

LIBERDADE DE CRENÇA E A OBJEÇÃO À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVOS RELIGIOSOS

FÁBIO CARVALHO LEITE *

“Desde que alguns autores me convenceram definitivamente de que a astrologia não é uma ciência, comecei a acreditar nos horóscopos”.

Rubem Braga¹

1. Introdução

O humorista JOSÉ SIMÃO, em sua coluna no jornal Folha de S. Paulo, certa vez noticiou que “a polícia de Vinhedo está à procura de duas falsas cartomantes”, para em seguida indagar: [mas] “como distinguir uma cartomante falsa de uma verdadeira?”² Esta questão, embora levantada em tom caricato, sintetiza bem um problema relacionado à falta de legitimidade do Estado para lidar com situações que envolvem essencialmente a liberdade de crença dos indivíduos – tema sensível que, no Brasil, tem merecido um tratamento superficial e convenientemente vago, tanto no campo doutrinário como – e talvez em conseqüência – na esfera jurisprudencial, onde os juízes, ao se depararem com os problemas concretos, acabam por tomar decisões e assumir posicionamentos a partir de fundamentos bastante questionáveis... que vencem, mas não convencem.

De fato, a doutrina constitucionalista brasileira não oferece uma orientação segura a respeito do alcance do direito à liberdade religiosa, o que se deve em parte a um problema mais genérico na metodologia adotada – ou, por vezes,

* Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Coordenador (adjunto) dos cursos de Mestrado e Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio.

1. Apud. CARVALHO, Marco Antonio de. **Rubem Braga: um cigano fazendeiro do ar**. São Paulo: Globo, 2007, p. 169.

2. Folha de São Paulo, edição de 23 de março de 2004, p. E9.

na falta dela – na abordagem dos direitos fundamentais³. Em relação à liberdade religiosa especificamente, a abordagem doutrinária restringe-se a afirmar que tal liberdade, compreendida aqui, *grosso modo*, como a liberdade de crença e de culto, assegura aos cidadãos o direito de professar qualquer religião ou mesmo de não professar religião alguma⁴, seguindo-se de comentários sobre passagens históricas que envolvem perseguições religiosas e que demonstrariam a importância deste direito. Quando muito, a doutrina aponta uma limitação casuística a fim de deixar claro que não se trata de um direito absoluto⁵. E só.

Não espanta que esta abordagem tradicional (que se apresenta de forma relativamente homogênea entre os autores da área) seja insatisfatória ao debate e mesmo à resolução de problemas constitucionais concretos. A simples formulação de um conceito vago – como o é o de que a liberdade religiosa compreende o direito de professar qualquer religião ou não professar religião alguma – pouco contribui à resolução de casos que envolvam um conflito entre este direito e outro de mesma espécie ou um bem ou valor também protegido constitucionalmente. Do mesmo modo, a (igualmente simples) apresentação de casos específicos envolvendo a aplicação da liberdade religiosa também possuirá valor questionável em termos metodológicos se não for acompanhada de uma análise e uma formulação propositiva que permita ao menos orientar o intérprete na aplicação deste direito em casos futuros.

Dentro do universo de questões mal-resolvidas relacionadas à liberdade religiosa, uma das que mais se destacam é a que envolve o pretendido direito à objeção de consciência pelos cidadãos que se recusam, em obediência a

3. Em geral, a análise do tema reveste-se de um caráter nitidamente formalista, limitando-se à apresentação de uma idéia ou um conceito genérico seguido de uma breve dissertação que ressalta a importância do direito em questão.

4. Neste sentido, MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-68, p. 111; CRETELLA JR., José, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 217; CUNHA, Fernando Whitaker da; SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco; MELLO, Celso Albuquerque; FALCÃO, Alcindo Pinto; e SUSSEKIND, Arnaldo, *Comentários à Constituição*. 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990, p. 178; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

5. Esta abordagem superficial é o que provavelmente explica o resultado obtido por Emerson Giumbelli em suas pesquisas em torno dos temas “liberdade religiosa” e “liberdade de culto” junto à doutrina nacional, as quais, segundo o autor, “resultaram em um número escasso de registros” e que, ainda assim, “oscilam entre exêgeses constitucionais e comentários casuísticos ou restritos a aspectos bem circunscritos”, concluindo que, no Brasil, “passa-se do extremamente genérico ao demasiadamente particular quando se trata de religião nas discussões jurídicas”. GIUMBELLI, Emerson. *O Fim da Religião – dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002, p. 232.

preceitos religiosos, a receber tratamento médico que envolva transfusão de sangue. O problema não se faz presente apenas no Brasil, mas em todos os países onde se encontram adeptos das religiões que pregam a recusa à transfusão de sangue (testemunhas de Jeová) ou mesmo a qualquer espécie de tratamento médico (*Christian Science*)⁶. Todavia, constata-se que o tratamento conferido à questão pela jurisprudência brasileira (e pelos Conselhos de Medicina do País) diverge do que se pode identificar como uma “tendência” em países como EUA, Canadá, Austrália, Itália e Alemanha⁷. Esta divergência se revela não apenas na solução apontada como a mais adequada, mas também – e sobretudo – no modo de se chegar a ela, embora os bens e valores constitucionais em questão sejam basicamente os mesmos tanto no Brasil como nos países citados, o que reforça a ideia de que a metodologia empregada (ou a falta dela) na resolução destes casos no Brasil talvez não seja a mais adequada. É o que se pretende desenvolver no presente trabalho.

2. Liberdade religiosa e Interpretação no (con)texto constitucional brasileiro

Atualmente, não mais se discute sobre as peculiaridades da interpretação constitucional no que a distingue da interpretação jurídica em geral⁸. A este respeito, a doutrina que se propõe a tratar do tema é, hoje, pacífica, podendo divergir apenas em relação ao método mais adequado para se interpretar a Constituição⁹. Os problemas constitucionais, notadamente os relacionados à aplicação de direitos fundamentais, não podem ser resolvidos a partir do simples recurso aos métodos jurídicos tradicionais que auxiliariam o intérprete

6. O universo de crenças que segue este entendimento é ainda maior, mas estas duas são as religiões mais representativas.

7. É o que demonstra estudo de direito comparado elaborado por NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. *La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español*. in. “*Las Relaciones entre Iglesia y el Estado - Estudios em memória del profesor Pedro Lombardia*”, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Navarra, Edersa, 1989, pp. 893-975. Embora o estudo seja de 1989, não parece que a tendência apontada pelos autores tenha sido revertida em qualquer destes países desde então.

8. Como sentença Jane Reis, “já se tornou consenso a tese de que a interpretação constitucional é dotada de certas especificidades”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49).

9. Esta constatação é corroborada por Jane Reis, que, em estudo dedicado a este assunto, assinalou que “a ideia de que a Constituição deve ser interpretada com recurso apenas aos instrumentos metodológicos tradicionalmente utilizados no âmbito do direito ordinário é hoje superada, sendo largamente aceito o entendimento de que as peculiaridades das normas constitucionais tornam imperativo o emprego de uma hermenêutica pautada por critérios específicos. Assim, a discussão contemporânea gira em torno de – em face da reconhecida insuficiência dos cânones tradicionais de interpretação jurídica para solucionar problemas constitucionais – determinar que critérios e princípios particulares hão de ser aplicados nessa seara”. (Op. Cit., pp. 67-68.)

na função de descobrir não apenas o conteúdo da norma como também, e conseqüentemente, uma solução pré-estabelecida pelo legislador constituinte. Até porque, como sentenciou PAULO BONAVIDES, “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”¹⁰.

A premissa aqui assumida de que o formalismo adotado pela doutrina brasileira mais tradicional é inadequado à interpretação constitucional e, conseqüentemente, à interpretação dos direitos fundamentais é corroborada por uma vasta bibliografia que tem sido produzida nos últimos anos, restando apenas identificar o método mais adequado para a interpretação constitucional. Embora, como sói ocorrer em momentos de ruptura, não seja possível ainda apontar um novo modelo hermenêutico consensualmente aceito pela doutrina revisionista, pode-se já reconhecer alguns pontos que revelam uma tendência nesse sentido. Nesta nova compreensão do papel do direito constitucional e, por conseguinte, da metodologia hermenêutica e do processo de interpretação de suas normas, que caracterizaria, segundo alguns, um “novo direito constitucional”¹¹, um primeiro ponto a ser ressaltado é a importância hoje atribuída aos fatos subjacentes ao processo de interpretação, bem como às conseqüências práticas daí decorrentes¹². Sobre este aspecto, merece destaque a contribuição de KONRAD HESSE para a formulação de um novo modelo paradigmático de interpretação constitucional:

La dependencia en que se encuentra la interpretación de la norma de cuya concretización se trata respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver supone, formulado negativamente, que no puede haber un método de interpretación autónomo, desvinculado de estos factores y, formulado positivamente, que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación – la Constitución – y por el problema en cuestión¹³.

10. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 545. É claro que os métodos gramatical, sistemático, histórico e teleológico ainda figuram como ferramentas necessárias à interpretação constitucional – ou, nas palavras de Jane Reis, “embora formulados com os olhos voltados para o sistema de direito privado oitocentista, são instrumentos úteis e relevantes no âmbito da hermenêutica constitucional contemporânea” (Op. cit. pp. 290) –, apenas não podem ser tomados como suficientes. Sobre a insuficiência destes métodos, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, pp. 291-295.

11. BARROSO, Luís. Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Nova Interpretação Constitucional: direitos fundamentais, ponderação e relações privadas**. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006, pp.327-378.

12. Idem, p. 333.

13. HESSE, Konrad. **La Interpretación Constitucional**. In: *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983, p. 45.

O objetivo da interpretação constitucional deixa, assim, de ser o de identificar uma vontade da norma ou mesmo do legislador constituinte, eis que se reconhece tratar-se de um processo do qual, dentre outros, os fatos participam e no qual desempenham papel significativo¹⁴.

Além deste aspecto concretista, que tem sido bastante ressaltado pela doutrina dedicada ao tema da hermenêutica constitucional¹⁵, outro ponto a ser considerado refere-se ao princípio da proporcionalidade e à ponderação de bens como a via adequada à promoção de solução justa nas colisões entre direitos fundamentais e entre esses e outros bens protegidos constitucionalmente¹⁶.

Ao lado deste problema mais genérico, relacionado à interpretação constitucional, há também aspectos específicos, relativos à interpretação da liberdade religiosa, que não têm merecido atenção especial por parte da doutrina brasileira, comprometendo assim uma compreensão adequada e uma aplicação correta deste direito fundamental. Tais aspectos envolvem basicamente a consideração dos princípios fundamentais que, em uma interpretação sistemática, se relacionam com a liberdade religiosa, e algumas peculiaridades em torno do próprio fenômeno religioso, objeto do direito em questão. De fato, se o sentido e o alcance de uma norma constitucional só podem ser determinados a partir do confronto com as demais normas que integram a Constituição, como uma decorrência lógica do caráter sistemático do texto constitucional, torna-se imperioso verificar, de início, o suporte e os condicionamentos conferidos à liberdade religiosa pelos chamados princípios fundamentais do texto de 1988¹⁷. Dentro deste conjunto principiológico, no entanto, destacam-se como mais pertinentes à liberdade religiosa os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político¹⁸, podendo-se aqui

14. O objetivo, nas palavras de Konrad Hesse, seria agora "o de hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión". (op. cit., p. 37)

15. BARROSO, Luís. Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., CLEVE, Clemerson, e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas Notas sobre Colisão de Direitos**. In: GRAU, Eros Roberto, e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores: 2003. pp. 231-143. Neste trabalho, em que os autores se propõem a "estudar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais e os critérios utilizados para proporcionar soluções ajustadoras que não importem excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito", há uma opção expressa pelo "método hermenêutico concretista como aquele mais adequado para a abordagem proposta" (p. 231).

16. CLEVE, Clemerson, e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. op. cit., p. 231. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 74.

17. Nesse mesmo sentido, defendeu Manoel Jorge e Silva Neto que "os princípios Fundamentais referidos nos arts. 1º/4º da Constituição de 1988 são de remissão obrigatória para desencobrir o véu de incertezas a respeito da liberdade religiosa" (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p. 552).

18. Idem.

também incluir o da cidadania¹⁹, o que opera inclusive como um forte argumento em favor de uma concepção mais substantiva e mais inclusiva de democracia. Tais princípios assim relacionados à liberdade religiosa permitem compreender este direito fundamental como uma expressão da dignidade da pessoa²⁰, sem qualquer juízo de valor sobre o seu conteúdo, nem se admitindo qualquer idéia de verdade religiosa (em respeito ao princípio da pluralidade), e que deve, em atenção ao princípio da cidadania, ser considerado de tal forma que assegure, na medida do que for razoável, o exercício de direitos e deveres sem que isto implique uma violação direta ou indireta às crenças e condutas religiosamente motivadas.

Nota-se, desse modo, que os referidos princípios fundamentais reforçam a necessidade de, em casos que envolvam uma tensão entre normas estatais e condutas religiosas, buscar-se, quando possível, admitir exceções razoavelmente justificadas em favor destas. Não se trata, é claro, de reconhecer, *a priori*, que a norma religiosa há de prevalecer sempre sobre a norma estatal, nem que tal seria uma tendência, o que, de fato, não se verifica em nenhuma realidade constitucional. Em conflitos entre normas estatais e normas religiosas, a resolução em favor das primeiras é não apenas comum, mas também inevitável na maior parte dos casos. O que se defende aqui, a partir da compreensão da liberdade religiosa interpretada à luz dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do pluralismo, é que a Constituição brasileira impõe que seja verificada a possibilidade de se conferir tratamentos excepcionais, em casos específicos, àqueles cidadãos que se encontram impedidos de exercer a sua religião por força de normas emanadas do Estado. Esta proposta, tímida até, se comparada às exigências feitas por cidadãos que professam religiões minoritárias no país, longe de figurar como uma aberração ao Estado de Direito, encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, através do *teste do interesse imperativo*²¹, e nas reflexões desenvolvidas pela

19. Estes também são os três princípios privilegiados por CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e religião: o Estado laico e a liberdade religiosa à luz do Constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Tese de Doutorado – PUC-SP, 2006.

20. Como defende Manoel Jorge e Silva Neto, “sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa humana”. (op. cit., p. 552)

21. A Suprema Corte, ao julgar o caso *Sherbert v. Verner* (1963), recorreu a um método conhecido como *strict scrutiny* ou *compelling interest*, a fim de realizar uma ponderação entre o direito ao livre exercício da religião, de um lado, e, de outro, uma obrigação imposta por lei que representaria o interesse legítimo do Estado. A respeito deste método adotado pela Suprema Corte, escreveu Thomas Cunningham: “Muitos dos direitos considerados “fundamentais” pelos americanos gozam de um nível especial de proteção nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. O padrão é geralmente descrito como “exame estrito” (“*strict scrutiny*”) ou “interesse imperativo” (“*compelling interest*”). Sob este padrão de proteção, o Estado deve ter que apresentar mais que apenas uma boa razão para legislar em matéria que venha a violar direitos fundamentais de seus cidadãos. Antes, o Estado precisa demonstrar um “interesse imperativo” em obter determinado resultado, resultado

Comissão Stasi²², na França, através das *acomodações razoáveis* às condutas religiosas.

Ademais, deve-se recordar que o fato de estes princípios fundamentais conferirem um alcance mais abrangente à liberdade religiosa não exclui o fato de que, em determinados casos, outros princípios fundamentais, como a República, por exemplo, se imponham como limites àquele direito fundamental. E tais limitações podem decorrer inclusive dos princípios fundamentais que se relacionam com a liberdade religiosa, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, usualmente apontado pela doutrina como um limite a condutas religiosas²³. Como dito anteriormente, deve-se verificar as peculiaridades dos casos concretos, a fim, inclusive, de se identificar as normas constitucionais pertinentes e o alcance ou valor atribuído a cada uma delas.

De todo modo, é importante, desde já, ressaltar que, em algumas situações, o conceito de dignidade da pessoa humana, justamente porque relacionada à liberdade religiosa, deverá ser interpretado a partir de uma perspectiva mais empática, de forma a permitir a compreensão, dentro deste conceito, de uma idéia de vida e dignidade eventualmente distinta daquela formulada pela moral e cultura dominantes. Não se trata de uma relativização plena e absoluta do significado deste ou de outros princípios fundamentais, mas da compreensão de que o tratamento específico conferido à religião pela própria

tal que demande a limitação de direitos fundamentais. (CUNNINGHAM, Thomas J. **Considering religion as a factor in foster care in the aftermath of employment division, department of human resources v. Smith and the religious freedom restoration act.** University of Richmon Law Review, 57, 1994, p. 53.). Assim, ao aplicar o *strict scrutiny* ao caso *Sherbert*, a Suprema Corte firmou um entendimento de que, nos casos em que o direito à liberdade religiosa estivesse sendo violado por uma norma geral, não voltada especificamente contra uma conduta religiosa específica, mas que a ela atingisse indiretamente, deveria ser feita uma ponderação entre o interesse estatal pretendido com a edição da norma de caráter geral ("*state compelling interest*") e o exercício da conduta religiosa protegida pela primeira emenda. Este entendimento foi reiterado no caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), quando a Corte entendeu constitucional a não observância, por membros da comunidade religiosa amish, da lei que impunha, sob pena de multa, a matrícula obrigatória das crianças nas escolas até que atingissem a idade de dezesseis anos – o que contrariava os costumes daquela comunidade, onde os adolescentes deveriam se afastar do *mundo exterior* a partir dos quinze anos.

22. Nome pelo qual ficou conhecida a *Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República*, comissão composta por vinte notáveis, presidida pelo ex-ministro da Educação Bernard Stasi e instituída, em 2003, pelo então Presidente da República Jacques Chirac. Para a leitura do relatório elaborado pela Comissão, v. **Comissão de reflexão sobre a aplicação do princípio da laicidade na República**. (trad. LEITE, Fábio Carvalho; ALMEIDA, Celina Beatriz Mendes de; HOMBEECK, Guilherme Augusto V. van.) In: LEITE, Fábio Carvalho. (Org.) *Cadernos do Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Série Monográfica: Laicidade e liberdade religiosa*, vol. 1, 2010 (ISSN 2176-9826).

23. MOTTA, Sylvio, e BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 175, e NETO, Manoel Jorge e Silva. *op. cit.*, p. 553.

Constituição e a consideração das peculiaridades que o tema envolve (sentido da vida e da morte, prescrição de normas de conduta ética, etc.) permite que se reconheça no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana concepções distintas a respeito de seu sentido e alcance, condicionadas por leituras fundadas em crenças religiosas. Esta leitura mais empática da dignidade da pessoa humana, fundada justamente a partir dos princípios fundamentais da cidadania e do pluralismo, é a que melhor se harmoniza com uma idéia de democracia mais inclusiva e substantiva.

Mas além da interpretação da liberdade religiosa de forma articulada com os princípios fundamentais pertinentes, outro aspecto importante – e mais importante à medida que é desconsiderado pela doutrina pátria²⁴ – refere-se à compreensão da liberdade de consciência como matriz da liberdade religiosa. De fato, considerar esta como uma decorrência daquela, e não da mera liberdade de pensamento (como prega a doutrina brasileira), confere à liberdade religiosa um *status* distinto daquele conferido às simples manifestações de pensamento, e certamente mais adequado à natureza do fenômeno religioso. Afinal, como ressalta JONATAS MACHADO, “não existindo qualquer critério inequívoco e indiscutível de verdade religiosa, as opções em matéria de fé são relegadas, numa ordem constitucional livre e democrática, para o foro da consciência individual”. Desse modo, e considerando-se que “as pessoas mantêm uma grande variedade de valores e interesses substantivos diferentemente articulados e hierarquizados por um amplo leque de sistemas éticos”, defende o autor que caberá “a um modelo de pessoas jurídicas comunicativamente livres e iguais assegurar que os processos de articulação e hierarquização de valores e interesses decorram num contexto de liberdade, dentro de um âmbito de reserva pessoal de intimidade constitucionalmente protegida”²⁵.

24. É o que demonstra Jayme Weingartner Neto, em sua obra **Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, em tópico intitulado justamente “A liberdade de pensamento como matriz da liberdade religiosa para a doutrina brasileira” (pp. 84-91).

25. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 193-194. Jayme Weingartner Neto reitera o entendimento de Jonatas Machado, defendendo que “lançar mão da liberdade de consciência como matriz para a liberdade religiosa (...) tem a vantagem de apontar para os valores fortes da consciência e da razão individuais, com respaldo axiológico para o *cluster right* da liberdade religiosa, além de harmonizar-se, em princípio de forma mais adequada, ao texto da Constituição Federal de 1988, notadamente ao ponto de Arquimedes representado pelo inciso VI do artigo 5º, que parte da inviolabilidade da liberdade de consciência para, a seguir, enunciar o direito à liberdade religiosa como um todo”. Ademais, prossegue o autor, “parece que o dado empírico *consciência*, que há de compor o âmbito normativo da respectiva liberdade, presta-se mais, mesmo pela relativa ambigüidade e pluralidade de concepções, para suportar a liberdade religiosa que o conceito de *pensamento*, mais exposto às críticas de estilo pós-moderno” (op. cit., p. 93).

A proteção constitucional à liberdade religiosa, portanto, não se refere à tutela a uma corrente de idéias ou de pensamento, mas à compreensão de um direito mais amplo de liberdade de consciência, que assegura a autodeterminação existencial e ética dos indivíduos, a defesa do seu âmbito de racionalidade e de consciência, e que se desdobra em diversos campos, como o filosófico, o ideológico e o religioso. Não por outra razão a Constituição brasileira assegura, além da objeção de consciência religiosa, também a objeção motivada por razões políticas e filosóficas (art. 5º, VIII), em graus que variam por conta das especificidades do objeto tratado (religião, política, filosofia) e não da sua importância.

Por fim, é importante mencionar que uma adequada interpretação constitucional da liberdade religiosa demanda uma atenção especial em relação a pelo menos dois pontos, que não se confundem, mas se relacionam: a ampliação do conceito de religião e a empatia do intérprete²⁶. Estes pontos não se confundem, pois de pouco adianta qualificar como religioso um comportamento estranho às raízes judaico-cristãs (conceito amplo de religião) se não se compreende que tal comportamento é igualmente protegido pela liberdade religiosa (empatia). E ambos se relacionam justamente à medida que uma compreensão mais ampla acerca do fenômeno religioso, necessária para romper com as limitações que decorrem da sua raiz cristã, impõe ao intérprete a necessidade de uma compreensão mais sensível em relação à diversidade, afrouxando os limites que decorrem da raiz moderna da liberdade religiosa²⁷.

3. Liberdade religiosa e objeção de consciência: análise dos dispositivos constitucionais

A Constituição de 1988 contém uma série de dispositivos relacionados à religião, importantes, portanto, para uma compreensão sistêmica da liberdade

26. A empatia tem sido reclamada como uma necessidade para o aperfeiçoamento do processo político democrático, sobretudo (embora não exclusivamente) no que tange a temas relacionados a minorias. De fato, se compreendermos que a democracia não se limita a um mero jogo de regras ou a regras de um mero jogo, ainda que não prescindida desta estrutura, devendo tutelar bens e valores dos quais sequer uma eventual maioria pode dispor, devemos admitir que a compreensão do “outro” a ser considerado será fundamental para o desenvolvimento de uma democracia mais substancial, concreta e efetiva. Assim, a mesma empatia necessária para lidar com temas relacionados a deficientes físicos, a questões raciais, a grupos indígenas ou mesmo ao direito das mulheres (grupo que, embora não seja minoritário, ao menos assim tem se apresentado no campo da representação política), deve operar na compreensão da liberdade religiosa, com as peculiaridades próprias do tema. Sobre a importância da empatia na interpretação da liberdade religiosa, v. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Op. cit., pp. 175-176, e COOKSON, Catharine. *Regulating Religion: The courts and the free exercise clause*. Oxford University Press, 2001, p. 99.

27. Sobre as raízes cristãs e modernas da liberdade religiosa, v. LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e Religião no Brasil: a liberdade religiosa na Constituição de 1988*. (Tese de doutorado em Direito Público – UERJ, 2008).

religiosa na ordem constitucional do país. Contudo, dados os limites e os propósitos específicos do presente trabalho, serão aqui abordados apenas os dispositivos relativos à liberdade de crença e culto e ao direito à objeção de consciência, fundamentais à resolução dos casos de recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico de transfusão de sangue.

As liberdades de crença e de culto são asseguradas no inciso VI do artigo 5º da Constituição, que assim dispõe: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Em geral, a liberdade de crença é compreendida como “a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião”, assim como “a liberdade de não aderir a religião alguma, (...) a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo”²⁸, enquanto a liberdade de culto representaria a livre manifestação exterior da crença, pela prática de atos próprios da religião, ou seja, “a possibilidade de o indivíduo demonstrar externamente sua religião, podendo praticá-la não só nos templos como também no seu cotidiano, seja individualmente ou em grupo”²⁹. Em outras palavras, “é como se a liberdade religiosa se dividisse em duas partes, a interna traduzia pela crença e a externa refletida pelo culto”³⁰. Como decorrência desta ideia de que a liberdade de culto é a exteriorização da liberdade de crença, tem-se que a primeira pode sofrer limitações, ao passo que a segunda, por encontrar-se no âmbito interno do indivíduo, seria ilimitada³¹.

Estas idéias, aliás, bastante difundidas, merecem algumas reflexões críticas. Compreender a liberdade de crença como uma manifestação interna do indivíduo implicaria reconhecer este direito como uma espécie de “liberdade interna”, ou seja, uma “simples manifestação da vontade no mundo interior do homem”³², e nada mais. Assim considerada, é correto afirmar que esta seria uma liberdade ilimitada, como qualquer liberdade interna. Mas não é menos correto reconhecer que a liberdade religiosa assim compreendida não precisaria ser tutelada – como, mais uma vez, qualquer liberdade interna. De fato, a liberdade interna simplesmente não interessa ao Direito. Como bem reconhece JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a questão fundamental (...) é saber se, feita a

28. SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 249.

29. NAME, Paula Carmo. *A liberdade de crença religiosa na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado em Direito Público (PUC-SP). São Paulo, 2004, p. 80.

30. Idem.

31. Ilustrativas a este respeito as palavras de Araújo de Castro, em sua obra sobre a Constituição de 1934, ao diferenciar a liberdade de crença (“direito que o indivíduo tem de filiar-se à religião que desejar ou não professar religião alguma; é ilimitada”) da liberdade de culto (“garante a possibilidade de exteriorizar a fé; está sujeita às restrições legais”). CASTRO, Araújo de. *A Nova Constituição Brasileira*. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1935.

32. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 231.

escolha, é possível determinar-se em função dela”, ou seja, “se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita”, quando, então, “se põe a questão da liberdade externa”³³. É, portanto, a partir da idéia de liberdade externa, que “consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”³⁴, que se deve compreender a liberdade de crença. Assim, deve-se assumir que a liberdade de crença é o direito de *expressar* uma crença, e não o de *ter* uma crença (condição necessária, mas não suficiente à caracterização deste direito fundamental). Reconhece-se que o conteúdo deste direito compreende contornos mais amplos que o de simplesmente poder-se afirmar possuir uma crença, mas é este o seu núcleo de proteção. É dizer: é claro que a plena realização do direito à liberdade de crença depende não apenas do direito de exprimir a crença, mas de uma autodeterminação existencial a partir dela. E esta premissa impõe que o intérprete sempre considere haver uma “unidade essencial entre crença e conduta”³⁵. Afinal, como defende JONATAS MACHADO, “a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*) e conduta (*action*), que resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda”³⁶. No mesmo sentido, frisou CELSO RIBEIRO BASTOS que “não há verdadeira liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas”³⁷. Mas deve-se reconhecer que há diferentes modos de se exprimir uma crença, os quais, inclusive, operam em diversos graus – alguns se limitando ao próprio crente, outros atingindo seus familiares, outros, ainda, atingindo terceiros que não compartilham da mesma crença –, de modo que as restrições legítimas ao exercício deste direito fundamental serão mais comuns à medida que envolvam uma conduta que ultrapasse a esfera meramente individual.

No entanto, é importante ressaltar que mesmo a simples expressão individual de uma crença pode sofrer restrições, ainda que se trate de casos excepcionais (*v.g.*, uma restrição que um professor de ensino fundamental poderia sofrer em manifestar em suas aulas suas crenças particulares) ou mesmo de hipóteses improváveis (*v.g.*, a proibição de divulgação de doutrinas religiosas que

33. Op. cit., p. 225.

34. Op. cit., pp. 225-226.

35. MACHADO, Jonatas. Op. cit., p. 222.

36. Idem. O autor admite: “compreende-se que as condutas coloquem mais problemas jurídicos do que as crenças em si”. Mas ressalta: “no entanto, a construção dogmática de uma teoria das restrições do direito à liberdade religiosa com base na distinção entre umas e outras teria como consequência a descaracterização do fenômeno religioso e a subversão completa, ou o esvaziamento, do programa normativo que a Constituição lhe faz corresponder”. (op. cit., p. 223)

37. BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Ano 90. vol.787. 2001. p. 499.

tenham um caráter racista). Em regra, no entanto, este é um direito de alcance realmente muito amplo, que, se não é efetivamente um direito ilimitado, como visto, é o que mais disso se aproxima. Assegura ao cidadão o direito de crer em conceitos e concepções religiosas que, como decidiu a Suprema Corte dos EUA, “podem parecer inacreditáveis, senão absurdas, para a maior parte das pessoas” (caso *United States v. Ballard*³⁸). Protege, assim, e igualmente, o direito de acreditar que Deus criou o mundo em seis dias – e descansou no sétimo (judaísmo, cristianismo); que, após a morte, existe a reencarnação (espiritismo, hinduísmo, budismo); que um banho purificador perdoa os pecados (hinduísmo); que “a vida na Terra começou com uma deportação interplanetária em massa”³⁹ (cientologia) ou, aceitando a provocação do jornalista ANDREW MEULLER, citado pelo ateu militante RICHARD DAWKINS, que “o mundo tem a forma de um losango e que é carregado pelo cosmos nas pinças de duas enormes lagostas verdes chamadas Esmeralda e Keith”⁴⁰. Afinal, como enfatizou o juiz da Suprema Corte WILLIAM DOUGLAS, no caso *Ballard*, “um homem tem o direito de acreditar em algo que não possa provar” e “se alguém puder ser preso pela decisão de um júri que, em ambiente hostil, considere sua doutrina falsa, pouco restará da liberdade religiosa”.

Por fim, cumpre destacar que, compreendida desta forma a liberdade de crença, a ideia de que a liberdade de culto seria “a livre manifestação exterior da crença, pela prática de atos próprios da religião”, merece ser revista, uma vez que este conceito, de certo modo, parece valer igualmente para ambas as liberdades. De fato, tanto a liberdade de crença como a liberdade de culto representam formas de manifestação exterior da religião professada, sendo ambas igualmente tuteladas pela Constituição, e ambas, como visto, passíveis de sofrer restrições. A diferenciação entre ambas decorrerá, portanto, da identificação de aspectos que permitam qualificar uma manifestação como

38. Como explica Robert Boston, (tradução livre) “o objeto do caso Ballard era o movimento esotérico religioso denominado ‘I AM – Eu sou’, fundado por Guy W. e Edna W. Ballard. Guy Ballard alegou que teria contatado o “mestre ascencionado *Saint Germain*” no ano de 1930, enquanto fazia uma caminhada no monte Shasta na Califórnia. O casal Ballard foi acusado de estelionato, utilizando o serviço de correio para enganar o público, ao afirmar possuir poderes sobrenaturais tais como a habilidade de curar doentes e sanar feridos. Quando o caso foi a julgamento, o juiz local informou aos membros do júri que eles não estavam lá para opinar sobre a veracidade das alegações fantasiosas feitas pelos Ballard. Importava apenas que os Ballard acreditassem sinceramente no que estavam afirmando como verdadeiro. Caso assim fosse, não poderiam ser considerados culpados de estelionato. A Suprema Corte confirmou tal decisão, afirmando que em um estado secular, o povo tem o direito de crer em conceitos e concepções religiosas que ‘podem parecer inacreditáveis, senão absurdas, para a maior parte das pessoas.’” (BOSTON, Robert. *Why the religious right is wrong about separation of church and state*. New York: Prometheus Books, 2. ed., 2003, p. 164)

39. A igreja invisível. Revista Época, 3 de abril de 2006, p. 71.

40. Andrew Mueller, “An argument with sir Iqbal”, *Independent on Sunday*, 2/4/2006, Sunday Review, 12-6 (citado por DAWKINS, Richard. *Deus: um delfrio*. (trad. Fernanda Ravagnani). São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 82.

cultural, o que em alguns casos poderá depender de pequenos detalhes. Nesse sentido, enquanto um cidadão orando (em silêncio) em uma praça pública estaria exercendo a liberdade de crença, um grupo de cidadãos orando da mesma forma e na mesma praça exerceriam a liberdade de culto. De todo modo, a diferença entre a liberdade de crença e a de culto perde importância à medida que a Constituição de 1988 assegurou a inviolabilidade da primeira e o livre exercício da segunda, suprimindo as referências à ordem pública e aos bons costumes como limites ao exercício do culto religioso – o que foi uma constante em toda a história constitucional republicana. As limitações impostas à liberdade de culto deverão decorrer de uma interpretação sistemática do texto constitucional, com destaque ao princípio do pluralismo, a um conceito aberto de religião e à necessária empatia do intérprete, e não de conceitos vagos e indeterminados como ordem pública e, sobretudo, bons costumes^{41/42}.

Em relação à objeção de consciência, a Constituição assegura, em seu art. 5º, VIII, que “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”. Trata-se de um dispositivo cujo alcance não é fácil dimensionar. A primeira parte deste inciso é de relativa clareza e não suscita maiores discussões, limitando-se a prescrever uma garantia à liberdade de consciência ao assegurar a todo cidadão o direito de professar sua crença religiosa (ou seguir determinada linha filosófica ou política) sem com isso sofrer eventuais sanções restritivas de direitos diretamente impostas pelo Estado. A divergência que pode surgir a respeito do sentido e alcance deste dispositivo encontra-se

41. A este respeito, vale citar a posição assumida por Jayme Weingartner Neto, em tópico intitulado *Tomada de posição global sobre limites. Descarte da moral pública e dos bons costumes*: “admitem-se, como não poderia deixar de ser, os limites implícitos da liberdade religiosa como um todo no direito brasileiro (de resto, materialmente constitucionais em face do Pacto de São José da Costa Rica), operados por *via legal* (legislação ordinária, embora cuidando-se dos ‘limites dos limites’) – que, mesmo assim, há que passar pelos crivos sucessivos da *proporcionalidade* e da salvaguarda do *núcleo essencial* (a apontar para a necessidade de concordância prática). Tais limites abarcam a *ordem pública lato sensu* (segurança pública, saúde pública, direitos e liberdades das demais pessoas). *Não aceito* porém, em interpretação sistemática, o limite dos *bons costumes* (ainda que na roupagem de *moral pública*), cuja vagueza semântica autorizaria a imposição de mundivisões fixadas e discriminatórias”. (op. cit., p. 212)

42. Desse modo, restrições outrora consideradas constitucionais (*a priori*) a cultos religiosos (religiões de matriz africana) que envolvem sacrifício de animais, por simples violação à ordem pública ou aos bons costumes, passam a demandar agora uma análise mais detida a certas peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, as espécies de animais em questão (se “animais destinados à alimentação humana” – expressão que consta do Decreto n. 43.252/2004, editado pelo Governador do Rio Grande do Sul, que regulamenta do Código Estadual de Proteção aos Animais –, se animais em extinção, etc.) ou a forma como ocorre o sacrifício. Da mesma forma como não há uma posição *a priori* pela inconstitucionalidade do ritual de sacrifício, também não há uma posição, *prima facie*, pela sua legitimidade.

na segunda parte do inciso VIII, quando a norma trata da possibilidade de conflito entre a conduta que decorre da consciência (ao que aqui importa) religiosa e aquela imposta por uma norma emanada diretamente do Estado. De fato, este enunciado traz em seu cerne um conflito envolvendo o não cumprimento de uma norma estatal, mas, ainda assim, admitido pelo próprio Estado, o que já revela a complexidade da questão. Além disso, deve-se levar em conta que, ao menos em tese, e respeitada a delimitação semântica assumida com um conceito aberto e tipológico de religião⁴³, as condutas prescritas por normas religiosas podem ser as mais variadas, suscitando assim diversos conflitos com as normas emanadas do poder público. Embora se possa reconhecer que a Constituição buscou harmonizar este conflito potencial ao admitir o cumprimento de prestações alternativas às condutas impostas pela norma estatal, deve-se recordar que o estabelecimento de tais prestações alternativas depende também de uma norma estatal. É dizer: o conflito permanece nos casos em que não há edição de lei fixando prestações alternativas.

A fim de buscar um sentido mínimo ao dispositivo em questão, convém reconhecer que as duas partes do enunciado encerram garantias relativamente distintas, a saber: enquanto a primeira parte volta-se contra a restrição de direitos imposta pelo Estado diretamente, a segunda traduz uma garantia contra a restrição imposta de forma indireta pelo poder público. Assim, se, na primeira parte do dispositivo constitucional, o conflito potencial envolve o ato estatal e a religião, na parte final, o conflito refere-se ao ato estatal e à conduta prescrita pela religião. A título de ilustração, seria esta a diferença entre uma norma do Estado que proibisse os cidadãos que professam determinada crença (que impõe a guarda do sábado) de participarem de um concurso público e uma norma do Estado que prescrevesse que os concursos públicos seriam realizados aos sábados, contrariando os preceitos daqueles

43. Sobre o conceito tipológico de religião, v. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Op. cit., que observa que este “terá de ser, fundamentalmente, um conceito de contornos esfumados, dotados, a um tempo, de razoável densidade e abertura, de forma a conseguir responder às exigências de neutralidade e validade geral que lhe são dirigidas por uma ordem democrática, secular e pluralista”. Embora sua adoção implique uma renúncia expressa e consciente a um conceito seguro, definido e bem delimitado, o recurso a um modelo tópico, aberto, porém controlável, parece inevitável a partir do momento em que se reconhece a ilegitimidade de um modelo excludente, ainda que bem delimitado (substantivo) e a inviabilidade de um modelo excessivamente aberto, ainda que inclusivo (funcional). Trata-se de um conceito que, adotado de forma cautelosa em relação aos seus contornos, permite que o Direito, ao lado das demais ciências que lidam com o fenômeno, compreenda a religião a partir da complexidade que lhe é inerente. Sobre os conceitos substantivo e funcional, v. PRANDI, Carlo. *As religiões: problemas de definição e de classificação*. [apêndice] in: FILORAMO, Giovanni, e PRANDI, Carlo. *As Ciências das Religiões*. 3. ed. São Paulo: Paulus. 2003.

que professam a referida crença. Em um caso, a vedação decorreria da norma estatal; no outro, decorreria da norma religiosa. Trata-se de uma diferença fundamental para a interpretação constitucional do dispositivo, ainda que, sob a perspectiva do destinatário da norma, permaneça, de uma forma ou de outra, a restrição a um direito. Nesse sentido, enquanto a primeira parte do dispositivo poderia encerrar um direito líquido e certo daquele que professa determinada crença, passível, portanto, de tutela via mandado de segurança, o mesmo não se pode dizer, a princípio, em relação à segunda parte do enunciado normativo. De fato, nestes casos, a tutela da pretensão daqueles que visam exercer determinado direito, mas encontram-se impossibilitados em função do cumprimento de preceitos religiosos, depende de muitos aspectos a serem verificados à luz dos casos concretos, dificilmente podendo ser amparado por meio de mandado de segurança.

Um caso peculiar, privilegiado pela Constituição, refere-se ao imperativo de consciência em relação à obrigação de prestar serviço militar. CELSO RIBEIRO BASTOS chega a limitar a objeção de consciência única e exclusivamente a esta hipótese. O autor reconhece: “é verdade que o texto fala em ‘eximir-se de obrigação legal a todos imposta’ e não especificamente em ‘serviço militar’”. No entanto, complementa ser fácil verificar-se que “a hipótese ampla e genérica do texto dificilmente se concretizará em outras situações senão naquelas relacionadas com os deveres marciais do cidadão. A experiência de outros países também confirma este fato”⁴⁴.

Por fim, cabe destacar que, a despeito da dificuldade de se dimensionar o alcance deste dispositivo constitucional, é possível afirmar, desde já, que ele não se volta ao âmbito interno das religiões. Ao assegurar que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, o dispositivo não impede que determinada religião imponha a restrição a determinados direitos como condição para que um cidadão integre aquela confissão religiosa. Um cidadão que pretendesse ser padre, por exemplo, não poderia invocar este dispositivo constitucional para afastar a exigência do celibato – condição imposta pela religião católica àqueles que pretendem exercer o sacerdócio⁴⁵. No mesmo

44. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 192. A propósito, o fato de o texto constitucional impor explicitamente às Forças Armadas o dever de, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, alegarem imperativo de consciência para se eximirem de atividades de caráter militar, permitiria considerar a possibilidade de se impetrar mandado de injunção caso a referida lei não houvesse sido ainda editada (o que, todavia, já ocorreu).

45. Em sentido contrário, defende a Procuradora de Justiça de SP Luiza Nagib Eluf que o dispositivo em questão poderia ser invocado pelas muçulmanas que não pretendessem usar o véu islâmico. Segundo a Procuradora de Justiça, este dispositivo constitucional, “criado para evitar discriminações em razão do credo, deve ser aplicado, também, para evitar violações de direitos trazidas pelas próprias religiões aos seus seguidores”, razão pela qual poderia servir de fundamento à proibição do uso do véu islâmico pelas mulheres nas escolas públicas. (O véu religioso. Luiza Nagib Eluf, Folha de S. Paulo, 30/12/2003, p. A3).

sentido, viola a Constituição uma decisão judicial que obriga um pastor a realizar o casamento religioso quando o fato de a noiva estar grávida revelasse, para a religião, como um impedimento para a celebração do matrimônio⁴⁶

4. Objeção de consciência (por motivos religiosos) à realização de transfusão de sangue

A questão relativa à recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue recebe, no Brasil, um tratamento bastante simples. Em absolutamente todos os casos em que há risco de vida do paciente, entende-se que a objeção de consciência não se impõe, pouco importa que tenha sido levantada por motivos religiosos, que quem levante a objeção seja o próprio paciente, que seja adulto, capaz e encontre-se no gozo de suas faculdades mentais. Nenhuma destas circunstâncias se apresenta como uma peculiaridade capaz de alterar a solução que, frise-se, já é oferecida *a priori*, determinando que a vida do paciente deve prevalecer sobre suas crenças e condutas religiosas. O Conselho Federal de Medicina tem, a este respeito, um entendimento consolidado e positivado na resolução n. 1021, de 1980, que adota os fundamentos de um parecer oferecido no próprio Conselho como

46. O caso foi assim noticiado: "O juiz Sérgio Mendonça de Araújo, da 12ª Vara Cível de Goiânia, concedeu liminar, no dia 23 de abril [de 2005], determinando a realização da cerimônia de casamento de U. L. A. A. e P. H. O. A., no templo da 1ª Igreja Batista. Em seu pedido, a noiva destacou que, apesar de ter sido batizada na igreja, foi comunicada pelos pastores de que não poderia celebrar o matrimônio no local, por estar grávida.

O casal argumentou que estavam habilitados ao casamento perante o Cartório de Registro Civil e de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas da 4ª Circunscrição. A noiva afirmou também que estava sofrendo enorme sofrimento e prejuízos de ordem material decorrentes de despesas com a realização da cerimônia.

Segundo o magistrado, o gesto da 1ª Igreja Batista fere a Constituição e o Código Civil, que estão acima dos dogmas religiosos. Concedida a liminar, os oficiais de justiça tiveram dificuldade para intimar os pastores da igreja. No feriado, o juiz de plantonista Rodrigo de Silveira determinou a abertura das portas do templo religioso pelos oficiais de justiça.

Pedido negado antes

O pedido havia sido negado, no dia 18, pelo juiz Jaime Rosa Borges, da 4ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia. O casal ajuizou ação cautelar inominada contra a 1ª Igreja Batista de Goiânia para que fosse realizado o casamento no templo. Ao negar o primeiro pedido, o juiz Jaime Rosa ponderou que não existe na lei civil disposição que obrigue a autoridade ou ministro religioso a celebrar o casamento, de forma 'que o ato fica na dependência da relação de conveniência entre os contraentes e a autoridade eclesiástica'. O juiz explicou que quem não pode negar-se à celebração do matrimônio é a autoridade civil que dela for encarregada.

O juiz disse que se a 1ª Igreja Batista de Goiânia tem motivo para não celebrar o casamento, e considerando que tal motivo decorre de regras comportamentais moralmente ditadas pela religião as quais está submetida, o Poder Judiciário não pode determinar a realização do ato, sob pena de interferência ilegal nas relações privadas dos particulares". (Juiz obriga igreja a fazer casamento. www.expressodanoticia.com.br (em 05/05/2005), Fonte: TJGO, Data: 27/04/2005).

“interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida”. O parecer, motivado justamente pelo “problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea”, conclui que:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O parecer adotado pelo Conselho defende, assim, que, nos casos em que “o paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo, (...) não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la”. Este entendimento, segundo o relator do parecer, sustenta-se em normas do Código de Ética Médica, que, dentre outros, prescreve que “a medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa (...)” (art. 1º), que “o alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional” (art. 30) e que

“o médico, salvo o caso de ‘iminente perigo de vida’, não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal” (art. 19). O parecer apóia-se também no art. 146 do Código Penal, que, após tipificar como crime a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”, excepciona, em seu parágrafo 3º, os casos de (inciso I) “intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”. Por fim, o parecer ainda destaca que “a recusa do paciente em receber a transfusão sanguínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio”, de modo que “o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3º do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: ‘a coação exercida para impedir o suicídio’.”

O entendimento adotado pelo Conselho Federal de Medicina, longe de contrariar em qualquer aspecto a doutrina jurídica brasileira, parece acompanhar um histórico posicionamento doutrinário acerca da matéria, corroborado, a propósito, e ainda que com uma redação nitidamente confusa,

no art. 15 do Código Civil, que dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Nesse sentido, aponta CARLOS EMMANUEL RAGAZZO, ao tratar do direito a recusa a tratamento médico, que:

No Brasil, a doutrina entende que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de vida. A letra do art. 15 do Código Civil vem permitindo essa interpretação, o que aliás, já era uma posição jurisprudencial mesmo antes da promulgação do novo diploma cível. A prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida.⁴⁷

De fato, a doutrina brasileira entende, *grosso modo*, que, por ser a vida um bem jurídico indisponível, nenhuma decisão, ainda que consciente, deliberada e religiosamente motivada, que conduza à própria morte encontrará amparo no ordenamento jurídico pátrio. Conduzida ao extremo, esta linha de pensamento deveria, por questão de coerência, impor uma sanção até mesmo à tentativa de suicídio. No entanto, a doutrina defende que esta tentativa não é tipificada criminalmente por mera decisão de política criminal – nas palavras de LUIZ VICENTE CERNICHIARO, “a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de idéia, o que provocaria efeito contrário se instaurando inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento da pena”. Por estas razões, entende o ex-ministro do STJ que “não configura constrangimento ilegal (...) compelir médico a salvar a vida do paciente de perigo iminente e promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim. Aliás, cumpre fazê-lo, presente a necessidade”.

O entendimento doutrinário vale-se também do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de sustentar que a vida deve prevalecer sobre a vontade do paciente, motivada religiosamente ou não. Vejam-se a propósito os seguintes trechos do artigo intitulado “Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal”, de autoria dos professores da Universidade Federal de Juiz de Fora RODRIGO IENNACO DE MORAES e RODRIGO ESTEVES SANTOS PIRES, e que ilustram bem esta argumentação:

Filiamo-nos à corrente dos que vêem, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade da vida. Estabelecida essa premissa, a ocorrência de iminente perigo de vida se traduz em autorização constitucional para que o médico, independentemente da vontade do paciente (ou de quem o represente), realize a transfusão, quando cientificamente, observada a *lex arte*, revele-se como o único

47. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1ª ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Joruá Editora, 2007, p. 114.

meio apto a salvar a vida em iminente perigo de perecimento.

Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positivação ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses.

(...)

Como dito, sem vida não há dignidade, nem liberdade, nem convicção, nada. E se a vida é valor absoluto, toda e qualquer conduta tendente a sua preservação encontra, iniludivelmente, esteio constitucional.

(...)

E sem que isso implique a negação da própria liberdade de opção pela morte. Não. Implicará, sim, o reconhecimento constitucional de outro viés da própria liberdade, qual seja, o seu e o nosso direito de intervenção, sempre que possível, em favor da vida, de sua preservação, de sua intangibilidade. Se alguém resolve se matar por convicção religiosa, utilizando-se de qualquer meio, que o faça por seus próprios meios e fora da esfera de intervenção daqueles que, também por convicção religiosa, por dever legalmente previsto, ou simplesmente por amor à vida, não se podem curvar passivamente diante de uma vida que, com a utilização dos meios terapêuticos disponíveis (e, frise-se, quando os meios aceitos pelo paciente não se mostrarem eficazes), provavelmente não se ceifaria.

É a dignidade da pessoa humana – que tem na existência da vida seu pressuposto inafastável – o valor fundante de toda e qualquer interpretação constitucional dos direitos fundamentais. A dignidade da vida pressupõe a vida. Somente em atenção à vida e enquanto ela durar fará sentido a positivação da tutela de sua dignidade.

A jurisprudência brasileira parece ter acompanhado historicamente este entendimento doutrinário. Embora fosse necessária uma pesquisa mais ampla para se ter um quadro mais fiel a respeito do tratamento dado pelo Poder Judiciário a estas questões, é possível, de todo modo, reconhecer que existe uma posição (ao que tudo indica majoritária) assumida pela jurisprudência pátria que não destoia do entendimento doutrinário apontado acima, valendo aqui transcrever uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reúne os argumentos que sustentam esta posição:

Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos e/ou

hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, §3º, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la". (Ap. Cív. 595.000.373, julgada pela 6ª Câm. Civ. do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, em 28.03.1995, publicado na RJTJRS 171, p. 384 *et seq.*)⁴⁸

Como se pode notar, a decisão judicial não faz qualquer distinção a respeito da condição do paciente, se menor, se adulto capaz ou incapaz, no gozo ou não de suas faculdades mentais. Ao contrário, é categórica ao afirmar que, "se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos". A decisão segue nitidamente a linha doutrinária acima apontada, destacando, basicamente, que a vida deve prevalecer sobre a liberdade religiosa, seja porque a vida é condição necessária para o exercício de qualquer liberdade (afinal, "não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade"), seja porque "os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas" precisam "se sobrepor às especificidades culturais e religiosas, sob pena de se homologarem as maiores brutalidades".

Neste mesmo sentido, cabe citar uma decisão em *Habeas Corpus* (n.º253458-3/

48. Decisão citada por RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. Cit., pp. 114-115.

1), proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde se afirmou que “o direito à vida é fundamental, não se curva a ressalvas e exceções, já a crença religiosa, ao lado da convicção filosófica ou política, não pode ser invocada para eximir de obrigação legal a todos imposta ou para a recusa de cumprimento de prestação alternativa fixada em lei”, concluindo assim que “a vida não transige com a crença religiosa, incidindo, em tese, nos crimes de homicídio doloso ou omissão de socorro qualificada quem, de qualquer modo, concorreu para o evento morte por motivo de crença religiosa”.

Este entendimento, bastante simplista no que tange à composição dos valores em jogo, diverge – no método e eventualmente no resultado – do que tem sido verificado em outros países, como EUA, Canadá, Austrália, Itália e Alemanha. A divergência, vale frisar, se deve não aos bens e valores constitucionais a serem considerados, mas à forma como devem sê-lo. Trata-se, portanto, de uma questão de metodologia na interpretação dos direitos fundamentais.

Em geral, verifica-se que a jurisprudência nestes países compreende efetivamente que a recusa, por motivos religiosos, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue está, a princípio, amparada pela liberdade religiosa. E isso porque, como visto anteriormente, a liberdade religiosa tem como matriz a liberdade de consciência, o que permite reconhecer aos indivíduos o direito a uma efetiva autodeterminação existencial e ética, sem que o julgador emita um juízo de valor pessoal a este respeito, atendendo assim ao pluralismo e permitindo até mesmo a empatia que o tratamento dado à liberdade religiosa tanto demanda. Este direito, embora não seja admitido como ilimitado, é reconhecido assim como um direito amplo e abrangente, devendo-se apenas verificar, à luz das peculiaridades dos casos concretos, as suas eventuais limitações.

Nesse sentido, é bastante emblemática a jurisprudência de tribunais norteamericanos, que têm adotado critérios relativamente uniformes a respeito da questão, não havendo, até o momento, nenhum pronunciamento da Suprema Corte sobre o tema específico. Os tribunais reconhecem um alcance abrangente à *cláusula do livre exercício da religião*⁴⁹, passível de restrição nos casos em que há um interesse estatal imperativo. Além disso, consideram também o direito do indivíduo sobre o próprio corpo, o que, a princípio, tornaria ilegítima

49. A primeira emenda da Constituição dos EUA dispõe que: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. Tanto a doutrina como a jurisprudência nos EUA identificam na primeira parte desta norma constitucional duas cláusulas distintas envolvendo o fenômeno religioso (*religion clauses*), a saber: a cláusula de estabelecimento (*establishment clause*) e a cláusula de livre exercício (*free exercise clause*). De acordo com a primeira, o Estado não deve adotar uma religião específica, e, de acordo com a segunda, tem o dever de permitir e assegurar o livre exercício das religiões.

qualquer intervenção médica sobre o corpo de um adulto sem o seu consentimento. Como decidiu o Tribunal de Apelação de Nova Iorque, ao julgar o caso *Schlondorff v. Society of New York Hospital*:

Todo ser humano adulto e em suas faculdades mentais tem o direito a determinar o que se deve fazer com o seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete uma agressão, e é, portanto, responsável pelos danos. (...) Isto é certo, salvo em casos de emergência, quando o paciente tiver perdido a consciência e for necessário operar antes que seja possível obter o seu consentimento.

Interessante registrar que o caso *Schlondorff*, julgado em 1914, sequer envolvia objeção religiosa, e já deixou assente que a exceção à regra que impõe o respeito à vontade do paciente no que tange a tratamentos médicos deve ocorrer (i) em casos de emergência, e (ii) quando o paciente estiver inconsciente, e (iii) for necessário operá-lo antes que seja possível obter o seu consentimento.

Em 1976, a Suprema Corte de Nova Iorque julgou o caso *Matter of Melideo*, envolvendo recusa a transfusão de sangue, mas desta vez por razões religiosas. Tratava-se de uma testemunha de Jeová (Sr.^a Kethleen Melideo) que havia se recusado, por escrito, a receber transfusão de sangue, o que foi reiterado pelo seu marido, ainda que ambos estivessem cientes de que a transfusão era necessária sob pena de risco de morte da paciente. Diante da recusa, o hospital buscou obter uma ordem judicial autorizando a realização do tratamento médico. O Tribunal, no entanto, negou o pedido, apoiando-se expressamente no caso *Schlondorff*, e alegando que não se pode ordenar judicialmente transfusão de sangue contra o desejo de um adulto que a recusa por suas crenças religiosas, a não ser que se prove a existência de um interesse estatal imperativo que justifique a intromissão. De outro modo, esta ordem judicial violaria a cláusula de livre exercício da religião.

Este interesse estatal imperativo – prossegue a sentença – pode ser encontrado quando o tribunal assume a responsabilidade da tutela de um paciente que não é *compos mentis*; ou quando se acha em perigo o bem-estar dos filhos, o que autoriza a imposição judicial de cuidados médicos necessários para salvar a vida de uma mãe com filhos pequenos, ou mesmo a vida de uma gestante. No presente caso, todavia, não se dá nenhuma destas circunstâncias: a enferma é plenamente capaz, não está grávida e não tem filhos. Portanto, sua decisão de não se submeter a uma transfusão deve ser respeitada, mesmo ante a certeza de que morrerá.

O entendimento firmado em *Matter of Melideo* já havia, em termos gerais, sido adotado pela Suprema Corte de Illinois, no caso *In re Brooks' estate*, e por um tribunal federal, também em Illinois, no caso *Holmes v. Silver Cross Hospital*. Neste último, o tribunal deixou bem claro que, nos casos em que a recusa ao

tratamento médico ocorre por razões religiosas, acentua-se a necessidade de um interesse público suficientemente qualificado para prevalecer sobre a vontade do enfermo, amparada esta em um direito garantido de forma específica pelo *Bill of Rights* da Constituição norte-americana. Este “interesse público” poderia ser, como estabelecido em *Matter of Melideo*, a existência de filhos dependentes que seriam deixados pelo enfermo, caso a recusa a tratamento médico levasse à sua morte. No entanto, mesmo este aspecto já foi relativizado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, no caso *In re Osborne*, confirmando decisão tomada pela instância anterior (*Superior Court*). Tratava-se do caso de um cidadão testemunha de Jeová, Sr. Charles P. Osborne, casado e pai de dois filhos, que se recusara a receber transfusão de sangue, mesmo ciente de que a recusa o levaria à morte. A Corte de Apelação, examinando recurso interposto pelo Hospital, observou que o enfermo, ao haver recusado o tratamento médico, encontrava-se em plenas faculdades mentais e tinha um adequado conhecimento da situação. O Tribunal ainda enfatizou que se podia notar que as convicções do paciente eram absolutamente firmes, pois este considerava que a submissão forçada a uma transfusão repercutiria inevitavelmente de maneira negativa e irreparável em sua vida religiosa, privando-o da possibilidade de “salvação eterna”, mesmo não tendo consentido com o ato em questão.

Quanto ao “interesse estatal imperativo”, por conta da existência de dois filhos pequenos, o tribunal decidiu que, naquele caso, não se poderia entender que o interesse no bem-estar dos filhos deveria prevalecer sobre a conduta religiosamente motivada, pois toda a sua família encontrava-se de acordo com sua atitude, e as relações familiares eram tão próximas e cordiais que parecia assegurado tanto o sustento material dos filhos como um adequado ambiente familiar para a sua educação. Por estas razões, a Corte afirmou ser “incapaz de concluir que a intervenção judicial sobre os desejos e crenças religiosas do paciente esteja garantida pelo nosso Direito”⁵⁰.

Nos casos em que o cidadão que se recusa a receber transfusão de sangue é um adulto incapaz, a tendência dos tribunais é a de autorizar a realização do tratamento médico. Nesse sentido, deixou assente o Tribunal de Apelação de Nova Iorque que “quando os fatos mostram a imperiosa necessidade de uma operação para eliminar um grave mal-estar em um incapaz mental, os tribunais podem dar esta autorização, especialmente quando não existe um parente próximo em condições de outorgar seu consentimento no lugar do paciente” (caso *In the matter of Strauss*). No entanto, observam RAFAEL NAVARRO-VALLS, JAVIER TORRÓN e MIGUEL JUSDADO que:

50. Em tempo: o paciente, contrariando todas as expectativas, acabou se recuperando e recebeu alta do hospital.

en casos menos claros, la jurisprudencia tiende a ser más restrictiva, como lo muestra una sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, relativa a un incapaz mental, enfermo terminal, aquejado de leucemia mieloblástica monoclónica. El tratamiento que se solicitaba era quimioterapia, pero no con el propósito – imposible – de salvar al paciente, sino únicamente de prolongar su vida. El Tribunal decidió la controversia recurriendo a la doctrina del *substituted judgement*, cuya finalidad es determinar la opción que habría tomado la persona enferma si hubiera estado en sus facultades mentales. En este caso, se estimó que el enfermo habría rechazado la quimioterapia, y que su voluntad – presunta – debía respetarse.⁵¹

Nota-se que, mesmo em casos onde o paciente apresenta incapacidade, o Tribunal, antes de tomar a decisão pela imposição do tratamento médico, busca verificar se é possível identificar qual seria a vontade do paciente caso este se encontrasse em posse de suas faculdades mentais, recorrendo à doutrina do *substituted judgement*, que, segundo observou a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, “é o único caminho para prestar o devido respeito à individualidade e à dignidade de uma pessoa que, enquanto era capaz, havia expressado suas inequívocas, profundamente sentidas e inclusive sagradas preferências, mas que no momento não tem capacidade para decidir” (caso *In re Boyd*).

Por fim, nos casos em que o paciente é menor de idade, os tribunais norte-americanos têm ordenado a realização da transfusão de sangue, seja para salvar a vida da criança, seja simplesmente para o seu bem-estar. Como resumiu KERRY LOUDERBACK-WOOD, apontando diversas decisões neste sentido, “os tribunais norte-americanos têm acolhido a escolha de um adulto capaz em recusar transfusão de sangue por motivos religiosos, mas ordenarão a realização da transfusão de sangue para salvaguardar a vida ou o bem-estar de uma criança”⁵². De fato, os tribunais consideram que o interesse do Estado no bem-estar dos menores de idade predomina sobre a autoridade dos pais para acomodarem a conduta dos filhos às suas próprias convicções morais⁵³.

A jurisprudência adotada pelos tribunais norte-americanos ilustra bem o que aqui se aponta como uma tendência no tratamento conferido à questão também por outros países, como Canadá, Austrália, Itália e Alemanha. De fato, o que se nota nestes países é que a recusa à transfusão de sangue por motivos religiosos é considerada como uma conduta amparada pela liberdade religiosa,

51. Op. cit., pp. 907-908.

52. LOUDERBACK-WOOD, Kerry. *Jehovah's Witnesses, Blood Transfusions, and the Tort of Misrepresentation*. in: *Journal of Church and State*, pp. 783-784.

53. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., p. 911.

uma vez que resulta de uma decisão tomada a partir de uma consciência individual que deve ser respeitada pelo Estado. Nota-se também que, metodologicamente, este é apenas um ponto de partida para se alcançar a solução jurídica adequada, cabendo ainda verificar peculiaridades que se fazem presentes nos casos concretos, como o fato de o cidadão que recusa o tratamento ter ou não filhos, ou ser adulto incapaz ou encontrar-se momentaneamente incapacitado de manifestar sua vontade, ou ser uma criança ou um adolescente, etc. Todos estes são aspectos que devem ser levados em consideração na interpretação constitucional e que podem conduzir a resultados diversos. Nesse sentido, o que se tem verificado, *grosso modo*, é que a decisão pela recusa à transfusão de sangue só estaria amparada pela liberdade religiosa caso fosse tomada por um adulto, plenamente capaz e no gozo de suas faculdades mentais, e quando este fosse o próprio paciente. Nos demais casos, e justamente por envolver o bem jurídico *vida* – quando não a vida de outro (o filho ou o cônjuge) –, nota-se que a postura adotada pelos países citados, seja em sede jurisdicional, seja em sede legislativa, é no sentido de não permitir a recusa ao tratamento médico.

No Canadá e na Austrália, por exemplo, o entendimento de que deve prevalecer a vida do menor encontra-se inclusive positivado em diversas leis municipais (Canadá) e estaduais (Austrália)⁵⁴ Na Itália, onde a Constituição é expressa ao assegurar que “ninguém pode ser obrigado a receber determinado tratamento médico a não ser em virtude de lei” (art. 32, 2) e que “a lei não pode em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana” (idem), os tribunais têm assegurado a objeção à transfusão de sangue quando o paciente é adulto capaz e consciente, da mesma forma que tem vedado a recusa ao tratamento quando o paciente é menor ou adulto incapaz ou inconsciente – entendimento que encontra amplo apoio na doutrina⁵⁵.

54. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., pp. 925-929.

55. NAVARRO-VALLS, Rafael, TORRÓN, Javier Martínez; e JUSDADO, Miguel Angel. Op. Cit., p. 939. De acordo com os autores, “las transfusiones de sangre deben incluirse en la órbita distinta de la del artículo 5 del Código Civil, de modo que su imposición, en caso de un adulto consciente, sólo puede justificarse sobre la base de su libre consentimiento. Distinto es el supuesto de menores o incapacitados. En estos casos, la doctrina es concorde en afirmar que el equilibrio entre el derecho a la libertad religiosa y el bien de la vida de un menor debe resolverse a favor del segundo, siendo este último, en el contexto del sistema constitucional, el valor principal en cuanto no derivado, sino originario y fundamental”. Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, em trabalho dedicado ao tema, anotam que “a jurisprudência italiana sustenta, em sua maioria, que deve ser reconhecido o desejo expresso de paciente adulto que se recusa a receber transfusão de sangue, ainda que esse ato determine o falecimento da pessoa”. (SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade médica e objeção de consciência religiosa**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 21, p. 134). As autoras fazem referência aos seguintes julgados: “sentencias Del Juzgado de Roma, de 3 de abril de 1997; Del Tribunal de Messina, de 11 de Julio de 1995”

A diferença entre a abordagem conferida à questão no Brasil e nos países citados é bastante expressiva. No Brasil, o dilema, tal como apresentado, entre o direito à vida, de um lado, e a liberdade religiosa, de outro, resulta em um falso dilema, pois, colocadas as questões nestes termos, a solução é oferecida *a priori*, em favor da vida, e não *a posteriori*, como resultado de uma ponderação entre os bens e valores em jogo e da análise das peculiaridades do caso concreto. A pré-compreensão a respeito de “vida digna”, “consciência” e “religião” e a forma como estes conceitos são considerados revelam uma inadequação metodológica que compromete o resultado da busca por uma solução jurídica razoável. De fato, esta forma de tratar a questão – não por acaso muito distante do tratamento conferido pelos países citados acima –, ao colocar em lados opostos o direito à liberdade religiosa e o direito à vida, acaba por compreender o primeiro como a negação do segundo. É claro que, no caso concreto, a escolha pela não realização da transfusão de sangue por motivos religiosos implica ou ao menos pode implicar a morte do paciente, havendo necessariamente umnexo causal entre a opção religiosamente motivada e a morte do indivíduo. No entanto, não se pode ignorar que a opção espiritual neste caso passa por uma compreensão individual, autônoma e consciente de vida digna, aspectos que, se não decidem a questão, ao menos encontram amparo no regime constitucional e devem ser considerados na resolução do problema, conferindo à questão a complexidade que lhe é inerente.

Não há dúvida de que a vida é o bem jurídico de maior valor na ordem constitucional brasileira, dela dependendo o exercício de todos os demais direitos e liberdades. Contudo, não é menos verdade que uma Constituição fundada no pluralismo e garantidora do direito à autonomia individual e à liberdade de consciência e de crença oferece tutela a diferentes estilos de vida e concepções de vida digna. Cumpre recordar que um dos pontos mais peculiares das religiões em geral e que confere a estas uma autoridade singular refere-se justamente ao fato de que elas conferem a seus seguidores uma segurança e um conforto em uma existência futura, desde que atendidos certos preceitos religiosos. A proteção constitucional ao sentimento religioso implica, em certa medida, um compromisso necessário com a proteção a este aspecto.

Desse modo, na resolução dos casos envolvendo objeção religiosa à transfusão de sangue, não se pode equacionar os bens e valores em questão colocando em lados opostos o direito à liberdade religiosa e o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana. Deve-se assumir que a opção por não se submeter a um tratamento médico por razões religiosas resulta não de uma conduta religiosa simplesmente, amparada pela liberdade de crença, mas de uma decisão autônoma (amparada pelo direito à autodeterminação) e consciente (amparada pela liberdade de consciência) formulada a partir de conceitos de vida e dignidade de base religiosa (amparados, assim, pelo direito à vida e à dignidade, além é claro, da liberdade de crença e de conduta religiosa). Desse

modo, não cabe equiparar o suicídio com a decisão de um cidadão testemunha de Jeová em aceitar a morte ao não se submeter a uma transfusão de sangue. O próprio argumento utilizado pela doutrina para justificar a não-tipificação da tentativa de suicídio, a saber, a possibilidade de que “a pessoa que atentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de ideia”, deixa de fazer sentido quando aplicada ao caso em análise, pois não se trataria de uma decisão súbita e momentânea de atentar contra a própria vida, a demandar um tratamento psicológico, psiquiátrico ou algo similar.

Nos últimos anos, tem-se produzido, no país, uma doutrina mais inclinada a considerar estes outros bens e valores constitucionais inerentes à questão e a atribuir-lhes o devido valor. CARLOS EMMANUEL RAGAZZO, após haver observado que “no Brasil, a doutrina entende que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de vida” e que “a prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida”, reconhece que:

a melhor solução, no entanto, demandaria uma valorização maior da vontade do paciente. Caso se verifique que a sua manifestação é livre e voluntária, e sendo o indivíduo devidamente competente para tomar decisões médicas, não há razão para obrigá-lo a sofrer intervenção médica que julga descabida⁵⁶.

As autoras MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, em trabalho dedicado à responsabilidade médica em casos envolvendo objeção de consciência religiosa⁵⁷, também enfatizam que “resulta fundamental garantir que o respeito à autonomia do paciente deve ser estendido aos seus valores religiosos, que não podem ser desconsiderados ou minimizados pelo profissional da medicina”⁵⁸.

Defender que outros direitos e valores, além da liberdade religiosa, devem ser levados em conta, e também que esta deve ser interpretada à luz das peculiaridades que envolvem o fenômeno religioso (não sendo, portanto, exclusivas das Testemunhas de Jeová), não significa defender a prevalência da vontade do paciente em todo e qualquer caso. Trata-se apenas de reunir os direitos constitucionais em jogo, a fim de atribuir-lhes o valor adequado à luz das peculiaridades dos casos concretos.

Nesse sentido, assume-se aqui que a vontade de um paciente adulto, capaz e consciente, de não se submeter, por razões religiosas, a um tratamento médico

56. O autor prossegue: “Esse entendimento se torna ainda mais forte nas hipóteses em que a cirurgia apresenta riscos de lesão grave ou mesmo de morte por si própria ou em que o procedimento médico apenas adiará um resultado já certo” (op. cit., p. 115).

57. SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., pp. 121-139.

58. Op. cit., p. 131.

que envolva transfusão de sangue, deve ser respeitada, ainda que resulte na morte do próprio paciente. Garante-se, assim, a autonomia do cidadão, o seu direito à vida digna, conforme sua concepção religiosamente fundamentada, ainda que divergente da concepção majoritária a este respeito, o que deve ser esperado em uma sociedade que estabelece o pluralismo como um valor constitucional.

Nesta mesma linha, MARIA DE FÁTIMA e ANA CAROLINA BROCHADO entendem “ser possível a objeção à transfusão de sangue por parte de pessoas maiores e capazes, em razão do princípio da autonomia privada”, sendo, contudo, “imprescindível que a manifestação seja expressa e nunca presumida”⁵⁹. As autoras defendem que, quando se tratar de paciente maior, que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais, “há que se respeitar o princípio da autonomia privada”, pois “a vida do paciente, após a cirurgia, pode tornar-se inviável em razão da contrariedade sofrida e do desrespeito à sua opção, dentro dos parâmetros axiológicos que eleger para si”⁶⁰. JOÃO BAPTISTA VILLELA chega a afirmar que vetar a possibilidade de escolha da pessoa seria o mesmo que “retirar-lhe o poder de exercer a soberania sobre o próprio destino, ao fazer da liberdade o uso que lhe dita a consciência”. De acordo com o autor,

a Constituição da República assegura expressamente a liberdade religiosa. E, acertadamente, não condiciona o seu exercício ao juízo de aprovação ou indulgência por parte de terceiros. Ter uma convicção religiosa como esclarecida ou obscurantista pode interessar a cada um para seu foro interno. Do ponto-de-vista do respeito que se deve à prática do credo, não tem qualquer relevância. É só na colisão com outros direitos, entre os quais não se inclui a opinião alheia, que a liberdade religiosa pode experimentar limitação. Ora, nada há de contrário à ordem constitucional brasileira em que alguém prefira a morte ao tratamento por transfusão de sangue. Médicos e juízes que o impõem contra a vontade do paciente estão-se declarando incapazes de perceber pautas de valores em que a preservação da vida não constitui o bem supremo.⁶¹

59. Prosseguem as autoras (op. cit., p. 131): “o documento de identidade religiosa representa uma forma expressa de manifestação de vontade e merece ser respeitado. Opinião distinta tem Julio César Galán Cortés, que defende a tese de que tal documento representa apenas indicio de negativa: ‘en todo caso, la oposición a la transfusión sanguínea por parte de personas mayores de edad y en plenas condiciones mentales debe ser actualizada y no presumirse automáticamente su voluntad, aun cuando sean portadores de tarjetas identificativas de su identidad religiosa, lo que constituye un indicio de su negativa, pues el sujeto puede cambiar su voluntad en cualquier momento, y más cuando se halle en juego su vida’. (CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 241)”.

60. Op. cit., p. 132.

61. VILLELA, João Baptista. *O novo Código Civil Brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico*. Estratto da Roma e América. Diritto Romano Comune. Roma: Mucchi Editore, 16/2003, pp. 62-63. apud. SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., pp. 132-133.

Por outro lado, é importante ressaltar que a prevalência da vontade do paciente, quando esta resulta ou pode resultar em sua própria morte, é necessariamente dependente da verificação das condições que permitem assegurar o caráter consciente e autônomo desta decisão. A recusa ao tratamento de transfusão de sangue, portanto, não deverá prevalecer quando o paciente for menor ou incapaz ou não estiver no gozo de suas faculdades mentais. Pode-se ainda cogitar, recorrendo ao exemplo norte-americano, da hipótese de não se reconhecer como legítima a recusa quando da existência de filhos dependentes que seriam deixados pelo enfermo, caso a recusa a tratamento médico levasse à sua morte.

MARIA DE FÁTIMA e ANA CAROLINA BROCHADO entendem que, quando o paciente for maior, mas estiver inconsciente, deve-se verificar se “há prova acerca da crença adotada pelo paciente, seja através de documento de identificação religioso, seja através de declaração firmada pela pessoa, registrada em cartório, ou declaração que tenha a assinatura de duas testemunhas, onde rechaça qualquer tratamento que tenha por finalidade a transfusão sanguínea”. Neste caso, prosseguem as autoras, “não vemos outra alternativa senão privilegiar sua vontade”. No entanto, caso não haja provas neste sentido, entendem que “o ato deve ser praticado”⁶². De fato, tratando-se de paciente maior e capaz, mas inconsciente, deve-se ao máximo buscar identificar a sua vontade se este se encontrasse no gozo de suas faculdades mentais (doutrina do *substituted judgment*), em respeito “à individualidade e à dignidade de uma pessoa que, enquanto era capaz, havia expressado suas inequívocas, profundamente sentidas e inclusive sagradas preferências, mas que no momento não tem capacidade para decidir” (como frisou a Corte de Apelação do Distrito de Columbia, caso *In re Boyd*). É interessante registrar que a legislação editada na Colômbia a respeito do tema seguiu exatamente esta mesma linha de equilíbrio de valores, ao dispor que

cuando un receptor, en uso normal de sus facultades mentales, y en forma libre y consciente, decide no aceptar la transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetarse su decisión, siempre y cuando ésta obre expresamente por escrito, después que el médico tratante le haya advertido sobre los riesgos existentes. Cuando la decisión del paciente a este respecto haya sido tomada con atencipación y para que tenga efectos en la eventualidad en que se requiera la transfusión, el médico deberá respetarla si consta en documnto escrito autenticado notorialmente o suscrito ante los testigos. En todo caso los riesgos existentes deberán ser advertidos.⁶³

62. Op. cit., p. 133.

63. Art. 50 do Decreto n° 1.571, de 1993 (citado por SÁ, Maria de Fátima Freire de. e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., pp. 133-134).

Os casos que envolvem menores não parecem encontrar maiores polêmicas, devendo-se impor o tratamento ainda que contra a vontade dos pais. É que neste caso não há propriamente uma decisão autônoma, madura e consciente tomada pelo paciente a ser respeitada, nem a vontade dos pais poderia substituí-la, por conta das conseqüências decorrentes da recusa ao tratamento médico. Ademais, como recordam MARIA DE FÁTIMA e ANA CAROLINA BROCHADO, “não se sabe se, no futuro, os filhos seguirão a religião na qual foram criados”, cabendo assim ao médico “realizar os procedimentos que o caso requeira, com ampla liberdade e independência”⁶⁴.

4. Conclusão

O presente trabalho pretendeu, a partir de uma análise crítica sobre o posicionamento assumido no Brasil a respeito do tema, demonstrar a inadequação da interpretação jurídica segundo a qual não é legítima a objeção a tratamento médico, ainda que religiosamente motivada, quando há risco de morte do paciente. De acordo com o entendimento hegemônico, existe uma concepção de vida digna que deve impor-se à concepção adotada pelo paciente, ainda que esta seja fruto de uma decisão consciente e religiosamente motivada, razão pela qual se pode afirmar que este é um posicionamento assumido *a priori*, ainda que, via de regra, se apresente como fruto de uma ponderação de bens e valores... Este entendimento, no entanto, ignora justamente um dos bens em questão: a crença religiosa, e todas as peculiaridades a ela relacionadas, o que torna sua posição mais fácil e simples, mas não mais correta ou sequer adequada. Esta, aliás, é a principal diferença entre a posição assumida no Brasil e aquela adotada nos países citados acima, que podem eventualmente até chegar ao mesmo resultado, mas seguramente por caminhos distintos, eis que reconhecem na liberdade de crença um direito à autodeterminação existencial e ética dos indivíduos e que deve ser respeitado pelo Estado.

A interpretação aqui proposta assume que a Constituição protege este direito à autodeterminação existencial e ética dos cidadãos, o que, associado ao princípio democrático do pluralismo, implica a aceitação de compreensões diversas de vida digna, merecedoras de igual proteção constitucional. Assumir esta premissa é devolver ao problema a dificuldade que faz dele o que ele é – por definição.

Propõe-se aqui, pelas razões expostas no trabalho, que a vontade do paciente, desde que adulto, capaz e consciente, em recusar, por razões religiosas, tratamento médico, ainda que sob risco de morte, está amparada pela ordem

64. Op. cit., p. 135.

constitucional brasileira e deve ser, a princípio, respeitada, cabendo ao intérprete verificar alguma peculiaridade do caso concreto (filhos que ficaram órfãos, por exemplo) que conferisse outro peso à decisão do paciente.

A leitura aqui proposta – que reproduz, em resumo, as ideias defendidas em minha tese de doutorado (aprovada com nota máxima, e com louvor e distinção, em dezembro de 2008) – já alcançou, pode-se dizer, resultados concretos, revelando assim a importância do diálogo necessário entre a pesquisa acadêmica e a realidade jurídica. O entendimento adotado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em abril de 2010, de que se deve considerar constitucional a recusa, por parte dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová, a tratamento médico que envolva transfusão de sangue, teve início a partir de um parecer emitido, em dezembro de 2009, pelo Procurador do Estado e Professor (e recente amigo) GUSTAVO BINENBOJM, que um ano antes havia me honrado como um dos membros da Banca de Doutorado perante a qual defendi a minha tese. O parecer segue a orientação defendida na tese e reproduzida neste artigo, com todas as condições ali estabelecidas (e aqui reiteradas) para o exercício do legítimo direito à recusa ao tratamento, fazendo apenas a ressalva de não ter enfrentado “a questão da recusa à transfusão manifestada por menores de dezoito anos, uma vez que tal situação não foi objeto da consulta”⁶⁵. O referido parecer foi posteriormente endossado pelo Professor (e também Procurador do Estado) LUÍS ROBERTO BARROSO⁶⁶, e, afinal, aprovado pela Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

65. O autor deixou, no entanto, consignada a sua posição, que, neste particular, diverge do entendimento que defendi na tese. Em suas palavras: “no que se refere à recusa da transfusão, entendo que eventual manifestação de vontade do menor deverá sempre ser submetida ao Poder Judiciário, que deverá proceder à aferição de sua maturidade para a tomada da decisão. Em nenhuma hipótese, no entanto, poderá a família tomar decisão que importe risco de morte do menor de idade, diante do caráter personalíssimo dos bens jurídicos envolvidos. Em outros termos: caso o juiz entenda pela capacidade de escolha do menor, sua vontade prevalecerá; do contrário, deverá ordenar que se realize o tratamento médico imprescindível à preservação da vida e da saúde do menor”. (Parecer gentilmente oferecido pelo autor) Insisto, contudo, que, em razão do bem jurídico envolvido – a saber, a vida – não deve ser considerada, nem pelo juiz, nem pelos familiares, a vontade do paciente quando este for menor de idade. O Estado respeita igualmente todas as crenças, sem entrar no seu mérito, mas não ignora totalmente as suas conseqüências. A regra objetiva da idade, que traduz o tempo de experiência de vida, não pode, neste caso específico, ser superada pelo valor (“maturidade”) que a sustenta. O tempo de vida é, neste caso, um fator fundamental, que, pelas conseqüências assumidas, deve ser considerado integralmente até os limites definidos por lei, sem margem para interpretações que o abreviem, assegurando-se, assim, ao máximo previsto na ordem legal o período para a formação da personalidade e a conseqüente responsabilidade por suas escolhas.

66. O parecer do professor Luis Roberto Barroso foi solicitado pela Procuradora Geral em razão de um impasse gerado pela apresentação de um parecer em sentido contrário ao primeiro.

A posição assumida pela prestigiosa Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, reforçando a interpretação aqui proposta, representa um significativo (e até ousado) movimento para uma mudança na compreensão da liberdade religiosa no Brasil, reconhecendo neste direito a importância e a complexidade que lhe são inerentes.