendo relegar a nenhuma.

Igual liberdade, ou liberdade igualitária, faz falta na construção personalista, onde se assenta o sistema de direitos humanos, vendo-se, novamente, a perspectiva em dimensão sociológica das condutas humanas e não somente na letra, nas normas escritas.

A democracia liberal, na solidariedade social, recebe o nome de democracia social expressa em fórmulas constitucionais que falam de um Estado social e democrático de Direito.

Há Constituições que, com vocabulário distinto, porém com afinidade de valorações, dispõem que o Estado (social e democrático de Direito) deve remover todos os obstáculos, de toda ordem (social, econômica, cultural, política), que travam ou impedem a efetiva participação de todas as pessoas nos benefícios da liberdade razoavelmente igualitária.

Na igualdade jurídica há dispositivos constitucionais. Enfatiza-se, aqui, o artigo 13 da Constituição de Portugal:

Princípio da igualdade: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social (MAGALHÃES, p. 93).

Ferreira Filho, chama atenção sobre a garantia da igualdade, tendo, muitas vezes, como consequência, o tratamento desigual em relação às pessoas, quando o princípio da isonomia, em sua aplicação, oferece inúmeras e sérias dificuldades.

A justiça que proclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual aos desiguais; o legislador há de estabelecer tratamento desigual para situações desiguais, mas se tratar desigualmente situações que não são desiguais, incide em inconstitucionalidade.

Segundo Galuppo, a igualdade não significa identidade:

Enquanto etimologicamente o termo identidade se refere mais propriamente à substância do ente, o termo igualdade se refere mais propriamente à relação que estabelecem entre si. Dois seres idênticos são necessariamente iguais, mas nem todos os seres iguais são idênticos. Daí ser possível que dois seres iguais possam possuir diferenças entre si. (GALUPPO, 1998)

Um dos pontos fundamentais desse trabalho é a idéia de tratamento igual aos iguais, tratando desigualmente os desiguais, com a vida atrelada a consequências de conteúdo religioso; quando a prevalência de alguns direitos fundamentais pode ser oponível “*erga omnes*” a outros; quando a vida passa a ser dever para uns e opção para outros e quando a garantia do princípio da igualdade depende de outros princípios, entre os quais a liberdade e a autonomia.

3.2.5 Direito à privacidade

Decorrente de tutela constitucional brasileira, a privacidade é uma necessidade básica do ser humano e garante ao indivíduo o direito de conduzir sua vida com o mínimo de interferência por parte de uma outra pessoa ou do Estado, como projeção do próprio fundamento constitucional da dignidade da pessoa

humana; “Art. 5º X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1998).

O direito à privacidade reclama a não-interferência, a não-ingerência, a não-intromissão do Estado e do grupo social, ou de qualquer indivíduo, coincidindo com as liberdades públicas clássicas que estatuem o não-fazer; os limites em benefício do titular que não podem ser violados por quem quer que seja; a dignidade humana e o direito de cada pessoa conduzir a própria vida como bem entender, desde que não fira o direito de outrem, fora dos olhos, curiosidade e indiscrição alheias.

Famoso julgado da Suprema Corte Americana estabelece que duas são as diretrizes desse direito. 1ª - Evitar a divulgação de questões pessoais e 2ª – independência em tomar determinadas espécies de decisões importantes. A doutrina e a jurisprudência americanas incluem no direito à privacidade decisões relativas ao corpo: vacinações, testes de sangue obrigatórios, concepção, contracepção, tratamentos médicos e estilos de vida.

Dentro de um espaço de liberdade singular, a intimidade ou privacidade conduz procedimentos auto-referentes, quando não incidem sobre terceiros, prejudicando-os ou quando não ofendem a ordem, a moral pública, a saúde pública e evadem a intromissão do Estado e de terceiros. Ela não é somente aquilo que não se percebe nem se pode perceber ou conhecer por outros; não é só o que se faz ou se omite em casa a portas cerradas e em solidão. Também se encontram, dentro da intimidade, uma série de condutas que terceiros conhecem, vêem, percebem. Essas condutas de notoriedade pública, mesmo assim não deixam de ser condutas privadas: manifestar a crença religiosa, vestir-se a seu gosto, deixar o cabelo curto ou comprido, pintar ou não os lábios, sentar-se no banco de uma praça, são todas condutas privadas.

Cabe pensar que, praticamente, cada um dos direitos e todos, configuram outras tantas liberdades: o direito à privacidade à livre profissão de culto, o direito à livre associação, o direito à livre eleição e ao livre desempenho de uma atividade, o direito à livre contratação, o direito de reunir-se livremente, etc.

As liberdades são, por sua vez, muito conectadas com a privacidade e intimidade, protegendo o domicílio, a correspondência, os papéis particulares, o segredo profissional, as comunicações privadas, a sexualidade, o silêncio, o direito

de não expressar aquilo que não se quer expressar, tanto através de palavras como através de símbolos e atitudes, o segredo das fontes de informações, etc.

3.2.6 Direito à crença religiosa

A palavra religião tem duas possíveis etimologias. Primeiro a de *religare* que significa ligar-se, entrar em relação com o que se considera absoluto ou essencial. Esse é o sentido habitual da palavra religião que se encarnará, posteriormente, em ritos e práticas onde essa relação toma forma. A outra etimologia é *religere* que significa reler, reler um acontecimento com o objetivo de extrair, descobrir seu significado. Nessa ordem, religião representa um esforço, empreendido por homens e mulheres, para dar um sentido ao sofrimento, à morte e à existência. Desde épocas remotas a religião exerceu um domínio absoluto sobre os seres humanos, já que a falta de conhecimento científico era suprida pela fé e as crenças religiosas formulavam explicações plausíveis.

A classe sacerdotal tinha o monopólio do conhecimento e casos mais complexos eram levados à autoridade religiosa, porém à medida que a ciência se desenvolve a consciência da diversidade das diferenças culturais aumenta e os valores religiosos se adaptam.

A religião tem muita influencia nos homens; ela é que traz ao indivíduo mensagens de salvação; oferece caminho nas situações de sofrimento e de penúria; indica parâmetros para um procedimento reto e responsável na vida; afirma que, ao agir de acordo com a vontade de Deus, se alcançará a felicidade duradoura e eterna.

Há vários conceitos de religião:

- a) “A religião é um sentimento ou uma sensação de absoluta dependência”. (Friedrich Schieler Malher, 1768/1834);
- b) “Religião significa a relação entre o homem e o poder sobre-humano no qual ele acredita ou do qual se sente dependente. Essa relação se expressa em emoções especiais (confiança, medo), conceitos (crenças) e ações (culto e ética)” CCP Tiele – 1830/ 902.

- c) “A religião é a convicção de que existem poderes transcendentais, pessoais ou impessoais, que atuam no mundo, e se expressa por *insight*, pensamento, sentimento, intenção e ação.” (Helmuth in Geasenapp – 1891/1963).

Nos aspectos históricos e culturais elencam-se as quatro religiões de maior influência:

- a) O Judaísmo – a mais velha tradição de fé monoteísta, estabelece regras de conduta para seus seguidores, e se fundamenta nas interpretações da Escritura e em princípios morais. Além do Torá, os judeus têm regras que foram transmitidas oralmente. O registro das leis faladas está inserida no *Talmud* que não é um livro de ensinamentos mas um texto usado pelos rabinos em suas lições e orientação do fiel em situações concretas. A confissão é considerada importante e tem como essência o arrependimento ou *teshuvah*, meio de reconciliação com Deus.
- b) O Budismo – tem como objetivo a iluminação – compreensão de uma realidade absoluta, acima do tempo e do espaço, chamada nirvana, também traduzida como um estado de espírito e perfeição moral, podendo se alcançar esse estado, desde que se viva de acordo com os ensinamentos de Buda. Essa religião não prega a existência de um “ser superior” ou de um Deus criador. Muitos encaram o budismo mais como uma filosofia de vida do que propriamente uma religião. Os preceitos e ensinamentos éticos budistas são princípios racionais. A meditação é que propicia a salvação e a iluminação e é ela que remove impurezas e ilusões.
- c) O islamismo – a palavra árabe “islam” significa *submissão*; o homem deve se entregar a Deus e se submeter a sua vontade em todas as áreas da vida. Esta religião surgiu após o cristianismo, sendo a última e a mais jovem das grandes religiões mundiais. O principal documento que trata sobre o valor da vida (e também sobre a eutanásia) é a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos que tem como fonte o Corão e a Suna (tradição dos ditos e ações do Profeta). O pensamento

islâmico desenvolveu uma forte consciência da dimensão vertical de sua teologia. Segundo Leo Pessini, (1999, p.90), esse pensamento (dimensão vertical) acentua a confiança em Deus, mas reduz a dimensão horizontal da antropologia e a autônoma auto-realização da pessoa humana.

O pensamento islâmico atribui todo poder a Deus e limita drasticamente a autonomia da ação humana.

Para os islâmicos os direitos humanos provêm de Deus, revelados no Corão e, independentemente de qualquer punição legal que, eventualmente, venha a ser imposta a possíveis infratores, os direitos humanos são uma confirmação religiosa e moral.

- d) O Cristianismo – é a religião ou filosofia de vida que mais caracteriza a sociedade ocidental; há dois mil anos apareceu na História, Literatura, Filosofia, Arquitetura e arte dos países europeus, sem contar que a Bíblia é o livro mais lido do mundo.

A visão cristã da humanidade apresenta pontos importantes:

- a) Destaca o ser humano, apesar da Bíblia dizer que o homem foi feito do pó e a ele retornará;
- b) Criação do homem à imagem de Deus, possuindo lugar especial na criação;
- c) O ser humano como um ser social não foi criado para viver somente com Deus, mas para existir em comunhão (comum união) com outros;
- d) O ser humano como possuidor de livre arbítrio; tem o dom de distinguir entre o certo e o errado, mas, quando age contrariamente à vontade de Deus, cai em pecado.

Nascido na Judéia e inicialmente difundido no Oriente foi pregado no mundo mediterrâneo após a morte de Jesus. O cristianismo moderno, devido ao impulso dado pelo movimento ecumênico e pelos Concílios, tentou superar suas divisões (católicos, protestantes, ortodoxos) para encontrar uma unidade.

A moral cristã não é um legalismo, mas um apelo à auto-superação e à santidade, conforme uma união com a própria pessoa de Jesus Cristo.

Transcende a noção de instituições e técnicas religiosas, ainda que sejam necessárias, comprometido com a obra redentora de Cristo.

A vida humana, no cristianismo, é entendida como sendo o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda atividade humana e de toda a convivência social. Os crentes vêm nela um dom do amor de Deus que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar.

Em conclusão, a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, conseqüentemente, não pode impor uma religião, nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas.

Há um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual, não comportando uma resposta juridicamente simples nem moralmente de fácil interpretação; é a indagação se o Estado pode proteger um indivíduo, em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal.

Ante a visão do laicismo – filosofia ou ideologia, no sentido da concepção global do mundo, da existência e da conduta moral e ante, também, a laicidade – designação de uma atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadores do religioso nas suas diversas manifestações, em abstenção da tomada de posição sobre o problema da verdade religiosa, temos que a visão do laicismo implica, não apenas em estabelecer a diferenciação entre Estado e religião, mas propugna a ignorância do fator religioso e, até mesmo, em casos mais extremos, a hostilidade a ele.

3.2.7 Direito à autonomia

O princípio da autonomia reconhece o direito da pessoa de decidir, livre de pressões externas. É a capacidade ou a aptidão que as pessoas têm de conduzir-se e de conduzirem suas vidas como melhor lhes aprouver, ao entendimento de cada uma delas.

Importante remissão é feita ao chamado entendimento popular, segundo o qual não devemos interferir na soberania das pessoas em tomar decisões, mesmo

quando as reputamos imprudentes porque, geralmente, cada indivíduo é quem melhor sabe o que lhe convém.

A visão, segundo a qual se deve atribuir a cada um o direito de pensar a agir por escolhas próprias, por estranho que possa parecer a terceiros, tende a proteger a concepção de bem-estar individual, de preservar a individualidade pela anulação da interferência externa, por mais bem intencionada que seja.

A autonomia pessoal está indissoluvelmente unida à dignidade. É a auto-determinação e é a mesma intimidade, enquanto seja auto-referente, quer dizer, é referente unicamente à própria pessoa sem comprometer as demais.

Quando se diz que a pessoa é parte da sociedade e do Estado significa que fazer “parte” é degradar, é colocar-se em um plano inferior ao “todo” de que se é parte. Porém não é assim, quando se compreende que esse “todo” social ou estatal é acessório, é instrumental a serviço da pessoa e que não é uma realidade compacta, nem substancial, senão accidental.

Não existe sociedade nem Estado sem homem. Existem porque há homens e existem para benefício dos homens. A liberdade civil ou de autonomia foi, e segue sendo, a liberdade jurídica do homem, decomposta e multiplicada nos direitos civis clássicos que alguns denominam liberdades públicas e que podem ser vistos como liberdades civis.

Assim, a liberdade de exercer cada um dos direitos civis (de reunião, de religião, de locomoção, de ensinar e aprender, de trabalhar, de comercializar, de navegar, de casar-se) coloca-se ante direitos ou liberdades cujo exercício e gozo devem estar isentos ou livres de intromissões, de violações, de danos, de impedimentos, ou seja, exigindo do sujeito passivo uma abstenção e omissão, mediante uma obrigação negativa de não fazer, não impedir, não obstaculizar, nem tornar vulnerável o direito ou a liberdade.

À série de direito ou liberdades que integram a liberdade civil se denomina liberdade de autonomia, porque autonomia significa disponibilidade e capacidade do homem sobre sua conduta para exercer, ou não, seus direitos civis e para opor os mesmos ao sujeito passivo, com a pretensão de que deixe aplicada essa opção do titular.

Em um Estado de Direito Democrático e Social, a liberdade é requisito da democracia. A autonomia individual deve ser respeitada e, com ela, o direito de consciência e de crença. As manifestações religiosas não se limitam ao exercício da

religião em templos. Entende-se que pressupõe a prática religiosa, com respeito aos seus dogmas em todas as circunstâncias da vida.

3.3 Discriminação

Há que se falar, também em discriminação insculpida no art. 3º / IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer formas de discriminação” e o art. 5º / XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

A expressão “Todos os homens nascem livres e iguais em direitos” conquistou o senso comum nos lugares onde há uma Constituição de um Estado Nacional, relativamente democrático. Para lermos e compreendermos essa frase foram séculos de conflitos e uma lenta conquista de direitos, embora não seja, ainda, realidade efetiva em diversas sociedades. A idéia de “igualdade” não é uniforme, podendo ser traduzida da seguinte forma: todos os homens (sexo masculino), brancos e negros, nascem livres e iguais em direitos, mas devem viver separados. Criou-se a doutrina fundada sobre a idéia de separados mas iguais. Atente-se que a igualdade entre mulheres e homens, no Brasil, só foi reconhecida expressamente com a Constituição de 1988 no seu artigo 5º

Como se vê, o princípio da igualdade jurídica percorreu um longo caminho, até que se pudesse compreendê-lo com o significado que ele tem hoje.

Aniquilada a escravidão e encerradas as possibilidades dos homens de reduzir a dignidade de outros, considerado inferiores, é que o mundo abraçou a idéia de dignidade das pessoas, sem diferenças de raça, sexo, religião, condição social, nacionalidade, etc.

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 1º diz que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência e que devem comportar-se fraternalmente uns com os outros. Era 10 de dezembro de 1948 e a humanidade havia padecido nas mãos de “novos bárbaros”. O nazismo, monopolizando a violência e administrando o terror, proporcionara a morte de seis milhões de judeus, pela única razão de serem judeus: a raça ariana era superior. Inúmeras teorias sobre a inferioridade de alguns homens e a superioridade de outros

circularam e circulam ainda hoje. Promove-se e se sustenta, ainda, o mito legendário do homem superior.

Sob seu domínio, os homens “superiores” têm caminho livre para usar, menosprezar e até matar os homens “inferiores”. Aqueles que sustentam isso se encontram (segundo eles) no topo da hierarquia humana. O problema não é novo, porém saiu à luz da opinião pública pelo escândalo do *apartheid* sul africano, como uma involução da vida que segrega os homens uns dos outros, em função de sua raça e da cor da sua pele.

Diz-se que “na luta pela vida não necessita o homem de destruir seres humanos”. Destruí-los não significa somente matá-los. Também pode-se destruir um homem submetendo-o, despojando-o de sua dignidade e liberdade, fazendo dele um ser desprezível. Porque, em definitivo, o pior do *apartheid* não são os homens “superiores” (os brancos) disporem da vida dos outros (os negros): o pior é que possam obrigar a estes de viverem a vida como querem os brancos.

O racismo é um mal (social) para um sistema de direitos humanos. Como toda forma de discriminação, porém muito além de outros, denigre mais quem dela se serve que aqueles que a sofrem.

Uma das formas aberrantes de violar os direitos humanos é a discriminação. Se as perseguições políticas, religiosas, ideológicas consternam os homens com um mínimo de sensibilidade moral as discriminações estão na base e são o motor dessas eventuais perseguições.

Supor os segregados como inferiores, ou como malignos, ou como perigosos, ou como sujeitos a extermínio é tudo a mesma coisa; degrada-se sua condição humana e a injustiça é mais do que visível. As sociedades onde sobrevivem tais anacronismos estão divididas, não há realmente, convivência comunitária, na medida que um setor coloca o outro no ostracismo, negando, às vezes, até as condições mais elementares para uma vida digna e própria do ser humano.

Excluir e marginalizar dessa maneira às pessoas é incorrer em uma das piores violações de caráter permanente contra os direitos humanos, assim como desarticular e desintegrar o projeto existencial da vida em comum.

3.4 Direitos e garantias constitucionais

Além do inciso IV do artigo 3º e 5º/XLI da Constituição Federal que tutela a promoção do bem comum, será preconceito ou discriminação tratada em outros incisos: artigo 5º/VI, como inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

5º / VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

5º / VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

5º / X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Quando da promulgação constitucional dos direitos fundamentais, há a institucionalização do direito natural em forma de normas, declinadas na constituição, fenômeno que, de certa forma, “positiva” dito direito. A distinção entre direito natural (direito à vida, à saúde, à liberdade, etc.) e direito positivo, foi primeiro esmaecida pela distinção entre direitos fundamentais constitucionais e demais direitos e, depois, com a trivialização dos constitucionais, a positivação acabou por tomar conta do raciocínio dogmático sobre o direito natural, confundido com um conjunto de normas naturais – racionais (FERRAZ JR. 1988, p. 162).

Na teoria do discurso, Robert Alexy, como teoria da fundamentação de normas, mostra que a argumentação prática racional é possível e torna claro os limites do argumento prático racional. O núcleo dos direitos do homem e os princípios fundamentais da democracia são discursivamente necessários. No caso da possibilidade discursiva racional, tanto pode ser para uma solução como para seu contrário. A teoria do discurso, intermediária entre teorias objetivistas e puramente subjetivistas, inclui o problema do conhecimento.

O estado constitucional democrático fundamenta-se não só com o auxílio da teoria do discurso mas também é dependente de discurso como meio de formação da vontade racional em todos os planos.

Os direitos fundamentais são a parte nuclear do constitucionalismo discursivo e formam a democracia e a jurisdição constitucional.

A tentativa de positivação dos direitos do homem pode, como tentativa, dar mais ou menos bom resultado: A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem mas lhes acrescenta uma validade jurídica. Em lugar de positivação dos direitos do homem, pode-se falar de sua institucionalização, cujos problemas principais resultam de sua abstratividade, levando a uma medida máxima de necessidade de interpretação e de ponderação.

Sobre a interpretação e ponderação dos direitos fundamentais nasce uma relação de tensão entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional: de um lado a democracia, deixando afilar-se no paradoxo que direitos fundamentais tanto são democráticos quanto não-democráticos.

São democráticos porque asseguram a existência e o desenvolvimento de pessoas que, no fundo, são capazes de garantir as condições funcionais do processo político. Não são democráticos porque eles, também ao vincularem aquele que dá ou outorga leis parlamentares, expressam uma desconfiança perante o processo democrático.

Coloca-se o problema da racionalidade, no caso de colisão dos direitos fundamentais, quando colidem tanto um com o outro, como entre bens coletivos. Em ambos os casos existem conjunturas completamente diferentes. O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionados por ponderações, podendo a teoria dos princípios mostrar que, na ponderação, há uma estrutura racional de argumento jurídico – constitucional. Torna-se claro que a ponderação deve estar assentada em uma teoria geral do discurso jurídico-racional e em uma teoria de jurisdição constitucional.

Transformados em direito positivo, os direitos fundamentais, como direitos do homem, possuem uma base filosófica no núcleo intemporal e universal.

Habermas (1997), desenvolve o pensamento de que não existem medidas racionais para o ponderar. Opõe-se a que exista uma conexão interna entre ponderação, argumentação e correção e que essa conexão faça cair a objeção de irracionalismo.

Os discursos práticos são pouco possíveis sem ponderação, assim como constitucionalismo sem direitos fundamentais e jurisdição constitucional. A exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, afirmando-os como um todo, como no preâmbulo da Constituição de 1988, proclama ser este país um

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

3.4.1 Direitos e garantias constitucionais e fundamentos a religião Testemunhas de Jeová

Histórico – Religião fundada nos Estados Unidos, em 1872, por Charles Taze Russel, prega a anulação da Trindade e combate a deidade de Cristo e do Espírito Santo. São chamadas “Testemunhas de Jeová” por darem testemunho acerca de Deus Todo Poderoso, Criador do Universo, ou seja Jeová (lahweh) – na maioria das bíblias “Deus” e “Senhor”. Consideram a bíblia a “Palavra de Deus” e acreditam que seus 66 (sessenta e seis) livros foram inspirados, estando historicamente corretos, com base nas Escrituras Gregas Cristãs (Novo Testamento) e nas Escrituras Hebraicas (Velho Testamento) e as tomam, literalmente, exceto quando expressões ou contexto indicam, obviamente, que o sentido é figurado ou simbólico.

Quando iniciaram suas atividades eram chamados de Estudantes da Bíblia, entretanto, em 1931, adotaram o nome bíblico da Testemunhas de Jeová: Antigo Testamento, Isaías 43:10: “Vós sois as minhas testemunhas, diz o Senhor”.

A organização desenvolveu-se em 236 países. As reuniões são iniciadas e encerradas com orações e cânticos espirituais: Novo Testamento, Epistola aos Efésios, 5:18 e 19: “Falando entre vós mesmos em salmos, e em hinos e canções espirituais, cantando e louvando ao Senhor em vossos corações.” A entrada é franca e não se faz coleta: Novo Testamento – Evangelho de Mateus 10:8: “Daí de graça o que de graça recebestes.”

As reuniões, em grande número, realizam-se num Salão do Reino, geralmente um prédio simples, construído por voluntários, sendo as despesas cobertas também por voluntários. Anualmente são realizados grandes Assembléias e congressos.

A sede mundial situa-se em Nova York (EUA) e há 118 filiais e congêneres em todo o mundo com voluntários que auxiliam na impressão e despacho de publicações bíblicas e fornecem orientação para organizar a pregação.

As Testemunhas de Jeová, em todas as suas atividades, procuram a orientação da Palavra de Deus, sempre na Bíblia e não em credos religiosos ou

especulações. Todos os ensinamentos devem estar nas Escrituras. Acreditam que adorar a Deus corretamente significa viver corretamente: vida honesta e sóbria.

Os elementos essenciais de sua ética estão reservados na seguinte declaração;

Amor e reverência a Deus, juntamente com uma relação saudável para seu poder e autoridade. O resultado no nosso ódio é evitar as coisas ruins que ele odeia. Capacidade de pensar clara, acoplada com o conhecimento divino, nos ajuda a reconhecer os perigos que podem envenenar nossa mente, coração e espiritualidade. Chegamos a abominar atitudes egoístas e gananciosas que possam destruir a nossa relação com Jeová. Testemunhas de Jeová queremos viver vidas que são espiritualmente, moralmente e fisicamente limpas.

A título de ilustração eis alguns princípios que as Testemunhas de Jeová devem cumprir:

- Considerar a vida como algo sagrado;
- evitar esportes violentos que, deliberadamente ferem as pessoas;
- não aceitar o aborto;
- não matar animais por esporte;
- evitar maternidade de substituição, bem como quaisquer procedimentos que envolvam o uso de esperma doado, ovos e embriões;
 - evitar comer carne de animais que não tenham sido devidamente sangrados, porque é errado comer sangue;
 - evitar jogos de azar, roubos e fraudes;
 - ser justo em suas relações com os outros, simples e honrado, não enganosos;
 - uma pessoa honesta é íntegra, não trai seu semelhante, contribui para um clima de confiança;
 - tem atitudes saudáveis e promove fortes relações humanas. Não aprova masturbação, sexo fora do casamento (incluindo carinho e sexo oral), sexo não natural dentro do casamento, excessivas demonstrações de afeto e homossexualidade;
 - não fuma, masca noz de betel, não toma drogas por prazer (tornam as pessoas escravas, prejudicam o corpo e são impuras), não aprova acessos de raiva, violência e profanação, evita ensinamentos e costumes de falsas religiões; não comemora aniversários;
 - não teme a morte;
 - evita formas de entretenimento que possam “sujar” a mente mas, ao contrário, preenche as mentes com pensamentos puros para estudar a palavra de Deus.
 - Aceita que o divórcio, às vezes, é inevitável, exceto nos casos de adultério e, nesse caso, novo casamento não é permitido. Opõe-se a qualquer movimento motivado por ódio racial ou étnico pois acredita que todas as raças são iguais, perante os olhos de Deus”.
- Segundo o Livro do Gênesis 9:3-4: “sustentai-vos de tudo o que tem vida, e movimento; eu vos deixei todas estas coisas quase como os legumes e ervas. Excetuo-vos somente a carne misturada com sangue, da qual eu vos defendo que não comais”;
- O Livro do Levítico 17:10: “Se um homem, quem quer que ele for, da casa de Israel, ou dos estrangeiros que vieram morar entre eles, comer sangue, eu pregarei nele os olhos da minha indignação, e o perderei do meio do seu povo;”
- Atos 15:21: “Pelo que, julgo eu, que se não devem inquietar os que dentre os gentios se convertem a Deus. Mas que se lhes deve somente

escrever que se abstenham das contaminações dos ídolos e da fornicação, e das carnes sufocadas e do sangue, porque Moisés, desde tempos antigos, tem em cada cidade homens que o preguem nas sinagogas, onde é lido “cada sábado,” Não aceita transfusão de sangue de bom grado e sem arrependimento, diante da interpretação dessas passagens bíblicas.

Para as Testemunhas de Jeová é inaceitável receber transfusões de sangue total (glóbulos brancos, glóbulos vermelhos, plaqueta e plasma). Entretanto, dizem que é uma questão de consciência, cabe ao adepto decidir se aceitará frações desses quatro componentes primários do sangue. Os glóbulos brancos, por exemplo, podem ser fonte de interleucinas e interferon, usados para tratar infecções virais e algumas espécies de câncer.

Esta postura das Testemunhas de Jeová acaba dando conotações equivocadas de que adeptos dessa religião são pessoas fanáticas e suicidas, quando nada poderia ser mais equivocado, pois buscam tratamentos e alternativas médicas para a transfusão de sangue, acarretando importantes reflexos na esfera médica e no âmbito jurídico, ao se debater se é direito do paciente recusar um tratamento médico por objeção de consciência.

Rejeitar transfusões de sangue torna-se cada vez menos uma questão religiosa e mais uma questão médica. A literatura médica relata que transfusões de sangue envolvem riscos, às vezes letais. Jean Rivero (1977, p. 148 e ss) afirma que “... a religião, notadamente as grandes religiões que delas derivam, exercem sobre o crente uma possessão total.

Na medida em que lhe fornecem uma explicação global do seu destino, elas ditam seus comportamentos individuais e sociais, modelam o seu pensamento e sua ação. Afirmam a prioridade da ordem sobrenatural sobre toda ordem humana, conduzem cada crente conseqüente consigo mesmo a preferir, em caso de conflito entre o poder do Estado e os imperativos de sua fé, a obediência à regra mais alta”.

E, complementando, Jaime Weingartner Neto (2007)

O Estado deve levar a sério o fato de que a religião ocupa um lugar central na vida de muitas pessoas, devendo, portanto, consideração e respeito por todas as formas de religiosidade, mesmo pelas mais inconventionais... O Estado tem neste contexto, um dever de abster-se de perturbar; a adesão / abandono de uma confissão religiosa, a educação religiosa das crianças por seus pais ou responsáveis, o serviço religioso, o uso de indumentária própria ou de símbolos religiosos, etc. Trata-se de uma reserva de intimidade religiosa cujo mérito intrínseco é insindicável pelo Estado. (WEINGARTNER NETO, 2007)

Não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa.

O que interessa não é o acerto ou o desacerto do dogma sustentado pelas Testemunhas de Jeová, mas o direito de cada um dos seus membros de orientar sua própria vida ou de abandoná-lo, segundo a sua convicção.

A violação de normas fundantes do Estado Democrático de Direito descaracteriza o próprio regime democrático, nas palavras de, Robert Alexy:

Quem esteja interessado em regularidade e legitimidade deve estar interessado em democracia e também nos direitos fundamentais e humanos. Este argumento não só é importante porque adiciona mais um elemento às duas razões apresentadas como basilares para os direitos fundamentais e humanos. Seu verdadeiro significado está em dirigir o olhar dos direitos fundamentais e humanos para os procedimentos e as instituições da democracia e demonstra que a idéia do discurso só pode ter lugar num Estado de direito democrático, em que os direitos fundamentais e a democracia, apesar de todas as tensões, entram numa parceria inseparável. (ALEXY, 2002, p. 24 s).

Miranda, Pontes, assevera que é essencial que o Estado Democrático de Direito respeite e assegure a liberdade de religião como um direito fundamental, respeitando

... como lhe cumpre, a liberdade de consciência, sem restrições, a todos, não privando a ninguém, mesmo àqueles que lhe exercem as funções, ou estão sob suas ordens, de aprender, cultuar e praticar sua fé. Considerar por igual todas as religiões e, embora não perfilhe nenhuma, não privar a seus funcionários, a seus servidores, a seus subordinados, a prática de seus cultos. (MIRANDA, 1960, p. 448)

Há que se observar que a Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, mas aceita outras opções terapêuticas, portanto a recusa não pode ser equiparada ao suicídio, afinal se deseja a cura e aceita-se o submeter a tratamento médico alternativo, ficando evidenciada a não colisão de direitos fundamentais (liberdade de religião *versus* direito à vida, seja na colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito ou amplo).

Pela análise de julgados e a partir destes, a jurisprudência tem se pautado e aplicado a teoria do consentimento informado – consubstanciado em ato jurídico *stricto sensu*. Trata-se de verdadeiro exercício de direito da personalidade, manifestado pelo desejo de autodeterminar-se em manifestação de vontade (Willenser Klärung) produzindo os efeitos jurídicos decorrentes da lei (efeitos *ex lege*)

Tratando-se de ato jurídico lícito, para o qual não há forma prescrita em lei, exige-se tão somente que o agente tenha capacidade para consentir.

Embora nosso ordenamento jurídico não o regulamente, de forma específica, ao contrário do que fazem outros ordenamentos jurídicos, com a liberdade de forma vigente para o consentimento informado, nada obsta que um praticante Testemunha de Jeová antecipe, validamente, sua manifestação expressa, recusando submissão a determinado tratamento (consentimento ou dissentimento informado) que obriga os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a procedimentos que envolvam transfusão de sangue.

Quando uma Testemunha de Jeová manifesta sua recusa em se submeter a tratamentos que envolvam transfusão de sangue, está exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, negando-se a realizar uma prática atentatória a sua liberdade religiosa e a sua dignidade, não havendo nessa conduta, qualquer interferência a direito fundamental de outrem.

Assim, qualquer paciente adulto e capaz tem o direito de recusar o tratamento, mesmo que isso importe em prejuízo de sua saúde. O médico deve lhe informar as consequências do não consentimento, inclusive a recusa pode se referir a exame, diagnóstico e terapia.

Temendo uma situação inesperada a própria Testemunha de Jeová traz consigo um documento denominado “Diretrizes sobre Tratamento de Saúde e Isenção para a Equipe médica.”

Eis o teor:

Eu _____ abaixo assinado (a), nascido(a) em ___ de ___ sou Testemunha de Jeová, e, à base de minhas firmes convicções religiosas, de forma absoluta e inequívoca, decidi obedecer à ordem bíblica de “persistir em abster-se de sangue” (Atos 15:28,29). Diante disso, por meio deste instrumento, declaro com antecedência minha vontade, traçando diretrizes quanto aos tratamentos médicos que me são aceitáveis:

1. ACEITO e solicito tratamento médico alternativo sem sangue para fortalecer e conservar meu próprio sangue, para evitar ou minimizar a perda de sangue, para repor o volume circulatório perdido ou para estancar a hemorragia. Por exemplo, aceito os expansores do volume do plasma, tais como o dextran, a solução salina ou de Ringer, ou a hetastarch (hidroxietila de amido). Outras opções de tratamento: _____

2. RECUSO qualquer **transfusão de sangue** (total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma sanguíneo), ainda que os médicos julguem isso necessário para preservar minha vida ou saúde. Além da minha convicção religiosa, estou ciente de que há vários perigos associados às transfusões de sangue.

3. Estas minhas DIRETRIZES: a) são válidas permanentemente, inclusive enquanto estiver incapacitado para expressar a minha vontade; b)

especificam que este consentimento e qualquer outro posterior que eu possa dar EXCLUEM a **transfusão de sangue ou hemoderivados**; c) são absolutas, irretiráveis e irrevogáveis, não podendo ser substituídas em **NENHUMA** circunstância pelo consentimento intencionado de um parente ou de outra pessoa; d) são um exercício de meu direito de escolha de tratamento médico, incluindo o de optar por tratamentos médicos alternativos, isentos de sangue, de acordo com os profundos valores e convicções religiosas, morais e éticas que sustento, respaldados pelas garantias constitucionais de liberdade religiosa, autonomia e inviolabilidade de minha privacidade, conforme dispostas no artigo 5º, **caput** e incisos **II, VI e X**, da Constituição Federal.

4. Acolhidas estas diretrizes, **ISENTO** de responsabilidade civil a médicos, anesthesiologistas, hospitais e equipes médicas por quaisquer resultados advindos do tratamento médico alternativo isento de sangue.

5. Por este instrumento também **OUTORGO PODERES** às pessoas nominadas no verso para atuar como meus procuradores e para tomar decisões sobre tratamento de saúde em meu nome, a fim de que minha vontade, conforme expressa neste documento, seja respeitada.

Seguem-se assinaturas do portador e testemunhas, bem como data, endereço e telefone.

Cabe lembrar que tal documento é firmado no momento em que a pessoa se encontra com plena capacidade mental. Assim, para elas, as transfusões sanguíneas são consideradas invasivas.

Há que se mencionar outras formas de manifestação da vontade, através de:

1. Testamentos de vida ou diretriz antecipada e Procuração para cuidados da saúde;
2. Procuração para tomada de decisões médicas;
3. Procuração para paciente inconsciente;
4. Procuração para cuidados da saúde;
5. Paciente Menor e Menor amadurecido;
6. Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde.

1. Testamentos de vida – Conforme citado anteriormente, a liberdade vigente para o consentimento informado, embora não regulamentado especificamente por nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que fazem outros ordenamentos, não obsta que um praticante Testemunha de Jeová antecipe, validamente, sua manifestação de vontade, expressamente. Assim, pode o paciente precaver-se contra uma situação em que possa estar impossibilitado de manifestar sua vontade, externando prévia e documentalmente seu desejo, através dos denominados testamentos vitais (*living will*), ou nomeando procurador de cuidados da saúde (*durable Power of attorney for health care*) e ambos constituem proteção da liberdade e da autonomia privada.

Segundo Dworkin:

...Hoje, todos os estados norte-americanos reconhecem alguma forma de diretiva antecipada: ou os “testamentos de vida” (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo ou circunstâncias específicas), ou as “procurações para tomada de decisões médicas” (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário, quando este já não tiver condições de tomá-las). (DWORKIN, 2003, p. 252-253;268-269;317)

Reconhecendo expressamente o direito da Testemunha de Jeová, em validamente antecipar sua recusa a determinados tratamentos médicos, as diretivas não podem ser ambíguas e têm que classificar os específicos tratamentos rejeitados, devendo o declarante estar, no momento em que celebra o testamento ou nomeia o procurador, em plenas condições de manifestar sua vontade.

2. Procuração para tomada de decisões médicas – O declarante nomeia e constitui procurador (ou procuradores) para transmitir ao médico a sua vontade previamente externada. Essa possibilidade é cabível nas situações em que o próprio declarante esteja impossibilitado de manifestar sua vontade. Caso ele esteja em plena condição de realizar tal manifestação, ainda que haja documento escrito, o médico deve consultá-lo e obter seu consentimento ou dissentimento informando sobre o tratamento médico proposto.

Não há forma específica para sua realização, sendo exigível somente que seja de forma hábil, transmitindo com segurança o desejo do declarante. Esta procuração pode ser revogável a qualquer momento, igualmente sem exigência de forma. Mesmo com risco e iminência de morte, tem o paciente o direito de tomar decisões e o médico deve lhe informar as consequências do não-consentimento da transfusão, inclusive a recusa que pode se referir a exame, diagnóstico e terapia.

Qualquer paciente adulto e capaz tem o direito de recusar o tratamento, mesmo que para ele importe em prejuízo da sua saúde.

3. Procuração para paciente inconsciente – Em caso de inconsciência do paciente ou na impossibilidade de expressão da sua vontade, o consentimento deve ser obtido junto ao representante legal. Em casos de intervenção médica urgente o consentimento é presumido quando não se

dispuser de um representante legal, ou quando se tenha manifestado, de forma inequívoca, que o paciente rechaçaria tal intervenção.

A Declaração de Lisboa, da “Associação Médica Mundial sobre os Direitos do Paciente” orienta que o diagnóstico ou o tratamento pode ser realizado contra a vontade do paciente, em casos excepcionais, autorizados pela lei, em consonância com os princípios da ética médica. Quando, na prática, um médico realiza a transfusão de sangue contra a vontade do paciente, quer por desconhecimento da sua convicção realizada ou não, faz-se valer o princípio da beneficência.

Se uma pessoa está sob os cuidados de outra, a ela é garantido o direito de que esta tome decisões com vistas a atender seus interesses mais importantes. Esta noção é fundada tanto na lei quanto na moral. Não se pode conceber que um indivíduo, zelando por outro que dele depende, mesmo que temporariamente, aja de forma diversa aos interesses dessa pessoa que lhe está dependente. Essa é a diretriz do princípio da beneficência, expresso no Código de Ética Médica, 2010, p.11, no Capítulo I – Direitos Fundamentais, II; “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.” Em comentário compreende-se que o princípio fala, expressamente, na saúde do “ser humano”, e não na “saúde do paciente”, em um conceito humanístico muito forte, traduzido na bioética como *primum non nocere* (antes de mais nada, não prejudicar). É o ser humano, o paciente, que deve ter primazia, deixar de agir representa falta de atenção, de zelo, e na renúncia de utilização do melhor da capacidade profissional do médico, inaceitável sob o ponto de vista ético.

Em sendo realizada a transfusão sanguínea contra a vontade da pessoa, nem sempre ela é acolhida e aprovada pela comunidade das Testemunhas de Jeová, com o intuito de superar o trauma causado pelo desrespeito a suas convicções, gerando sofrimento e excluindo-a. Evidentemente, apenando-a duas vezes.

4. Procuração de cuidados da saúde – Já mencionada como “*durable Power of attorney for health case*” além de consignar, especificamente, instruções preventivas sobre intercorrências médicas que se deseja refutar, somente é possível com procuração *in rem própria* (no interesse do representado) para que o procurador (ou procuradores) transmitam ao médico a vontade do

paciente, previamente externada, caso esteja, no momento, incapacitado para fazê-lo. A possibilidade de nomear procurador ou representante está contemplada em nosso ordenamento jurídico, por meio da “Corte de Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde (CDDUS) 5º / VII; a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.”

5. Paciente menor de idade e menor amadurecido – O médico, deve, sempre, disponibilizar aos pais todas as alternativas possíveis para tratamento de seus filhos, esclarecendo quais os riscos e a possibilidade de resultados que cada uma delas oferece, para que a escolha pelo tratamento seja, sempre, a melhor possível. A opção por um tratamento, em detrimento de outros, ainda que em desacordo com a orientação médica, não se caracteriza como abandono, maus tratos ou extravio. Abandonar significa deixar o menor sem qualquer tipo de assistência; maus tratos é oferecer tratamento ruim; extraviar a criança é deixá-la perdida, sem amparo.

A recusa à transfusão de sangue não se subsume (conforme o entendimento de Kant) a nenhum dos termos acima elencados, já que escolher um, entre outros tratamentos possíveis não é abandonar, extraviar ou maltratar.

Um paciente menor de idade que demonstre ter condições de entender suas decisões e consequências e a sua determinação de receber tratamento médico, isento de sangue, deve ser respeitado pelos médicos. Nossa legislação proporciona amparo para que o menor seja ouvido e sua posição seja considerada. A capacidade para consentir não se confunde, propriamente, com a capacidade negocial. A capacidade para consentir exige que o agente tenha condição de tomar uma decisão racional, compreendendo riscos e sacrifícios.

Nesse sentido, a manifestação do menor deve ser, sempre, levada em consideração, ainda que menor de 16 (dezesesseis) anos de idade. (Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989, 1º e 12,1; e Convenção para a Proteção dos Direitos do Ser Humano, face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Conselho da Europa) 6º, 2). Sendo ele relativamente capaz (CC), especialmente quando assistido por seus representantes, seu consentimento informado deve ser respeitado pelos

profissionais da saúde, não lhe impondo, à força, um tratamento contrário a sua manifestação de vontade. Também se infere tal proteção em dispositivos do ECA, quando trata do direito à liberdade, respeito e dignidade do menor.

6. Assim como os adultos, os menores, filhos de Testemunhas de Jeová, portam um Cartão de Identificação onde consta nome, filiação, endereço e telefone e a seguinte declaração:

Como pais, estamos profundamente interessados no bem-estar de nosso (a) filho(a) _____. Somos Testemunhas de Jeová e temos firmes convicções religiosas. Assim sendo, não aceitamos transfusões de sangue. É amplamente conhecido que as transfusões alogênicas apresentam riscos de hepatite, HIV e outros perigos para a saúde. Nossa decisão informada é evitar esses riscos. Aceitamos, sim expansores e remédios sem sangue, que controlam a hemorragia e estimulam a produção de glóbulos vermelhos. Se nosso (a) filho(a) sofrer um acidente ou ficar gravemente doente, queiram contatar-nos imediatamente. Conhecemos médicos que respeitam nossas convicções religiosas, e eles estão disponíveis para consulta a respeito do uso de modernas alternativas aceitáveis, que não usam sangue

Seguem-se data e assinatura dos pais.

O documento é lícito, segundo Bastos:

E o médico ao se deparar com ele, deve respeitar a vontade ali contida, que é a de não receber sangue e, conseqüentemente, de o paciente ser submetido a um tratamento alternativo, mesmo em se tratando de menores. Finalmente, é preciso sublinhar que esta declaração formal isenta médicos de responsabilidade por quaisquer resultados adversos causados pela recusa do paciente em aceitar sangue. (BASTOS, 2000, p. 27)

Por oportuno coloca-se a opinião do Professor da USP Marco Segre(1991), na destinação entre crianças e adolescentes, ambos menores de idade.

É inegável e o recém-promulgado “Estatuto da Criança e do Adolescente” é claro nesse aspecto, que para o adolescente a partir de 12 anos, segundo o art. 2º do referido Estatuto, já se reconhece o direito de externar e de realizar suas convicções sejam elas políticas, de crença religiosa, ou índole totalmente individual... É aceitável, eticamente, portanto, que um adolescente manifeste sua recusa e seja atendido, em uma transfusão de sangue. (SEGRE, 1991)

A doutrina recomenda que “incumbe ao facultativo como medida de cautela, sendo o paciente menor de 18 anos, e se as circunstâncias permitirem, requerer ao Juízo da Infância e Juventude permissão para realizar o ato indesejado pelos responsáveis” (KFOURI NETO, 2003, p. 31 E, nestes casos, o Juiz suspende,

temporariamente, o pátrio poder, para realização do procedimento, aceitando a recusa do menor conscientizado, devendo os casos relativos às crianças serem levados ao conhecimento do judiciário, visando dirimir o conflito. Atente-se que os pais não podem dispor da vida dos filhos que, por vezes, ao atingirem a maioridade, vêm professar credo diverso daquele dos pais.

O documento com instruções e procuração, portado pelas Testemunhas de Jeová possui validade jurídica plena, sendo que declara as diretrizes antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos; ele nomeia dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade, expressa no mesmo documento com observações sobre a inconsciência do paciente. A não observância das diretrizes prévias do paciente, constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitarão o profissional da saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético.

Esses documentos são utilizados pelas Testemunhas de Jeová para que, em caso de necessidade, a eles se possa recorrer.

A recusa de submeter-se a qualquer espécie de tratamento médico, independentemente de convicções religiosas, encontra guarida nos princípios constitucionais da legalidade (“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei”) e da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida não tem apenas um aspecto físico (conservação biológica do corpo), mas envolve elementos morais, espirituais e emocionais. Não se pode confundir inviolabilidade do direito à vida com indisponibilidade do direito à vida, termos que, juridicamente, têm significados bem distintos. A inviolabilidade diz respeito a direitos outorgados a certas pessoas, em virtude de que não podem ser molestadas ou atingidas por terceiros. Já a indisponibilidade é atributo daquilo que o titular não pode dispor ou ceder.

Invocando John Stuart Mill (1991), o médico Dixon Lowell reafirma:

Cada qual é o guardião correto de sua própria saúde, seja ela física, seja mental, seja espiritual. A humanidade é que mais lucra ao permitir que cada um viva como bem lhe parecer, em vez de compelir cada pessoa a viver como parece ser bom para os demais. (LOWELL, 1991)

Os pacientes Testemunhas de Jeová têm uma profunda e inabalável fé em sua crença; não são contrários à Medicina, nem acreditam em cura pela fé.

O fato de pautar todas as condutas em convicções religiosas não significa que se tenha o direito de coagir outrem a também fazê-lo. A liberdade religiosa parece colidir com o direito à vida, mas diante deste conflito de direitos o seu titular, capaz, é quem escolhe o que lhe é mais caro, o que deve prevalecer, de acordo com a sua consciência.

O paciente Testemunha de Jeová não é um suicida; quer viver, mas declina de receber tratamento que vá de encontro a suas convicções religiosas. Em respeito às liberdades do cidadão, o Estado só pode exigir-lhe condutas positivas ou negativas, que não violem os direitos de terceiros. Nada mais, sob pena de o homem servir ao Estado, e não este àquele, numa inversão de valores.

3.5 Dimensão médico-legal e a dogmática sectária das Testemunhas de Jeová: Correntes doutrinárias sobre transfusão de sangue

Esta postura de rechaçar a hemotransfusão, adotada pelas Testemunhas de Jeová, desperta a atenção da mídia e da sociedade que, por ignorância, talvez má-fé, dão uma conotação de que adeptos dessa religião são pessoas fanáticas ou suicidas. Entretanto, a recusa possui reflexos na esfera médica e no âmbito jurídico, acarretando dilemas éticos, pois os médicos estão condicionados a enxergar a manutenção da vida biológica como o bem supremo e abre-se o debate se é direito do paciente recusar um tratamento médico por objeção de consciência quando, aparentemente, este é o único meio apto para lhe salvar a vida.

Na recusa de transfusão de sangue pelo paciente, mister é abordar as correntes comunitaristas, procedimentalista e liberal, que incidem sobre o obrigar ou não um paciente a submeter-se a tratamento, quando sua vontade se torna séria e dotada de outras condições que a fazem relevante e constitui violação a sua dignidade e integridade física, psíquica e moral. A submissão obrigatória de uma pessoa a um tratamento resulta inconstitucional

3.5.1 Corrente Comunitarista

Formada por, Michael Walzer, Robert Putnam, John S. Rawls e outros, a corrente “comunitária” participa dos debates contemporâneos sobre os ideais de

justiça social, defendendo a tradição aristotélica. Quando se referem às sociedades modernas como “pluralistas”, os comunitários interpretam tal adjetivação de modo distinto dos teóricos liberais, concebendo o pluralismo como diversidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Do ponto de vista público, o pluralismo se expressa através de uma gama de valores diferentes, incomensuráveis e incompatíveis, defendidos por comunidades e grupos distintos (LEITÃO, 2007).

As múltiplas identidades sociais e culturais étnicas, presentes na sociedade contemporânea, advêm do descrédito na existência de um sujeito universal e da história, crendo ser impossível a concepção de uma identidade individual, constituída sem referência à comunidade social, na qual se insere. Concebendo a justiça como a virtude na aplicação de regras, conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social, criticam os liberais por não serem capazes de lidar com situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma “sucessão alternada de monólogos” (LEITÃO, 2007).

Isso implica, ainda que implicitamente, que tais pensadores dão prevalência às coletividades sobre os indivíduos; a autodeterminação das comunidades tem precedência sobre os direitos fundamentais individuais, pois é a comunidade que determina os direitos que ela considera fundamentais.

Na medida em que vê a Constituição como um projeto social, como uma forma de afirmação da identidade política de uma comunidade, o pensamento comunitário da máxima importância é a participação popular ao interpretar a aplicabilidade da Constituição.

Tornada muito influente entre os constitucionalistas mais progressistas, particularmente americanos e alemães, essa corrente chegou aos brasileiros por intermédio dos ibéricos.

A adoção entusiástica do comunitarismo pela vanguarda constitucional brasileira corresponde ao desejo de romper com a tradição positivista, formulista e civilista que inspira todo o nosso ordenamento jurídico e teve grande impacto no processo constituinte de 1957 (LEITÃO, 2007).

O comunitarismo propõe que o indivíduo seja considerado membro inserido numa comunidade política de iguais. Para que exista um aperfeiçoamento da vida política na democracia, exige-se uma compensação social, um empenhamento público e participação política, através de formas de comportamento que ajudem ao

enobrecimento da vida comunitária. Em consequência o indivíduo tem obrigações éticas para com a finalidade social, deve viver para a sua comunidade organizada em torno de uma só idéia substantiva de bem comum.

A liberdade e identidade do homem não são características ontológicas, inatas à pessoa. Aquilo que dá sentido à existência são os conteúdos substanciais, que tecem a história própria de cada um, daí o comunitarismo defender uma ética perfeccionista. Esses conteúdos estão inscritos na cultura, precedem o indivíduo, razão pela qual ele é predeterminado na forma de definir a sua identidade e exercer sua liberdade (GONÇALVES, 1998).

Quanto ao grupo social a responsabilidade deve ser ampla, deve haver o interesse de cada um no bem-estar de outros membros do grupo, não só o interesse igual. Também se faz necessário igual interesse por todos os integrantes que compõem o grupo (QUEIROZ, 2002).

Não obstante a existência de uma hierarquia e de papéis distintos, as regras devem dizer respeito ao interesse de todos os componentes do grupo. Nas comunidades autênticas, que satisfazem diversas condições, tem-se que estas podem promover injustiças, serem responsáveis pela produção de conflitos entre integridade e justiça de uma instituição.

No caso das Testemunhas de Jeová, o grupo religioso poderá tomar decisões comunitárias injustas, ante pessoas de outro credo. Verdadeiras obrigações comunitárias podem ser injustas de duas maneiras: a concepção de interesse equitativo pode ser diferente para cada um dos membros e o próprio grupo pode ser injusto para com indivíduos que não são membros do referido (QUEIROZ, 2002).

3.5.2 Corrente Procedimentalista

A proteção dos direitos tem fundamento em uma compreensão procedimentalista quando o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos, que proporcionam autonomia privada e pública dos cidadãos. Segundo Habermas tal função é justificada e legítima:

O tribunal constitucional, ao intervir na legislação política e ao suspender as normas apontadas pelo parlamento, tem que apelar para uma autoridade derivada, inferida do direito de autodeterminação do povo. E nesse

processo, ele só poderia recorrer a argumentos que justifiquem um apelo à soberania do povo. (HARBERMAS, 2003, p. 324)

O papel da Suprema Corte, na compreensão procedimentalista, é o de vigiar e manter a Constituição, prestando atenção aos procedimentos e normas organizacionais, das quais depende a eficácia legislativa do processo democrático. Tal compreensão fixa-se no caráter democrático do problema da legitimidade do direito e se dá através do tribunal constitucional. A Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais, os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir, cooperativamente, o projeto de produzir condições justas de vida. São condições processuais de gênese democrática das leis que asseguram, acima de tudo, a legitimidade do direito.

A competência principal do tribunal constitucional é verificar as condições processuais da gênese das leis de forma democrática. Nesse sentido é o posicionamento de Habermas:

O tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do estado, não correspondem mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia-privada é ameaçada através de posições de poder econômicos e sociais, dependentes, por sua vez, de modo e da medida em que os cidadãos podem, efetivamente, assumir o direito de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. O tribunal precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas, especialmente no contexto dos pressupostos comunicativo e de condições procedimentais do processo de legislação democrático. (HARBERMAS, 2003, p. 326)

O controle aberto das normas deve garantir uma origem democrática das leis. Tal processo se dá, ouvindo as vozes das minorias e mantendo os canais de comunicação dessas vozes acessíveis de inclusão no elaborar-se as leis.

O controle abstrato das normas é defendido, dando-se atenção à gênese das leis, evitando-se que a vontade das majorias tirânicas influencie o processo democrático.

O judiciário, através do controle abstrato de normas, auxilia manter o processo democrático da elaboração das leis.

Pode-se perceber que, na doutrina procedimentalista, a viabilidade de uma fundamentação está baseada na regra da razoabilidade prática, sem referência a pontos de partida objetivos.

Tem-se ou não se tem um direito fundamental. Não se pode tê-lo pouco ou tê-lo *prima facie*. Direitos humanos, no sentido central e denso, significam direitos que exigem respeito absoluto. A afirmação da existência de direitos e seus correlativos deveres, válidos e sem ressalvas, mesmo contra interesses, utilidades e convenções humanas, impõe referência a uma fonte, a um fundamento absoluto, distinto do sujeito humano, capaz de vincular a vontade, de modo inexorável (TESSLER, 2002).

Se o direito à vida é direito humano básico, o direito de morrer com dignidade também se inclui no espectro dos direitos humanos com a grande indagação de quem vai decidir quando suspender o tratamento médico, atendendo o desejo do paciente.

Acorde à corrente procedimentalista há sentido em forçar exigir-se a proteção de uma vida, à custa da dignidade dessa pessoa.

O sacrifício desse ato de imposição acaba sendo muito maior: - a morte moral do indivíduo.

3.5.3 Corrente Liberal

A possibilidade de elaborar e fundamentar um ideal de justiça é o que aspira a corrente liberal. Esse ideal deve ser capaz de assegurar a cada um a possibilidade de realização de seu projeto pessoal de vida, factível a todos. Faz-se necessária a garantia de uma neutralidade do Estado, diante da prioridade dada à autonomia privada e aos direitos fundamentais.

Essa autonomia e a neutralidade do Estado devem ser protegidas das interferências que podem advir de deliberações públicas e o campo eficaz para consecução de tal objetivo é o Direito. É do Direito a garantia dessa neutralidade e da autonomia privada dos direitos fundamentais. A base desse Direito se faz através do sistema de direitos e garantias constitucionais. A interpretação da Constituição deve se orientar pelos princípios e normas, tendo o Direito como prioridade sobre concepções de bem. À Constituição cabe o papel de garantia das liberdades negativas, assecuratórias da autonomia moral individual (DANTAS, 2007).

Dworkin, e Rawls são referências expressivas no embasamento teórico-liberal.

Rawls objetiva definir a idéia da liberdade como a capacidade que cada indivíduo deve ter de realizar seu projeto individual, dentro do que considere uma vida digna, sem interferências externas que o impeçam e enumera dois princípios (não exaustivos) de justiça, utilizando-se da metodologia do controle; os dois princípios são aqueles escolhidos pelas partes na chamada “Posição Original”, o momento da contratação. O primeiro princípio, que é prioritário, é o que assegura para todos, direitos e liberdades básicas. Porém a falta de meios naturais pode impedir o desfrute que esses direitos e garantias permitem. O segundo princípio é no sentido de garantir a distribuição equitativa de bens primários. Essa distribuição, juntamente com a garantia de bens e liberdades, revela a existência de respeito mútuo em tal sociedade, de forma que o indivíduo que a integra possui a capacidade de ter um sentido de justiça e uma concepção individual de bem.

Enfim, Rawls entende que os direitos e liberdades básicas são inalienáveis, desta característica decorre o fato de a Constituição ser o meio fixador das restrições garantidores dos direitos e liberdades e também de sua prioridade (DANTAS, 2007).

Com Dworkin aparece a teoria de um “liberalismo novo” aprimorado da perspectiva utilitária porém crítico dos limites do positivismo. Dworkin vai além desses limites, lançando luzes à concepção moral incrustada, de forma substantiva, nos princípios jurídicos, utilizados como possibilitadores além de uma visão meramente instrumental do direito.

É através desses princípios que podemos entender o Direito, não como um conjunto de normas e regras jurídicas (como os positivistas), mas como uma atitude interpretativa, fundamentada em uma concepção de complementaridade, que abre espaço para exigência de que, tanto o Estado, quanto os indivíduos, adequem as suas ações a um conjunto de princípios morais/jurídicos, compartilhados. Os princípios exigiriam uma estrutura política, viabilizando o poder político, de maneira horizontal, comprometido com a justiça, além de normas realizadoras, de forma equitativa, da distribuição de recursos e oportunidades (DANTAS, 2007).

A idéia de um sistema político íntegro resgata o papel equânime entre direitos individuais e o bem-estar da sociedade, que o liberalismo tradicional havia deixado,

porque a integridade política vai exigir que as decisões públicas devam ser justificadas pelos princípios político-morais compartilhados.

A legitimidade, nas sociedades contemporâneas, é de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Dworkin constrói, neste sentido, três princípios: o da participação, o da igual implicação e o da personalidade das convicções morais e políticas, de forma que nenhum governo possa moldar concepções individuais de bem, nem sobrepujar nenhum direito individual, ainda que em nome do “bem-estar social” (DANTAS, 2007).

Com referência às relações entre liberalismo e justiça, o autor referido sustenta, preliminarmente, que a concepção de igualdade é um dos princípios centrais do pensamento liberal, com diversas repercussões no âmbito jurídico.

Dworkin (2003) salienta que o termo “liberalismo” tem sido usado (desde o século XVIII) para descrever um conjunto de posicionamentos políticos e econômicos e, desse modo, a teoria política possui, como pressuposto, a idéia de que o liberalismo constitui uma certa moralidade específica e constante ao longo de determinados tempos. Ele salienta que existem, basicamente, duas formas de liberalismo: liberalismo baseado na neutralidade e o liberalismo fundamentado na igualdade.

Essas duas vertentes apresentam distinções relativas ao modo pelo qual devem ser implementadas metas e políticas governamentais.

O liberalismo baseado na neutralidade considera precípua a concepção de que o governo não deve intervir em questões morais ou axiológicas, de modo a vincular-se de maneira mais precisa ao ceticismo moral e religioso, enquanto o liberalismo baseado na igualdade, sustenta que o governo deve tratar seus cidadãos de forma o mais imparcial possível, defendendo-se a neutralidade moral apenas quando a isonomia assim o exija.

Dworkin tece, ainda, explanação sobre as duas formas primordiais de liberalismo e sobre a teoria da igualdade complexa, assente em duas idéias preponderantes. A primeira é atinente ao fato de que cada modalidade de recurso deva ser distribuída, acorde ao princípio mais adequado e viável a sua esfera. A segunda, de que tais idéias concernem ao fato de que existem eventuais em uma esfera social e não produzem excessos que propiciem preponderância em uma outra esfera.

Ao abordar o tema da autonomia da vontade Dworkin expressa a seguinte opinião:

Nos contextos médicos, essa autonomia está frequentemente em jogo. Por exemplo, uma Testemunha de Jeová pode recusar-se a receber uma transfusão de sangue necessária para salvar-lhe a vida, pois as transfusões ofendem suas convicções religiosas. Uma paciente cuja vida só pode ser salva se suas pernas forem amputadas, mas que prefere morrer logo a viver sem as pernas, pode recusar-se a fazer a operação. Em geral, o direito norte-americano reconhece o direito de um paciente à autonomia em circunstâncias desse tipo (DWORKIN, 2003, p. 319).

Lorenzetti (1998) sugere que o Direito adote, progressivamente, uma atitude cautelosa, dando primazia à liberdade do indivíduo, fornecendo sua autodenominação: “Adota-se, assim, a regra do consentimento prévio para o ato do médico, de sorte que a sua contraface, a negativa, é válida. Por esta via chega-se a admitir o direito a recusar tratamentos médicos, mesmo contradizendo o sugerido pelo médico e diante de uma situação de risco”.

Restrepo (1997) diz que: “Obrigam um paciente a submeter-se a um tratamento, quando sua vontade se torna séria e dotada de outras condições que a fazem relevante, constitui uma clara violação a sua dignidade e a sua integridade física, psíquica e moral.”

Apresentando a posição da Corte Constitucional Colombiana, a mesma autora expõe:

A submissão obrigatória de uma pessoa a um tratamento resulta inconstitucional, porque “cada um é livre para decidir se é ou não caso de recuperar sua saúde.” “Se eu sou dono de minha vida, a princípio sou livre para cuidar ou não da minha saúde cuja deterioração leva à morte que, lícitamente, eu posso imputar-me”.

Entende-se que, de acordo com a corrente liberal, a liberdade religiosa deve receber prevalência em face do direito à vida, extraíndo-se o dever do médico em respeitar esta vontade e não efetuar a transfusão sanguínea.

São inúmeras as diretrizes doutrinárias sobre transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová. Eis algumas:

1. A Testemunha de Jeová “deseja viver, ela deseja os benefícios de tudo o que a ciência médica pode fazer por ela, com somente uma única exceção, que ela rejeita qualquer tratamento, prescrito pelos princípios de sua fé

religiosa! (caso Mathie Brown, Ap. 1954, j. 30/10/1995. Suprema Corte do Mississippi).

2. O praticante da religião Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, aceitando outros tratamentos. Em nenhum momento a negativa deve ser equiparada ao suicídio: ele deseja ser tratado e aceita se submeter a cuidados médicos.

3. Nada obsta que os procuradores não sejam familiares do paciente. É exigível, apenas que o declarante, no momento em que nomeia procurador, esteja em plenas condições de manifestar sua vontade, bem como que o faça de maneira clara, evitando-se ambiguidades que possam dificultar a compreensão de seu desejo.

4. “Tudo o que se move e vive vos servirei de alimento: eu vos dou tudo isto como vos dei a erva verde. Somente não comereis carne com a sua alma, com seu sangue” (Genesis 9:3-4).

5. “A todo israelita ou a todo estrangeiro, que habita no meio deles, e que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, e exterminá-lo-ei do meio de meu povo”. (Levitico 17:10)

6. “Pedirei contas de vosso sangue que é vossa vida”. (Gênesis 9:3-5).

7. Tem confiança no Senhor, de todo o teu coração, e não te estribes na tua prudência. Traze-o no pensamento em todos os teus caminhos e Ele mesmo dirigirá teus passos.” (Provérbios 3:5 e 6).

8. “Teme ao Senhor toda a terra, e o reverenciem todos os habitantes do universo” (Salmo 38:8).

Intervenções sem transfusão de sangue vêm sendo realizadas, inclusive em cirurgias de coração aberto, obstetrícias, ginecológicas e urológicas, com as Testemunhas de Jeová defendendo que essas terapias sejam também disponibilizadas para outros pacientes.

Por meio do consentimento informado, o paciente tem o direito de escolher a qual tratamento quer se submeter, após amplamente esclarecido pelo médico de quais são as alternativas disponíveis, os resultados esperados, os riscos e custos, mesmo que a opção do paciente não seja a recomendada pelo médico: O paciente pode inserir observações referentes ao tratamento a que irá se submeter no formulário de internação, consignando sua ressalva a tratamentos transfusionais, ou outros, por convicção religiosa. O hospital que não dispuser de outro tipo de tratamento médico que não o de transfusão de sangue deverá disponibilizar tratamento alternativo ao paciente, buscando outros recursos da Medicina e da ciência.

O paciente Testemunha de Jeová acredita que o sangue retirado do corpo deve ser inutilizado (transfusões autólogas), de modo que não aceitam a autotransfusão do sangue retirado de antemão e guardado. São inaceitáveis as técnicas de coleta ou de hemodiluição intra-operatória que envolvam guardar o sangue para ser repostado. O entendimento religioso não proíbe, de modo absoluto, o uso de componentes como a albumina, as imunoglobulinas e os preparados para

hemofílicos. Cabe a cada Testemunha decidir, individualmente, se deve aceitá-los ou não. Nesse contexto permitem, também o uso de equipamentos de hemodiálise do coração – pulmão artificial (não se empregando sangue como volume de escorva) e o reaproveitamento intra-operatório (caso de circulação extra-corpórea ininterrupta). Admitem-se, ainda, tratamentos alternativos como expansores sintéticos dos volumes de plasma, fatores de crescimento hematopoiético, recuperação infra-operatória do sangue no campo cirúrgico, hemóstase meticulosa, tratamento por via endovenosa, mediante infusão de fluidos (soro à base de cloreto de sódio, ringer, etc.), administração de eritropoietina.

Diante dos perigos transfusionais e dos avanços da Medicina, a terapia transfusional não pode, pois, ser considerada como o único meio de que se vale o médico para tratar um paciente. Há outras técnicas, procedimentos e tratamentos. Do fato de existir mais de um tratamento em substituição à transfusão de sangue, conclui-se que esse procedimento não é o único modo de tratar e de, até mesmo, salvar a vida do paciente.

Médicos que se comprometem a aplicar cirurgia sem transfusões de sangue, acreditam que as opções terapêuticas à transfusão são simples, seguras e eficazes.

O Dr. Denton Cooley operou pacientes Testemunhas de Jeová. Sendo pioneiro em cirurgia cardiovascular: em maio de 1962 realizou a primeira cirurgia de coração aberto, sem sangue, em Testemunhas de Jeová que não aceitam transfusões de sangue alogênico, com risco baixo e aceitável. Por sua vez, o Dr. Craig relata:

Os conceitos religiosos do paciente não foram violados pela transfusão, e o tratamento de menores não foi ofuscado por mandados judiciais ou por algo semelhante”. Além do número baixo de mortes registrados nestes [...] relatórios, não houve aumento de derrames, infartos do miocárdio, insuficiência renal aguda, infecções pós-operatórias, demora de cicatrização das feridas (cirúrgicas), ou de outras moléstias em pacientes Testemunhas de Jeová, em comparação com outros pacientes. [...]. O mais importante é que 20% [...] evitaram, sem o saber, algumas complicações por evitarem a transfusão³.

³Cuidados com a família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová – Aspectos éticos e legais. Associação Torre vigília de Bíblicas e Tratados, Compêndio. p. 22).

Citam-se, ainda, casos de emergência, como nos acidentes de trânsito, quimioterapia, em que há perda de plasma – parte líquida do sangue e descrição minuciosa de tratamentos sem transfusão.

Os especialistas mencionam seu desejo de evitar riscos médicos relacionados à transfusão de sangue alogênico, sempre com risco de erro administrativo, incompatibilidade de ABO, reação hemolítica pós-transfusional fatal na transfusão.

Tem-se verificado que tratar pacientes sem uso de transfusão sanguínea é uma realidade, visto relatos tais como transplante de fígado, cirurgias cardíacas, cirurgias ginecológicas, prostatectomias e traumas.

Quando as Testemunhas de Jeová recusam transfusões de sangue não estão rejeitando tratamentos médicos nem exercitando o direito de morrer. Eles querem, apenas, escolher um tratamento sem transfusão de sangue.

4 EXEGESE DO DIREITO CONSTITUCIONAL, DA DEONTOLOGIA MÉDICA, DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO PENAL, REFERENTE À TRANSFUSÃO DE SANGUE PARA AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.

4.1 Exegese do Direito Constitucional na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová

Frente às normas constitucionais que tutelam a liberdade de crença e de consciência, o direito à intimidade e à privacidade, os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como em razão de dispositivos da legislação infraconstitucional – fatores aos quais se associa o risco inerente às contaminações nas transfusões – indaga-se se é absolutamente legítima a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos médicos/cirurgias que envolvam a administração de sangue e seus derivados, mesmo nos casos de iminente perigo de vida.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, reconhecida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Relacionada com a própria condição humana, a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais.

À luz dos preceitos constitucionais o paciente adulto tem o direito de recusar qualquer tratamento médico, incluindo os que envolvem a transfusão de sangue. É vedado ao Estado, mediante decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta que seja atentatória a sua liberdade e a sua convicção religiosa, sob pena de violação da Constituição Federal, art. 5º, Caput e VI.

Não há conflito de direitos fundamentais quando o paciente Testemunha de Jeová se recusa a fazer tratamentos com transfusão de sangue, porque a prática desse direito não acarreta dano a um bem coletivo ou a um direito fundamental de outrem; tampouco configura desejo de suicídio ou cura pela fé.

O direito de optar entre os tratamentos possíveis é fundado no princípio da autonomia pessoal (autodeterminação), uma das maiores expressões de liberdade garantida como direito fundamental constitucional (art. 5º, Caput, II e III). Quando, de forma antecipada o paciente manifestou sua vontade quanto a tratamentos e procedimentos médicos sem transfusão de sangue, essa manifestação prévia

vincula juridicamente o profissional da saúde, que não a pode desrespeitar, sob pena de violar o direito fundamental à autodeterminação. O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente seu direito fundamental à liberdade, incluindo o direito de autodeterminar-se, devendo ser obtido, se possível, seu consentimento informado, ou respeitado seu dissentimento informado, previamente manifestado, conforme expressamente assegurado em nosso ordenamento jurídico, por meio da “Carta dos direitos e deveres dos usuários de saúde” e do art. 5º /VII da Constituição Federal. Em nenhuma hipótese a expressão “sem consentimento” pode ser equiparada à expressão “contra consentimento”. Sempre que houver expressa manifestação da vontade do paciente em determinado sentido, ela deverá ser respeitada. Submeter-se o cidadão a tratamento médico contra sua própria vontade, em flagrante desrespeito à sua dignidade (CF, 5º, III) e à sua liberdade (CF, 5º, Caput) e, no caso das Testemunhas de Jeová à sua liberdade de crença (CF, 5º, VI) é restrição a Direito Constitucional.

O hospital não pode recusar internação a um paciente que, após acordar com a equipe médica sobre a não utilização de terapia transfusional, insere no “termo de internação” ou no “termo de consentimento” sua recusa de receber tal terapia. A recusa do hospital incide sobre discriminação à convicção religiosa e a não aceitação das observações do paciente viola a garantia fundamental, inscrita na CF, 5º - VIII, que dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.”

O cidadão que tiver seu direito violado por essa discriminação pode socorrer-se junto ao judiciário para ver assegurado seu direito constitucional à saúde.

Ressalte-se que as liminares satisfativas, concedidas em sede de medidas cautelares ou de procedimentos de jurisdição voluntária (alvará judicial), determinando administração transfusional de sangue, recusada pelo paciente, ferem princípios constitucionais. Não existe substrato constitucional legal que os fundamente; se forem concedidas *inaudita altera pars* terão reforço de inconstitucionalidade por violação do contraditório e da ampla defesa.

A conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo pois é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O

constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de ideais, filosofias e à própria diversidade espiritual (MORAIS, 2005).

Em se tratando de pacientes Testemunhas de Jeová, o que está em causa é uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo desrespeito implica em sérias consequências em termos de personalidade individual.

Num Estado de Direito Democrático e Social não existem verdades inabaláveis, teorias indestrutíveis, impressões irrefutáveis. Faz-se necessária a ponderação dos valores envolvidos, com aplicação dos princípios específicos da Hermenêutica Constitucional, optando-se pelo direito que melhor assegure a dignidade da pessoa humana.

É tarefa contínua do Direito não apenas aplicar as leis, mas repousar as bases que as constituem. Só assim, o Direito pode manter o vínculo com as necessidades concretas da sociedade e promover a justiça que emerge como possibilidade real de um dado concreto.

As razões hermenêuticas ancoram-se em duas vertentes fundamentais; a informativa: o que é a hermenêutica e a existencial – a situação concreta que mobiliza a teoria. Em outros termos, com a palavra informativa está-se referindo aos conteúdos e com a palavra existencial à nossa própria vida. Portanto a primeira está a serviço da segunda.

As informações não são fins em si mesmas, mas servem ao nosso espírito na posse de seu direito humano inalienável: a liberdade.

O espírito crítico não é uma vítima de seu passado, mas o seu intérprete. O espírito crítico lança hoje as sementes do seu futuro. Por isso firma-se o princípio de que o espírito humano é o segredo da Hermenêutica, na medida em que é ele que a executa sendo, portanto, o seu sujeito, ou seja, a Hermenêutica é uma tarefa do espírito em comunhão com a realidade que a toca. O espírito humano é o sujeito da Hermenêutica. Todo o aparato técnico de que ela dispõe, seja no campo da interpretação, seja no da compreensão, é instrumental para o espírito à fim de ajudá-lo a desvendar-se a si mesmo e ao mundo que o cerca.

A Hermenêutica deixa de ser apenas um conjunto de regras de interpretação e passa a integrar a vida no seu todo. Todo ato do espírito humano será

hermenêutico porque decorre de uma interpretação da realidade que o antecede. Assim, a Hermenêutica passa a ser vital para o ser humano porque se este a usar abrir-se-á à liberdade e à felicidade de sua vida.

A finalidade de toda doutrina ou ideologia da interpretação é dirigir a atividade dos intérpretes à luz de certos valores e realizá-los. Deste modo, para que se possam analisar e expor argumentos hermenêuticos favoráveis ou não ao óbice da transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová, faz-se necessário abordar e revisar alguns aspectos constitucionais no que se refere à relação da liberdade religiosa e Estado, sob pena de, se assim não o fizer, desconsiderar o sustentáculo fundamental da constitucionalidade ou não do tema proposto. Vale lembrar que a liberdade religiosa, prevista na Constituição de 1988, especificamente no artigo 5º, inciso VI, além de garantir a todo indivíduo o direito de escolher e exercer a sua religião, dá a ele o direito de também não possuir nenhuma. É importante ressaltar, no que se refere à liberdade religiosa, que se trata de uma faculdade de agir e não a positivação de um credo religioso.

Discorrendo sobre a liberdade de religião, Mill cita:

Os grandes escritores a quem o mundo deve a quantidade de liberdade de religião que ele possui, têm, na maioria das vezes, defendido a liberdade de consciência, como um direito irrevogável, e negado absolutamente que um ser humano tenha que prestar contas a outros por sua crença religiosa. (MILL, 2006, p. 25)

O Estado é laico, porém não impede que a religiosidade de seu povo deva ser reconhecida e respeitada (ANDRADA, 2005). Deste modo, argumentos jurídicos sólidos, consubstanciam-se em princípios constitucionais explícitos na CF/88, especialmente o da liberdade (religiosa) e o da dignidade (humana).

No que se refere à relação liberdade religiosa / dignidade da pessoa humana, é interessante o conceito de Constituição, trazido por Enterría ao afirmar:

A Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; por outra, estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade. (ENTERRIA, 1998)

Os juristas defendem a constitucionalidade, usando o método hermenêutico neoconstitucional, embasando suas interpretações no conteúdo jurídico do princípio

da liberdade religiosa, levando em consideração a importância da religião na vida do indivíduo.

Um aspecto fundamental é o de não se esquecer da força do enfoque religioso na formação da identidade nacional, outra é a necessidade de estudos sérios da Hermenêutica Constitucional sobre a questão da liberdade religiosa e da interpretação, no que se refere a tal aspecto.

Ainda pela Hermenêutica é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia na Constituição brasileira, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais (DWORKIN, 2006).

4.2 Exegese da Deontologia Médica na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová

Nos princípios fundamentais elencados na Resolução CFM, nº 1931 de 17/09/2009 – atual Código de Ética Médica – CEM foram notados valores essenciais referentes a cuidados com a saúde, respeito, consideração, direitos humanos, solidariedade, não discriminação e pesquisa com seres humanos. Considera-se o desejo dos profissionais em estabelecer relação médico-paciente amparada em condutas éticas, buscando-se o equilíbrio entre a moral de máximos e a moralidade mínima de cumprimento obrigatório de normas.

Considerou-se que as decisões de conflitos morais realizam-se independente do ato de conhecer o binômio certo/errado, mas da convicção dos limites legais e das eventuais penalidades que regulamentam as relações humanas. (NEVES, 2004).

Torna-se consensual a necessidade do permanente aperfeiçoamento das normas de conduta que permeiam o convívio social (CEM, 2007). As razões para se construírem legislações específicas são imperativas para a manutenção harmônica entre os atores sociais (SIQUEIRA, 2008).

Esses princípios fundamentais orientam a elaboração de normas deontológicas, consideradas como *mínima moralia*, que são regras de cumprimento obrigatório por todos os médicos e descrevem situações fáticas específicas de possíveis transgressões ao Código de Ética Médica – CEM, constituindo, assim, instrumento hábil para o adequado controle do exercício profissional.

Como já fizeram Conselhos Médicos de outros países, o Código de Ética Médica – CEM do Conselho Federal de Medicina – CFM introduziu alguns incisos com o propósito de atender questionamentos oferecidos pelo avanço do conhecimento científico, e teve a preocupação de considerar novas teses humanistas, bem como as referentes ao respeito pelo ambiente. Como resultado dessa elaboração, a classe médica obteve um instrumento sintonizado com o respeito ao exercício da cidadania plena e o emergente paradigma que se impõe como substituto ao antropocentrismo exacerbado.

Foram incorporados preceitos bioéticos, seja em termos conceituais ou naquilo que se refere ao conteúdo proposto. O novo CEM elenca em vinte e cinco incisos dos Princípios Fundamentais valores que dizem respeito a esse preceito essencial: o preceito hipocrático que defende o amor ao paciente como forma de amor pela arte médica.

Dentre esses valores e princípios destacam-se: a dignidade; o cuidado com a saúde do ser humano; o aprimoramento contínuo dos conhecimentos científicos; o respeito à pessoa humana; a autonomia do paciente; a responsabilidade social e profissional; os direitos humanos; a solidariedade; as relações interpessoais; a não discriminação das pessoas; o acatamento das normas vigentes relativas à pesquisa com seres humanos; e a obediência às normas legais vigentes no país.

Nesta parte do CEM dois incisos merecem destaque:

- I – A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza;
- II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Esses Princípios Fundamentais, dispostos no CEM, demonstram bem a essência do Código, comprometido com o exercício digno da Medicina.

A responsabilidade médica refere-se a ações relativas às atividades profissionais e às consequências decorrentes das decisões tomadas em relação à saúde do paciente e da comunidade. A responsabilidade é um dos pressupostos éticos fundamentais e está intrinsecamente vinculada à deliberação entre profissional e paciente que precede à tomada de decisões, à realização do procedimento diagnóstico e/ou terapêutico pelo médico, bem como às consequências daí resultantes (NUNES, 2008).

O CEM, semelhante aos anteriores, dedica um capítulo inteiro à normatização deontológica dos atos praticados pelo Médico. Vale ressaltar o art. 1º do Capítulo III, que estabelece: “É vedado ao médico causar dano ao paciente por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Também o parágrafo único deste artigo define que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.” Em geral, a obrigação profissional do médico é de meio e não de fim. Logo, ele não está obrigado a proporcionar invariavelmente a cura da enfermidade que acomete o paciente, mas, sim, empregar todos os meios disponíveis pela ciência médica, bem como dispor de todos os seus conhecimentos e experiência para “cuidar” do paciente.

Vale lembrar a preocupação existente no mundo contemporâneo com o conflito de interesse, na área da saúde, sobretudo quando implica distanciamento da essência do cuidado com o ser humano e almeja auferir algum tipo de proveito.

Os conflitos de interesses tornam-se aparentes, quando valores secundários, como o lucro financeiro, prevalecem em detrimento de interesses primários, como o bem – estar do paciente ou a eticidade de uma pesquisa médica (THOMPSON, 1993).

Ressalte-se ademais, que essa tendência é intrínseca ao sistema capitalista, pois o capital apropria-se do bem saúde e trata-o como produto comercializável, assemelhando-se a outros bens de consumo.

Note-se que, até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes seguiam o que se convencionou chamar de ética hipocrática – referente ao “juramento de Hipócrates”, declaração solene e tradicionalmente feita pelos formandos em Medicina, na qual se comprometem a usar a Medicina “para o bem do doente [...] nunca para causar dano ou mal a alguém.”

Essas relações, fundadas no princípio da beneficência, determinavam ao Médico que assumisse a postura de “protetor do paciente”, justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar sua vida. Esse paradigma, conhecido como paternalismo médico, legitimava a intervenção profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa.

Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da Medicina, se considera benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação,

“apropriadamente denominada paternalista, atribuía ao médico o poder de decisão sobre o que era melhor para o paciente. Similar à relação dos pais para com os filhos foi, durante longo tempo, considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta.” (BARBOZA, 2004).

O fim da Segunda Guerra Mundial assinala o começo da superação do paradigma do paternalismo. O marco desse movimento foi o Código de Nuremberg, de 1947, destinado a regular as pesquisas com seres humanos. Fundado no princípio da autodeterminação da pessoa, o Código estabeleceu o consentimento informado como requisito para a validade ética das experiências médicas.

O termo “Nuremberg” identifica uma parte da sentença do chamado julgamento dos médicos (*Doctor's Trial*), oficialmente conhecido como “United States of America v. Karl Brandt, et al.” Tratou-se de um julgamento por crimes de guerra, realizado por um tribunal militar dos EUA na Alemanha ocupada. Os crimes eram relacionados à experimentação humana durante o regime nazista e vinte dos vinte e três réus eram médicos (ANNAS e GRODIN, 1995).

Guilhem e Diniz (2008) apontam que os inúmeros experimentos nazistas e “sua ampla divulgação mundial após a Segunda Guerra levaram à elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas.” O objetivo era garantir que princípios dos direitos humanos – em particular a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – seriam o ponto de partida de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas. Foi nesse marco da gênese da cultura dos direitos humanos que, em 1947 se elaborou o Código de Nuremberg.

As diretrizes foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki, editada pela Associação Médica Mundial (AMM) em 1964. O modelo estendeu-se, igualmente, às relações médico-paciente.

Em suma, ao profissional Médico não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. Se os Médicos sentem que, por exemplo, a recusa à transfusão de sangue vai fazer o procedimento mais difícil e não querem assumir qualquer risco de um procedimento sem transfusão, depois de pesar os benefícios do procedimento de cura da condição do paciente, eles não devem ser obrigados a realizar o procedimento contra sua consciência.

O Médico, no afã de proteger a saúde do enfermo, não pode chegar ao ponto de violar sua vontade, isso porque o melhor interesse do paciente não pode ser buscado tão somente na ciência médica objetiva, mas deve ser encontrado também na crença e na ideologia do mesmo.

Segundo Dworkin:

... insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição em que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora [...]. Para nós, o fato de viver de acordo com nossa liberdade é tão importante quanto o fato de possuí-la. A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal de reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada. (DWORKIN, 1999, p. 492)

Deve-se salientar que o tratamento médico sem transfusão de sangue tem sido difundido no mundo e encontra-se em pleno e franco desenvolvimento, mostrando que evitar o uso do sangue alogênico é seguro e eficaz.

Os princípios gerais do tratamento médico sem uso de transfusão de sangue podem ser assim elencados:

1. Formular um plano de tratamento para evitar e controlar perdas sanguíneas, feitas sob medida para o tratamento clínico individualizado de pacientes, incluindo procedimentos antecipados.
2. Empregar um enfoque de tratamento multidisciplinar para conservação de sangue, usando uma combinação de intervenções.
3. O chefe clínico precisará adotar uma conduta pró-ativa: antecipando e estando preparado para enfrentar possíveis complicações.
4. Investigar e tratar prontamente a anemia, preferivelmente no pré-operatório.
5. No caso de paciente com sangramento ativo, que recusa transfusões de sangue alogênico, não se deve protelar uma intervenção decisiva, incluindo a cirurgia. Em geral, no caso de paciente com sangramento evite a idéia de observar e esperar.
6. Exercendo um bom senso clínico, estar preparado para mudar a prática rotineira quando apropriado.
7. Se houver uma deterioração fisiológica ou se surgirem complicações, consultar prontamente um especialista com experiência em conservação de sangue, de preferência, logo no estágio inicial.

8. Se necessário, transferir para um centro maior um paciente estável, antes que o estado dele piore.
9. Restringir a coleta de sangue para exames laboratoriais.
10. Diminuir ou evitar o uso pós operatório de agentes anticoagulantes e antiplaquetários.
11. Nas emergências, estabelecer previamente um plano de conduta para a transferência para um centro adequado (GOODNUGT, SHANDER e SPENCER, 2004).

O Código de Ética Médica, tal como todos os diplomas normativos deve ser interpretado à luz da Constituição Federal. Assim, nenhuma terapia ou procedimento, ainda não formalmente aprovado, ou cujo protocolo não seja reconhecido como válido pela comunidade científica, pode ser utilizado ou ser objeto de sugestão terapêutica. Ao Médico incumbe adotar a melhor prática profissional, dentro das possibilidades existentes no local de trabalho, agindo, sempre, com zelo e diligência, com a colaboração e consentimento do paciente; não aceitar nem ceder aos caprichos do paciente para que suas exigências sejam atendidas, especialmente quando inexista perigo de morte iminente. Registrar, sempre, em prontuário, cada ato praticado, individualizando responsabilidades e prevenindo a existência de dúvidas que não possam ser explicadas posteriormente; tendo a responsabilidade pelos atos praticados, não pode o médico transferir a culpa do resultado de sua conduta para terceiros, salvo sob justificada fundamentação e comprovadas alegações. Não abandonar atividades e setores de urgência e emergência dos hospitais, mesmo quando deflagrada greve e paralisação de setores administrativos, ou ambulatoriais ou de cirurgias eletivas. Ausentar-se de plantão para o qual estava escalado ou obrigado a cumprir, sem certificar-se de que outro colega se encontra presente ou fora cientificado da ausência para que assumisse o posto. Exercer irregularmente, a Medicina, impedido por questões éticas (suspensão por até 30 (trinta) dias por força de condenação ético-profissionais) ou administrativa (não inscrição no CRM). Receitar de maneira ilegível. Receitar, atestar ou emitir laudos sem após correta identificação, visando coibir o exercício ilegal e irregular da Medicina. Esclarecer o trabalhador, orientando sobre os riscos potenciais aos quais está ou pode vir a ser exposto, no curso de suas atividades laborais e levar ao caso ao Conselho Regional, se seus conselhos e recomendações não forem acolhidos. Obrigar-se a uma análise profunda, observando fatores, sinais e sintomas (hábitos

pessoais, histórico genético-familiar, condições sociais de vida, habitação, higiene, saneamento, fatores ambientais, condições de trabalho ou ordem ocupacional), apresentando ao seu paciente informações completas, claras e adequadas, responsabilizando-se de maneira direta ou indireta por eventual desenvolvimento ou agravamento de um quadro de saúde, evitável em princípio.

Deve-se ter, sempre, como norte, “que o exercício da Medicina exige permanente conduta pessoal e profissional, compatível com os preceitos éticos-acordáveis pela corporação, como minimamente exigíveis dos Médicos e os demais referentes à ética individual, social e profissional” [...]. O CEM “traz em seu bojo o compromisso voluntário, assumido individual e coletivamente com o exercício da Medicina, representado em sua gênese pelo juramento de Hipócrates, caracterizando-se como um verdadeiro contrato social” [...] A Medicina deve equilibrar-se entre estar a serviço do paciente, da saúde pública e do bem-estar da sociedade. O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do Médico e do paciente.

4.3 Exegese do Direito Civil na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová

A liberdade, para se autodeterminar, é uma das maiores expressões do Direito Privado (NERY, 2008). No que respeita à autodeterminação em matéria de tratamentos médicos, a legislação infraconstitucional é composta pelo Código Civil, pelo Estatuto do Idoso e pela Lei de Transplantes.

Há dois dispositivos do Código Civil que merecem ser considerados: Art. 11 e o art. 15. Com efeito, o art. 11 dispõe que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

O artigo parece consagrar a tese de que os direitos de personalidade seriam insuscetíveis de qualquer limitação, inclusive voluntária. O dispositivo requer algum esforço hermenêutico, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, porque demonstra o exercício da autonomia pessoal, envolve escolhas que poderiam ser enquadradas no conceito de renúncia, devendo se harmonizar com o restante da ordem jurídica.

Em uma sociedade que é plural, os direitos de personalidade, inevitavelmente, entram em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo restrições recíprocas ou condicionadas, aceitando-se que não há direitos absolutos. Um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, evoca uma realidade não apenas contrafactual como também incompatível com o pluralismo insito na Constituição. A única leitura desse dispositivo é no sentido de entender que ele veda disposições banais, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos impõe escolhas e compromissos. De outra forma, o art. 11 será inconstitucional e inaplicável, já que, em um conflito entre direitos da personalidade não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer tendência.

Releve-se que:

... os direitos humanos são, em tese, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que, quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas (TEPEDINO, 1994).

Assim é, que “por direitos de personalidade entendem-se as faculdades jurídicas cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”

Compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Estimam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos (GOMES, 1986).

Várias são as classificações oferecidas pelos operadores jurídicos sobre o Direito de Personalidade, as quais aqui sintetizam-se em apenas duas:

O Professor Orlando Gomes agrupa os direitos de personalidade em dois aspectos: a) – Direito à integridade física: direito à vida, direito sobre o próprio corpo (direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas do corpo) e direito ao

cadáver; b)- Direito à integridade moral; direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor.

Pontes de Miranda (1960) classifica assim os direitos de personalidade: a)- direito à vida; b) direito à integridade física; c)- direito à integridade psíquica; d)- direito à liberdade. e)- direito à verdade; f)- direito à igualdade formal (isonomia); g)- direito à igualdade material que esteja na Constituição; h)- direito de ter nome e direito ao nome; aquele inato e esse nato; i)- direito à honra e j)- direito autoral de personalidade.

O artigo 14, assim estabelece: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Esse artigo, por sua vez, nada diz a respeito de situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Ao contrário, ele permite a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. O dispositivo não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o Médico imponha o tratamento, arriscado por considerar que a inação levaria a morte certa. O dispositivo não consagra a idéia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Ele respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseada na perspectiva de uma sobrevivência ou no receio da perda de consciência e da autonomia moral. É possível mais uma confirmação de que o valor objetivo da vida humana não seja tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço ante escolhas existenciais relevantes.

O art. 15 permite ser, ainda, interpretado, com o risco de dever ser vedado não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco, como também à intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter por motivos que não sejam fúteis e fundados na afirmação de sua própria dignidade. A normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais e a leitura desse artigo, deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito a sua autonomia. (RIBEIRO, 2006).

Na interpretação do Código Civil, art. 15, conforme a Constituição Federal, não se pode admitir que o paciente possa ser forçado a realizar tratamento em desconformidade com sua própria vontade.

Merece destaque a passagem do livro de Pereira:

Num caso concreto, que mereceu apreciação do contencioso da Ordem dos Médicos, concluiu-se, de igual modo, que: age de forma deontologicamente

correta o médico que se abstém de efectuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. (PEREIRA, 2004)

Enfatizando-se que a transfusão de sangue pode ser recusada em pacientes, nos termos do art. 15 do Código Civil, o direito de optar entre tratamentos possíveis (alternativos) é fundado no princípio da autodeterminação, uma das maiores expressões de liberdade, garantida como direito fundamental constitucional – art. 5º, Caput, II e III na CF. Também não pode o médico ignorar a vontade do paciente e constrangê-lo a se submeter a determinada terapêutica, em desconformidade com o expresso no artigo 15 do Código Civil.

A autoridade judicial também não pode receber um pedido, apresentado em juízo por um Médico, sem a devida representação por profissional habilitado (advogado), alegando que uma suposta emergencialidade de situação e a indisponibilidade de direito à vida autorizam a desconsideração de normas processuais. Além desse pedido ser juridicamente impossível, falta ao mesmo um pressuposto de existência, a capacidade postulatória somente dada *ope legis, nunc ope judicis*.

Embora a redação do art. 15 do Código Civil não mencione expressamente o direito do paciente de optar pelos tratamentos possíveis, já prescreve, inequivocamente, a impossibilidade de se restringir um paciente a tratamento com o qual não tenha consentido.

Ressalte-se que, para adoção de práticas terapêuticas ou diagnósticas compulsórias, não apenas o risco iminente de morte precisa estar presente no caso, mas também a impossibilidade física ou psicológica do paciente expressar sua opinião e vontade. Fora dessa conjunção de fatores o agir médico, mesmo imbuído das mais nobres intenções, pode caracterizar-se, ao final, em infração ética, devidamente punível.

O Código Civil e o Código do Consumidor convertem em obrigação para o Médico o dever objetivo de informar de maneira clara, adequada, pertinente e compreensível ao paciente sua condição de saúde, seus possíveis tratamentos, as consequências e alternativas possíveis, de modo a permitir-lhe participar das tomadas de decisões.

Na impossibilidade ou inconveniência de revelar determinadas informações ao paciente elas devem ser devidamente registradas no prontuário médico como garantia que, caso sua decisão venha a ser contestada, posteriormente, este tenha como justificá-la ou defendê-la. O receptor dessas informações é o representante legal do paciente, não necessariamente o cônjuge, ascendente ou descendente direto.

Assim como o direito à informação, o “direito de não saber” também precisa ser levado em consideração, especialmente para pacientes terminais ou em estado muito grave ou por optarem tais pacientes por se manterem alheios as suas reais condições, tendo, para esses casos, sido estabelecidos parâmetros e diretrizes norteadores da conduta ética do Médico para que estes procedam à adoção de medidas que entendam necessárias e prestando conta delas.

A leitura crítica dos artigos II e 15 do Código Civil faz a compatibilização sobre recusas de tratamento, com eventuais restrições ou conformações de direitos fundamentais: são legítimas desde que haja um fundamento consistente, associado ao exercício da capacidade de autodeterminação, derivada da dignidade como autonomia, evitando-se a funcionalização dos direitos, sem recair em um individualismo exagerado.

A categoria dos direitos da personalidade trouxe como objeto a tutela da pessoa humana, na proteção de uma dignidade e integridade, fruto de elaboração doutrinária germânica e francesa da segunda metade do século XIX.

A liberdade e a dignidade da pessoa humana possuem tutela tanto no ordenamento constitucional quanto na esfera privada, o que ainda não é o bastante, porquanto os avanços da Medicina e da Biotecnologia, e o poder do homem sobre o homem, inexoravelmente, criam novas ameaças à liberdade individual.

Verifica-se [...] a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado, consubstanciadas na doutrina dos direitos da personalidade. [...] A tipificação [...] dos direitos da personalidade [...] com sua meticulosa taxionomia, a definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para a sua proteção, mostram-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações [...] insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico (TEPEDINO, 1999, ps 27,33,58 e 59).

O mesmo autor pontifica:

A personalidade [...] pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. Do ponto de vista estrutural (atinentes à estrutura das situações jurídicas subjetivas) em que a pessoa tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro ponto de vista, [...] tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam sua personalidade, identificando a doutrina, [...] a existência de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano [...] constitui bem jurídico em si mesma, digna de tutela privilegiada. (TEPEDINO, 1999, ps 27,33,58 e 59).

Há correntes de pensamento que se opõem àquela que defende tratar-se os direitos de personalidade de direitos sobre a própria pessoa. A corrente que denomina os direitos de personalidade de direitos sobre a própria pessoa afirma que todo homem é considerado como unidade física e moral, daí a expressão romana *ius in re ipsum*, sendo certo que o objeto dos direitos sobre a própria pessoa diz respeito a uma manifestação determinada da personalidade humana física ou moral. Há quem prefira enxergar os direitos de personalidade como direitos sobre os atributos ou manifestações essenciais daquela. Os adeptos dessa linha de raciocínio tecem críticas à primeira corrente, ao fundamento de afigurar-se impossível uma pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito. Explica-se que a idéia de direitos sobre a própria pessoa surgiu da antiga concepção romana que admitia a existência de direitos sobre uma pessoa devida à instituição da escravatura, quando uma pessoa podia ser convertida em propriedade de outra, tornando-se objeto de direito. Uma terceira corrente, que se encontra superada, procurava negar a concepção de que os direitos de personalidade seriam direitos sobre a própria pessoa e se denomina teoria dos direitos sem sujeito: direito sem sujeito exclui atividade, é só o objeto, não poderia ser nem a pura norma.

4.4 Exegese do Direito Penal na transfusão de sangue para as Testemunhas de Jeová

O Código Penal não traz nenhum dispositivo específico sobre a questão. A única menção próxima consta do Art. 146 que criminaliza o constrangimento ilegal.

De acordo com Alexy (2007, p.57), os direitos fundamentais podem colidir amplamente e restritivamente. As “colisões de direito fundamentais em sentido estrito nascem, sempre então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.

Ocorre, entretanto, e ainda acorde a Alexy, que a colisão de direitos fundamentais é um falso problema, na exata medida em que, no sentido estrito, ela somente acontece quando a realização de um direito fundamental (liberdade religiosa) causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem. Não há que se falar em ilicitude penal, igualmente para os casos em que a vítima recusa o socorro oferecido.

Sobre a excludente de ilicitude, prevista no art. 146, § 3º do Código Penal, ressalte-se que inexistente constrangimento ilegal, quando o médico, por motivo de iminente perigo de vida, realizar intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente. Isto não quer significar, todavia, que o médico possa realizar a intervenção contra o consentimento do paciente.

Age de forma deontologicamente correta, o médico que se abstém de efetuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após ter sido devidamente esclarecido das consequências da recusa do tratamento. Os médicos têm a obrigação deontológica de respeitar as opções religiosas dos doentes. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito. O seu comportamento é, inclusive, punível nos termos da lei penal (DELMANTO, p. 135).

Restam suficientemente assentados que os princípios constitucionais da legalidade, da liberdade de crença e consciência, da dignidade da pessoa humana, da proteção da intimidade, bem como alguns dispositivos infraconstitucionais devem sobrepor-se ao direito à vida, devendo o médico respeitar a vontade do paciente de não receber transfusão de sangue, mesmo que disso venha a ocorrer óbito.

Se o médico informar ao paciente, de forma devida, os riscos da recusa à transfusão de sangue e, mesmo assim, o paciente negar-se a esse tratamento, o profissional estará agindo conforme o ordenamento jurídico e não pode ser responsabilizado civil ou criminalmente pelo resultado morte.

Expressiva parcela de médicos sente-se insegura em respeitar a vontade do paciente no caso de recusa e em situações de iminente perigo de vida, por temer

processo administrativo junto ao CRM ou processo cível ou criminal por omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal. O objeto jurídico da omissão de socorro é a preservação da vida e da saúde da pessoa e o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, mesmo que não tenha o dever jurídico de prestar assistência. Quando o artigo refere-se a pessoa “em desamparo ou em grave e iminente perigo” estabelece que pode ser qualquer um, em face de especiais circunstâncias. O estado de perigo não pode ter sido provocado (por dolo ou culpa) pelo agente. Quanto ao perigo, entende a maioria dos autores que é concreto na hipótese da pessoa em grave e iminente perigo, e presumido nas demais.

A forma alternativa do art. 135 não permite livre escolha de comportamento; se o agente pode prestar assistência pessoal, sem risco, não basta que peça o socorro, quando este for suficiente para afastar o perigo. O pedido de socorro só excluiria o delito, quando pudesse “tempestivamente conjurar o perigo.”

O crime de omissão de socorro pressupõe a existência de dolo, de não socorrer, de vontade consciente para que a pessoa em perigo iminente não seja salva. É necessário que o agente tenha conhecimento de que a pessoa está em grave e iminente perigo. Basta por exemplo, que a vítima esteja ferida, não sendo necessária a gravidade do ferimento.

O Código Penal estabelece, ainda, os crimes de abuso de autoridade, dentre os quais a negação da liberdade de consciência e de crença, do livre exercício do culto religioso.

Lembre-se que:

... em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa [...] é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito, das manifestações típicas da política e da história, se não ao mesmo tempo a mais típica. [...]. A pessoa goza, assim, duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência (BETTIOL, *s.i.*)⁴

Evocando o Estado, este existe para o indivíduo e não o oposto:

... *omine jus hominum causa introductum est*, de forma que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não

⁴ Giuseppe Bettiol. Direito Penal. p. 78/79. (*s.i.*)

fim [...] O Estado é tão somente o homem [...] cumprindo ao poder público garantir e proteger sua dignidade. (BENTD *et al*, 2001).

O tipo penal se perfaz por “deixar de prestar assistência. Cuidar de um paciente utilizando tratamentos alternativos médicos que dispensam o uso da transfusão de sangue não configura o tipo penal de omissão de deixar de prestar assistência, ratificando-se que o Médico não tem autoridade para impor determinado procedimento terapêutico ou escolha de tratamento, pois essa escolha é direito personalíssimo do paciente que não pode ser constrangido, sob pena de violência moral, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ratificando-se mais, que o dever do Médico, após informações prestadas ao paciente, é o de realizar o tratamento por este escolhido ou declinar da assistência, em favor de outro profissional que concorde com a posição do paciente.”

O Médico que transfunde um paciente contra a vontade deste e não o informa comete infração de ordem criminal, civil e ética. A infração criminal resulta do constrangimento ilegal, quando a transfusão de sangue se faz contra a vontade do paciente, pois o Médico estará, em um primeiro momento, violentando a vontade do paciente e, mais grave, não informando que realizou essa terapia, ainda que alegue risco de vida do paciente.

Ressalte-se, por fim, o uso do *habeas corpus* ajuizado em face do hospital, quando esse realizar ou estiver prestes a realizar o constrangimento ilegal de impedir a locomoção de um paciente:

... as hipóteses de arbitrariedades e violência em que o particular, ofendendo a liberdade de ir e vir de outrem, chega a tornar-se passível de repressão criminal. Nenhuma dúvida que a reação deve dirigir-se no sentido de obter a intervenção da autoridade policial, mas nada obsta, para o caso de faltar, falhar ou tornar-se difícil, o *habeas corpus* socorra a vítima, a quem se devem facultar todos os meios para furtar-se à ação criminosa, atentadora da sua liberdade (ESPINOLA FILHO, 1965).

4.5 Precedentes e decisões judiciais

Elencam-se, a seguir, alguns precedentes jurisprudenciais no Brasil, reconhecendo o direito de o paciente recusar tratamentos médicos à base de transfusão de sangue.

Esses julgados consolidam o entendimento, na legislação pátria, de que o indivíduo não pode, a pretexto da manutenção da ordem e da segurança pública ter sua liberdade cerceada e não pode ser instrumentalizado, opondo-se sua dignidade às garantias constitucionais da liberdade.

A recusa à transfusão de sangue é legítima, e o Estado tem o ônus constitucional de assegurar o tratamento alternativo ao particular, porque conforme estabelece a CF, 196:

... a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Paradigmático, nesse sentido, o acórdão da 5ª Câmara, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado:

Testemunha de Jeová. Procedimento cirúrgico com possibilidade de transfusão de sangue. Existência da isonomia. Obrigação de fazer. Liminar concedida. Recurso Provido. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como a única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. **A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela.** Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. **Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica, que dispense-a, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la.** O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco da transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente” (TJ-MT, 5ª Câmara Cív., Ag. 22395/06, rel. Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. 31.5.2006), (grifado).

Nota-se a excelência desse acórdão que privilegia o texto constitucional, garantindo a dignidade e a liberdade religiosa, bem como prestigiando o direito à saúde.

Mais recentemente saiu decisão no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0701.07.191519-6/001(1) Relator: ALBERTO VILAS BOAS Data do Julgamento: 14/08/2007 Data da Publicação: 04/09/2007 Ementa; Processo Civil. CONSTITUCIONAL. AÇÃO PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. – No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. – Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. TJMG. Processo Civil. 1.0701.07.191519-6/001.Rel. Alberto Vilas Boas.

O Juiz Renato Luis Dresch, da 4ª vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte/MG, nos autos do processo 024.08.997938-9, indeferiu um pedido de alvará feito pelo Hospital Odilon Behrens, que pediu autorização para fazer uma transfusão de sangue em uma paciente que pertencia à religião Testemunhas de Jeová.

A paciente, por motivos religiosos, não aceitava a transfusão, mesmo ciente do risco de vida que corria. Após passar por uma cirurgia, a paciente apresentava queda progressiva dos níveis de hemoglobina.

O Magistrado assinalou que as autoridades públicas e o Médico têm o poder e o dever de salvar a vida do paciente, desde que ela autorize ou não tenha condições da manifestar oposição. “Entretanto, salientou, estando a paciente consciente, e apresentando de forma lúcida a recusa, não pode o Estado impor-lhe obediência, já que isso poderia violar o seu estado de consciência e a própria dignidade da pessoa humana”.

O Juiz referiu que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer tratamento clínico. A restrição diz respeito a qualquer tratamento que envolva a transfusão de sangue, especialmente quando existem outras formas alternativas de tratamento.

Em trecho lapidar, o Magistrado mencionou que no seu entendimento, resguardar o direito à vida implica, também, preservar os valores morais, espirituais e psicológicos. O Dr. Dresch citou que, embora não fosse lícito à parte atentar contra a própria vida, a Constituição, em seu art. 5º, inciso VI, assegura, também, a

inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantindo o livre exercício dos cultos religiosos.

O Juiz refere que o recebimento do sangue pelo seguidor da corrente religiosa “o torna excluído do grupo social de seus pares e gera conflito de natureza familiar, que acaba por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes”,

Em razão disso, e pela informação de que a paciente se encontrava lúcida, o Juiz não autorizou a realização da transfusão de sangue, que estava sendo recusada por motivos religiosos; “Desta forma, tratando-se de pessoa que tem condições de discernir os efeitos da sua conduta, não se lhe pode obrigar a receber a transfusão”, conclui o Juiz.

O Juiz Dresch citou outras decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que preservam o direito de seguidores da religião em não passarem por transfusão de sangue. Em uma das decisões do TJMG ficou decidido que é:

... possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico.

Não houve recurso do hospital, tendo a decisão transitado em julgado em 16/07/2008.

A matéria sobre a qual versa o presente estudo é frequentemente tratada em nossos tribunais, podendo-se afirmar que há forte tendência jurisprudencial com o fim de tutelar a dignidade e liberdade dos pacientes adeptos da religião Testemunhas de Jeová. A jurisprudência privilegia o consentimento informado, que é tese que vem sendo aplicada amiúde, tanto no Brasil como no exterior, conferindo o tratamento jurídico adequado a tais pacientes.

Sobre o direito do paciente Testemunha de Jeová em não se submeter ao tratamento com transfusão de sangue, podemos mencionar alguns julgados, proferidos sob diversos enfoques, que analisaram com clareza esta questão, garantindo a liberdade de tais.

O TJMG negou provimento à pretensão do MP, que buscava autorização judicial para transfundir sangue a paciente Testemunha de Jeová, entendendo que “a recusa do paciente em se submeter à transfusão de sangue é “providência

legítima, desde que não seja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários à conservação de sua vida”.

Ressaltou, ainda, o Desembargador relator do acórdão supra citado que:

... não há regra legal alguma que ordena à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador.

Em relação à possibilidade de ponderação entre os direitos da personalidade versus a liberdade de crença dos pacientes Testemunhas de Jeová, a decisão monocrática proferida por Juiz de primeiro grau no Estado do Rio de Janeiro é emblemática:

Trata-se de exercício do direito de personalidade consistente na liberdade de crença. Tanto a vida como a liberdade são aspectos da personalidade. Não há no caso limitação voluntária de direito de personalidade, basta ver a questão pela ótica de que a pretensão do paciente é de plenitude de seu direito de liberdade.

Sobre este ponto, e questionando em que consiste o direito à vida, aquele mesmo magistrado mencionou o voto de lavra do Ministro Carlos Brito, proferido em ADIN, cujo objeto versava sobre células tronco, em que afirmou que a pessoa humana deve ser vista ao mesmo tempo no sentido notarial, biográfico, moral e espiritual, destacando até mesmo que, embora o Estado seja laico, há referência expressa à figura de Deus no preâmbulo da Constituição.

O paciente Testemunha de Jeová recusa tão somente a transfusão de sangue, mas aceita, por conseguinte, opções terapêuticas isentas de sangue, de maneira que em nenhum momento tal recusa deve ser equiparada ao suicídio. Afinal ele deseja a cura e aceita se submeter a outros tratamentos médicos. Não há, portanto, colisão de direitos fundamentais em sentido próprio ou impróprio, na nomenclatura de Canotilho.

Fica evidente a inconstitucionalidade das liminares que obrigam as Testemunhas de Jeová a se submeterem a tratamentos médicos que envolvam transfusão sanguínea. Essas decisões não têm respaldo legal, primeiro porque violam o princípio da legalidade (CF, 5º, II), ou seja, não pode o Judiciário obrigar o cidadão a praticar determinada conduta quando nem a lei o obriga a isso. A inconstitucionalidade também se caracteriza porque essas liminares afetam/limitam

a dignidade e o direito fundamental de liberdade, em hipótese que não se caracteriza a incidência da ponderação de interesses. Na realidade, essas decisões privam a liberdade de consciência do particular por motivos religiosos (CF, 5º, VIII), em flagrante desrespeito ao texto constitucional.

Compelir alguém a fazer determinado tratamento médico contra sua vontade expressa, constitui ilegalidade flagrante, tanto é que a L 9434/97, art. 10 estabelece: “o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”.

Por consequência, qual seria o sentido de se submeter ao consentimento expresso do paciente o transplante de órgãos e dispensar o mesmo consentimento no caso da transfusão de sangue? Obviamente que isso seria teratológico; em ambos os casos incide o direito de liberdade (religioso e de consciência), de maneira que não faz sentido algum solicitar-se o consentimento expresso do paciente para realizar o transplante e não para a transfusão de sangue.

A prática acima descrita é vedada constitucionalmente (CF, 5º, VIII), porque não se pode privar alguém de seu direito fundamental de liberdade por motivo de crença religiosa, e é justamente isso que ocorre, quando decisões judiciais obrigam alguém a se submeter a tratamento que envolva transfusão de sangue mesmo quando existe recusa expressa do cidadão em fazer o mencionado tratamento. Do contrário, ter-se-ia que admitir a absurda situação de o Judiciário poder obrigar o cidadão a realizar tratamento de câncer quando este se recusar, ou a se submeter a transplante de órgão contra sua vontade, etc. Todas essas decisões seriam flagrantemente inconstitucionais porque violariam de imediato os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, 5º, Caput e VI).

A violação ao Estado Democrático de Direito ocorre porque a religião Testemunhas de Jeová, enquanto minoria, não é respeitada. O Ministro Marco Aurélio em lapidar voto asseverou que desrespeitar o direito das minorias constitui ação inconcebível em um Estado Democrático de Direito. De acordo com o Ministro Marco Aurélio de Mello (STF, Pleno, ADIn. 1351 – 3, Relator Ministro Marco Aurélio, voto do relator, j. 7.12.2006):

“No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre -, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas

decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. Ao reverso, dos governos democráticos espera-se que resguardem as prerrogativas e a identidade própria daqueles que, até numericamente em desvantagem, que porventura requeiram mais força do Estado como anteparo para que lhes esteja preservando a identidade cultural ou, no limite, para que continuem existindo.

Alias a diversidade deve ser entendida não como ameaça, mas como fator de crescimento, como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do Estado moderno, de organização da mais completa, não é elidir as minorias, mas reconhecê-las e, assim o fazendo, viabilizar os meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais.

Para tanto, entre outros procedimentos, há de fomentar diuturnamente o aprendizado da tolerância como valor maior, de modo a possibilitar a convivência harmônica entre desiguais”.

O desrespeito às minorias ocorre no caso em exame, sempre quando não se permite ao Praticante da religião Testemunhas de Jeová exercer sua fé; negando-se a realizar tratamento médico que envolva hemotransusão, inclusive.

Eduardo Espinola Filho destaca a importância da utilização do *habeas corpus* preventivo. Afinal essa medida não é apta somente para finalizar a coação ilegal, que está sofrendo o paciente, vítima, portanto, de uma violência atual; mas, ainda, para impedir que se consuma a ameaça de coação, quando esta se apresenta com as características de ilegalidade, que vicia a potencial violência temida.

Por fim, cabe apenas acrescentar que, na situação do caso em estudo, o *habeas corpus* (HC), em especial o preventivo, poderá ser ajuizado em face do hospital, quando este realizar, ou estiver prestes a realizar, o constrangimento ilegal de impedir a locomoção do cidadão.

Sobre a impetração de HC contra particular, Eduardo Espínola afirmava;

... as hipóteses de arbitrariedades e violência, em que o particular, ofende a liberdade de ir e vir de outrem, chega a tornar-se passível de repressão criminal. Nenhuma dúvida que a reação deve dirigir-se no sentido de obter a intervenção da autoridade policial, mas nada obsta, para o caso de faltar, falhar ou tornar-se difícil, que o *habeas corpus* socorra a vítima, a quem se devem facultar todos os meios para furtar-se à ação criminosa, atentadora da sua liberdade.

Os pacientes Testemunhas de Jeová, por motivos religiosos, não aceitam a transfusão de sangue, mesmo cientes do risco de vida que correm. Autoridades públicas e o Médico têm o poder e o dever de salvar a vida do paciente, desde que ele autorize ou não tenha condições de manifestar oposição. Entretanto, estando o

paciente lúcido, ou apresentando de forma lúcida a recusa, não pode o Estado impor-lhe obediência.

As Testemunhas de Jeová não se recusam, porém, a se submeter a todo e qualquer tratamento clínico. Sua restrição diz respeito a tratamentos que envolvam transfusão de sangue.

Lembra-se que resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos, embora não seja lícito atentar-se contra a própria vida. A Constituição, em seu artigo 5º, inciso IV, assegura a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantindo o livre exercício do culto religiosos.

A passagem do livro de Pereira(2009 p. 505), num caso concreto, mereceu apreciação do contencioso da Ordem dos Médicos, e concluiu:

... age de forma deontologicamente correta o médico que se abstém de efetuar uma transfusão sanguínea em cumprimento de uma vontade livre, consciente e expressa, por escrito, do doente, após terem sido devidamente esclarecidas as consequências da recusa do tratamento. O médico que procede a uma transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício de nenhum direito.

O recebimento de sangue pelo paciente Testemunha de Jeová o torna excluído do seu grupo social e de seus pares, gerando conflitos de natureza familiar, acabando por tornar inviável a convivência de seus integrantes.

Daí a importância que Dworkin (2003) confere à liberdade e ao direito à escolha de tratamento.

Desrespeitar essa liberdade de escolha atinge a dignidade do cidadão, descaracteriza o Estado Democrático e o funcionamento da própria democracia.

É neste Estado Democrático de Direito que

... a liberdade agrega uma dimensão positiva, não cabendo ao Estado apenas a figura do organismo interventor e limitador das liberdades civis, mas ao contrário, (ele) passa a materializar a figura do Estado realizador, prestador, garantidor e criador da liberdade (ALEXY, 1997 p.83).

Para Mill (1991 p. 56), complementando, “cada qual é o guardião conveniente da própria saúde, quer corporal, quer mental e espiritual. Os homens têm mais a ganhar suportando que os outros vivam como bem lhes parece do que os obrigando a viver como bem parece ao resto”.

5 CONCLUSÃO

“Appicarei para o bem do doente o meu entendimento, nunca para causar dano ou mal a outrem” - Hipócrates.

A manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade do Estado e a sua convicção religiosa, ou seja, é vedado ao Estado, até por decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta, in caso as questões de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová.

Não pode o Estado, de forma alguma, impor a esses cidadãos, aos quais deve garantir os direitos fundamentais, a obrigação de praticar condutas (transfusão de sangue) que são ofensivas à dignidade e à convicção religiosa dos mesmos.

Entretanto, não raro, encontram-se decisões judiciais em que os praticantes da religião Testemunhas de Jeová são condenados a se submeter, compulsoriamente, a tratamento médico que envolva hemotransfusão. A base dessas decisões é a manifestação fundada em uma ponderação de interesses entre dois direitos fundamentais: liberdade religiosa versus direito à vida, optando-se por dar prevalência ao direito à vida, em detrimento da liberdade religiosa.

Ocorre que os direitos fundamentais podem colidir amplamente e restritivamente. Em sentido restrito isso ocorre quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais colidentes podem tratar ou dos mesmos ou de distintos direitos fundamentais.

Quando o judiciário obriga o praticante da religião Testemunhas de Jeová a se submeter à transfusão de sangue, entende que os direitos fundamentais colidentes (liberdade religiosa x direito à vida), incidem em uma falsa hermenêutica, dando prevalência à vida, em detrimento da liberdade religiosa. Segundo o sentido estrito da teoria de colisão dos direitos fundamentais, o praticante Testemunha de Jeová está exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, negando-se a realizar uma prática atentatória à sua liberdade religiosa e à sua dignidade, conduta que, em nenhuma hipótese atenta contra direito fundamental de outrem.

Acorde a CANOTILHO, “considera-se existir uma autêntica colisão de direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício fundamental por parte de outro titular”. A colisão de direitos fundamentais em sentido autêntico “somente ocorre quando a realização de um direito fundamental, causa dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem”. CANOTILHO. J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 1270).

A polêmica que envolve a recusa à transfusão de sangue também não caracteriza, em relação às mesmas Testemunhas de Jeová, uma colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, que seria a colisão de direitos fundamentais com bens coletivos.

A liberdade de se autodeterminar é uma das maiores expressões do Direito Privado. No que respeita à autodeterminação em matéria de tratamentos médicos, a legislação infraconstitucional é composta pelo próprio Código Civil, pelo Estatuto do Idoso e pela Lei de Transplantes, todos asseguradores do direito do paciente Testemunhas de Jeová, de optar pelo tratamento de saúde que considere mais favorável, desde que esteja no domínio de suas faculdades mentais para essa opção. Esse consentimento informado está claramente disposto em nosso ordenamento jurídico.

As questões penais asseguram que o paciente tem o direito de escolher não se submeter a determinado tratamento médico e que se deve respeitar a sua decisão.

As negativas para não se realizar transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová estão configuradas na CF, 1º, III, 5º Caput e 5º VI; Código Civil, 15; Código Penal, 139, 143, 145, CEM, 22, 31 e 39; na manifestação da vontade antecipada; no consentimento informado ao profissional de saúde; nas observações que o paciente pode inserir referentes ao tratamento de saúde no hospital, quando preenche formulário de internação; no ECA, 15 a 18. Toda essa legislação ratifica o Direito Constitucional que tem o cidadão de recusar qualquer tratamento médico, incluindo os que envolvam a transfusão de sangue, vedando-se ao Estado, mediante decisões judiciais, impor aos seus cidadãos a prática de determinada conduta que seja contrária a sua liberdade e a sua convicção religiosa.

Na missão do médico infere-se que ele deve exercer sua atividade com vistas à preservação da vida e da saúde do paciente, levando em conta as decisões desse

paciente, que sempre deve ser protagonista e nunca mero coadjuvante do seu tratamento.

O tratamento médico que envolve hemotransfusão de sangue não é isento de riscos, portanto a negativa do cidadão de se submeter a este é mais do que legítima e a recusa é legalmente amparada na legislação vigente. Com o consentimento informado o médico deve esclarecer as opções possíveis e disponíveis, os resultados esperados, os riscos e custos, mesmo que a opção do paciente não seja aquela recomendada. Não pode ele ignorar a vontade e constranger o paciente a se submeter a determinada terapêutica, em desconformidade à determinações legais expressas.

O Médico tem o dever de tratar o paciente. Para tanto é que ele indica tratamentos e opções disponíveis podendo-se propiciar a eleição entre terapias alternativas.

Ressalve-se, porém, que é lícito ao médico, o direito à objeção de consciência, podendo ele recusar determinadas práticas por motivos éticos, morais, religiosos ou pessoais, devendo referenciar o paciente a outro médico, de modo que este realize o procedimento.

O dever de tratamento médico e o consentimento informado estão intrinsecamente ligados e harmonicamente acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico. Enfatiza-se que o praticante Testemunha de Jeová não recusa a transfusão de sangue já que aceita outros tratamentos e cuidados médicos alternativos.

O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente seu direito fundamental à liberdade, incluindo-se o direito de autodeterminar-se, respeitando-se seu consentimento ou dissentimento informado, previamente manifestado. As obrigações impostas aos médicos não devem superar os direitos do paciente. Sempre que houver expressa manifestação de vontade ela deverá ser respeitada, sob pena de violação dos preceitos legais, assim entendendo qualquer interpretação em sentido contrário.

Pacientes que rejeitam um determinado tratamento médico, a exemplo de transfusões de sangue, devem manifestar a aludida recusa de forma clara – por escrito, com a presença de testemunhas, ou através de procuradores – para que os médicos não sejam responsabilizados ao acatarem essa decisão, mesmo diante de eventual caso de morte.

Liminares satisfativas, concessões de antecipação de tutela, autorização expedida por representante do Ministério Público, ou Delegados de Polícia para realização de um determinado tratamento médico, tal como transfusão de sangue contra a vontade do paciente não têm fundamentação constitucional. A atuação do Estado, que é laico, deve agir com imparcialidade, conferindo aos cidadãos, religiosos ou não, liberdade na condução de suas vidas.

Porém o médico que transfunde um paciente contra a vontade deste tem sua vontade como geradora de dois tipos de responsabilidade: civil e criminal. Responderá civilmente pelos danos causados ao paciente, além da possibilidade de enquadramento no crime de constrangimento ilegal, previsto no CP, 146 e, dependendo do dano causado ao paciente, poderá ser cumulado com o crime de lesão corporal, previsto no Código Penal, 129. Não é dado ao médico constranger o paciente a tratamento com o qual ele tenha dissentido, nos termos do Código Civil 15. Submeter paciente a tratamento médico e não informá-lo que o fez contraria as disposições do CEM em seus artigos 24 e 34, ensejando uma infração disciplinar administrativa, punível pelo Conselho de Medicina.

A pedido do paciente o médico, em conformidade com o CEM, 39, não pode se opor à conferência ou junta médica solicitada, ainda que o pedido de realização dessa conferência esteja fundamentado em motivos religiosos. É vedado ao médico exercer um juízo valorativo e recusar a conferência, sob pena de se configurar um ato discriminatório à religião do paciente.

Os pais têm o direito fundamental de tomar decisões médicas em favor de seus filhos menores, mesmo quando isso envolve um tratamento médico em detrimento de outro e o profissional da saúde deve, sempre, disponibilizar todas as alternativas possíveis, esclarecendo quais os riscos e a possibilidade dos resultados que cada uma delas oferece, para que a escolha do tratamento seja a melhor possível. A opção dos pais por um determinado tratamento, diferenciado de um padrão médico, não significa abandono, maus-tratos ou extravio, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais disposições normativas. A recusa à transfusão de sangue não se subsume a nenhum dos tipos elencados já que, escolher um, entre outros tratamentos possíveis, não é abandonar, extraviar ou maltratar o menor, acarretando atipicidade da conduta, pela falta de tipicidade objetiva da mesma.

Quando um paciente for menor de idade, porém demonstre condições de entender suas decisões e consequências, sua determinação de receber tratamento médico isento de sangue deve ser respeitada pelo médico. A capacidade para consentir não se confunde propriamente com capacidade negocial. A capacidade para consentir exige que o agente tenha condição de tomar decisões racionais, compreendendo riscos e sacrifícios. Nesse sentido, a manifestação do menor, mesmo com menos de 16 anos de idade deve ser levada em conta. Sendo ele relativamente capaz, especialmente quando assistido por seus representantes, seu consentimento informado deve ser respeitado pelos profissionais da saúde, não se lhe impondo tratamento contrário a sua manifestação de vontade. Além da proteção constitucional e da previsão contida na Convenção sobre os Direitos da Criança, das Nações Unidas, também se infere tal proteção no ECA, 15 a 18, que trata do direito à liberdade e respeito à dignidade do menor, levando-se em consideração seus interesses e vontade.

A partir do momento em que o Médico recebe seu diploma e tem seu registro no Conselho Regional de Medicina está devidamente habilitado a exercer legalmente seu mister. Cabe-lhe orientar sua conduta profissional pelas determinações do Código de Ética Médica, não lhe compete “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

É o estatuído no art. 31 do CEM. Ao praticar a hemotransfusão à revelia do paciente, o médico só pode fazê-lo se este estiver inconsciente,

... seja psicologicamente perturbado, com sua capacidade cognosciva debilitada, a ponto de não compreender ou tomar decisões importantes concernentes ao seu destino terapêutico, estando sem a intervenção de terceiros” ou de documentos preexistente.

O próprio CEM limita a liberdade terapêutica à revelia do paciente, respeitando seu direito de livre escolha, de escolha pessoal, de sua decisão autônoma.

Há que se respeitar o texto constitucional. Fora da conjunção de fatores mencionados o médico pode e deve agir, acorde ao seu conhecimento e julgamento, no sentido da preservação dos interesses daquele sob seus cuidados, consubstanciados na preservação da vida.

Ressalte-se que na prática compulsória pelo médico não apenas o risco iminente de morte precisa estar presente mas também a impossibilidade física, psicológica de expressar sua opinião e vontade e ausência do consentimento expresso ou de procuradores. Fora dessa conjunção de fatores, o agir médico caracteriza infração ética, devidamente punível.

Embora questionável sob o ponto de vista moral não se pode desconsiderar o conteúdo normativo que privilegia o direito à autonomia decisória das Testemunhas de Jeová, em detrimento a tratamentos que consideram arbitrários e indesejados.

O fato de haver iminente risco de morte não suprime do paciente seu direito fundamental à liberdade e autodeterminação. O cidadão tem direito constitucional de recusar qualquer tratamento médico, inclusive aqueles que envolvam a transfusão de sangue. O médico não pode ignorar a vontade do paciente e constrangê-lo a se submeter a determinada terapêutica, em desconformidade com sua crença religiosa ou determinação expressa. É a norma vigente hoje.

Enquanto a orientação da doutrina é no sentido de não sacrificar totalmente um direito em virtude do outro é de fundamental importância que o médico tenha uma mente democrática, seja versátil e aprimore seus conhecimentos, pois a discussão desse tema complexo estabeleceu a inexistência de colisão de direitos fundamentais e é objetivo do Estado Democrático de Direito respeitar a posição de diferentes grupos sociais, implementando a valoração dos casos concretos, as alternativas existentes e o direito e vontade manifesta das Testemunhas de Jeová.

Difícil é para o profissional da saúde entender, imaginar e aceitar uma recusa de tratamento, acatando uma decisão que sabe, por sua experiência, irá acarretar graves danos, por vezes irreversíveis, ou até mesmo a morte do paciente, visto esse profissional ter que submeter-se aos limites de sua atuação, aos ditames da lei e à imposição ética de sua atividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de Los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADA, Bonifácio de. O acordo Brasil: Santa Sé. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIII, p. 30-31, set. 2009.
- ANNAS, George G.; GRODIN, Michael A. The nazi doctors and the Nurenberg Code: human rights in human experimentation, Jamá. **Journal of the American Medical Association**, n. 20, 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinal*. **Revista Portuguesa do Direito da Saúde**, n. 2, set. 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções**. Parecer emitido em 23/11/2000.
- BENDA et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antônio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BETTENCOURT, Renato Nunes, Nietzsche e o problema da fisiologia do ressentimento na moral religiosa, 2010.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. v.1. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT.
- BIBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Reed. Versão de Antonio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Ed. Da Américas, 1980.
- BITTAR, Eduardo C. B. Cosmopolitismo e Direitos Humanos. Depoimentos. **Revista de Direito das Faculdades de Vitória**, n. 10, jan./dez, 2006.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. **Filosofia do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CARRENHO, Fátima Aparecida Fachini; BERVIQUE, Janete de Aguirre. Estudo de Caso: Influência da moral religiosa na auto-estima. **Revista Científica eletrônica de Psicologia**, Garça, SP, ano V, n. 9, 2007.

CASSTRER, Ernst, FERNANDES, Vladimir. **Filosofia de las formas simbólicas II: El pensamiento mítico**. Trad. Armjando Morones. São Paulo: Fundo de Cultura Econômica, 1998.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinícius. **Comentários ao Código de Ética Médica. Resolução CFM n. 1.931**, de 17/09/2009. Rio de Janeiro: CFM, 2010.

DANTAS, M. G. C. **Liberais**, nov.2007.

Disponível em: <http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur>. Acesso em: 02 jun. 2009.

DIXON, Lowell. **Sangue: quem decide Baseado na consciência de quem?** In: DIXON, Lowell. **Como pode o sangue salvar a sua vida?** Cesário Lange: S.P. Sociedade Torre de Vigia, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Princetion: Princetron University Press, 2006.

ENGELHARDT JÚNIOR, H. Tristam. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de la. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1988.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro: v.7**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Eutanásia: um enfoque ético-político**. **Bioética**, Brasília, CFM, v. 7, n. 1, p. 78, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Direito, discurso e democracia**. 1998. 262 f. Tese (Doutorado) - Filosofia do Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, G. **Comunitarismo ou liberalismo?** Universidade do Beira Interior. Setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/gojnçalves>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

GOODNOUGH, Laurence T.; SHANDER, Aryeh; SPENCER, Richard. Bloodless medicina chinal care with on tallogereic blood transfusion. **Transfusion**, n. 19, v. 43, p. 609, May 2004.

GUASTINI, Ricardo. **Teoria e ideologia de La interpretacion constitucional**. Machid: Trotta, 2008.

GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora. **O que é ética em pesquisa**. [S,l.]: [s.n.], 2008.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada e os direitos humanos fundamentais. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Centro de Estudos judiciários, Brasília, n. 1, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HERRENDORF, Daniel E.; CAMPOS, Germany Bidart Ediar. **Princípios de derechos humanos e garantias**. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editora Comercial, Industrial y Financeira, 1991.

HOFMANN, Hasso. La promessa Del ladignitá umana: La dignitá Dell normanella cultura Guiridicatedesca. **Revista Internazionale de Filosofia Del Diritto**, Roma, s. 4, ano 76, out. /dez. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Introdução à Ciência do Direito – temas. 15. ed. Trad. Moises Nilve. Buenos Aires: Editora Universitária de Buenos Aires, 1977.

KFOURI NETO. **Responsabilidade Civil Médica**. 5. ed. Revista e Atualizada à Luz do Novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITÃO, D. N. **A corrente comunitária**. *PUC Rio*, 2007, Disponível em <http://www.pic-rio.br/direito/pet_jun/c3intro.html>. Acesso em: 22 de junho de 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. **Depoimentos**: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, n. 09, jan./dez. 2005.

LORENZETTI, R.L. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 2. ed. São Paulo: Escola, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentário à Constituição de 1946**: tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

NETO, Jaime Weingartner. **Liberdade religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEVES, N. M. B. C. **O ensino de Ética Médica nas Escolas Médicas de Salvador, Bahia, Brasil**: elementos contributivos para a humanização da medicina. 2005. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

NOGUEIRA, Vânia Marcia Damasceno: A importância dos vários ângulos de estudo da Teoria do Direito e Garantias Fundamentais. **Revista MPMG**, ano 5, n. 19, jan. / mar. 2010.

NUNES, E. Ética em cuidados paliativos: limites ao investimento curativo. **Revista Bioética**, 2008.

PENNA, Saulo Versiani. Juiz e Ética. **Amagis jurídica**, ano 2, n. 04, jul./dez. 2010.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudos de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PESSINI, Leo. Eutanásia e as Religiões. **Bioética**, v. 7, n. 1, 1999.

QUEIROZ, C. M. M. **Direitos Fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTREPO, M. P. C. **Conflicto de derechos y deberes em La determinación de la eficácia jurídica de La voluntad dell paciente**. Mendoza: Jurídicas cuyo, 1997.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos Saúde Pública**, 2006.

RIESTRA, Sérgio Gallego. **El derecho del paciente a la autonomia pessoal y las instrucciones previas**: uma nueva realidade legal. Navarra: Aranzadi, 2009.

RIVERO, Jean. **Les libertés Publiques**: v. 2. Paris: PUF, 1997.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 2, n. 3, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios e Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHRAMM, Fir. 202 – Bioética para quê? **Revista Camiliana da Saúde**, ano 1, v. 4 n. 2, jul./dez. 2002.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**: v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIQUEIRA, J. E. A Bioética e a revisão dos códigos de conduta moral. **Revista Bioética**, 2008.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TELLES JUNIOR, Goffredo. Direito Subjetivo. **Enciclopédia Saraiva de Direito**.v. 26. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: A tutela da personalidade no ordenamento civil: constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

TESSLER, M. I. B. **Há fundamentos para os direitos humanos ou como fundamentar os direitos humanos e que direitos humanos fundamentar**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC RS, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.trf.4.gov.br/>>. Acesso em 12 jun. 2009.

THOMPSON, D. F. Understanding financial conflicts of interest. **N. Engl. J. Med.**, 1993.

TOKARSKI, M.C. Liberdade e vida: a recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais. **Jus navegandi**, Teresina, ano 10, n. 891, 11 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.wol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7711>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente Testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. **Rev. Cien.e Soc. da UNIPAR**, v. 6, n. 2, p. 221/234, jul. /dez. 2003.