

diante de pessoas, maiores ou menores de idade, seguidoras da religião Testemunhas de Jeová e por isso recusam tratamento médico que envolva transfusão de sangue (ou de seus derivados), devem procurar atender à manifestação de crença e religião dos pacientes, empreendo, para tanto, todos os esforços e conhecimentos técnicos, salientando, porém, que se não houver alternativa para salvar a vida humana, deve a transfusão de sangue ser realizada, ainda que contra o consentimento do doente, expressado de forma verbal e/ou por escrito.

Penso que cabe ao paciente, Testemunha de Jeová, caso entenda por bem fazer valer a sua crença religiosa frente ao direito fundamental à vida, cujo dever de proteção compete primeiramente ao Estado, buscar decisão judicial que ampare a sua autonomia da vontade.

Sugiro, por fim, sejam todos os médicos e responsáveis pelas unidades de saúde do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria Estadual de Saúde e da PG-11, informados da orientação jurídica a ser traçada pela Procuradoria-Geral do Estado.

De igual modo, sugiro sejam encaminhadas cópias da orientação jurídica a ser traçada pela Procuradoria-Geral do Estado ao Ministério Público, à Defensoria Pública, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao Conselho Federal de Medicina e ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro.

É como me parece a questão, salvo melhor juízo.

Submeto, porém, o caso à deliberação superior da Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2010.

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE RELIGIOSA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS³⁹

Ementa: 1. A liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicas do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade. 2. A recusa em se submeter a procedimento médico, por motivo de crença religiosa, configura manifestação da autonomia do paciente, derivada da dignidade da pessoa humana. 3. A gravidade da recusa de tratamento, sobretudo quando presente o risco de morte ou de grave lesão, exige que o consentimento seja genuíno, o que significa dizer: válido, inequívoco, livre e informado.

I. A Hipótese

Parte I *Fundamentos teóricos*

- I. Do paternalismo médico à autonomia do paciente
- II. A dignidade da pessoa humana e suas possibilidades de sentido
 - 1. Generalidades
 - 2. A dignidade humana como autonomia
 - 3. A dignidade humana como heteronomia
- III. O exercício de direitos fundamentais: restrições legítimas e possibilidades de disposição
 - 1. A preferência relativa da dignidade como autonomia na Constituição brasileira
 - 2. A questão da indisponibilidade dos direitos fundamentais
- IV. Os elementos em aparente conflito: valor da vida humana e liberdade de religião
 - 1. A vida como direito fundamental e como valor objetivo
 - 2. A liberdade religiosa

Parte II *Aplicação dos fundamentos teóricos à hipótese examinada*

- V. Legitimidade da recusa de tratamento médico por fundamento religioso
- VI. Condições para o exercício válido da autonomia
- VII. Interpretação adequada dos enunciados legais e ético-profissionais pertinentes
 - 1. Código Civil
 - 2. Código Penal
 - 3. O novo Código de Ética Médica

Conclusão

³⁹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de pesquisadores do Instituto Ideias, notadamente o doutorando Eduardo Mendonça e o mestrando Thiago Magalhães Pires. Agradeço a ambos pela contribuição valiosa. Sou grato, igualmente, à Professora Ana Paula de Barcellos, pela leitura atenta e sugestões importantes. O texto se beneficia, muito intensamente, de minha interlocução com Letícia de Campos Velho Martel, de quem fui orientador de doutorado, bem como da pesquisa e das ideias materializadas em sua tese *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, defendida no âmbito do Programa de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e aprovada com nota máxima.

I. A hipótese

1. Trata-se de consulta formulada pela Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares, acerca da atitude a ser tomada pelos médicos do Estado em face da recusa de determinados pacientes, testemunhas de Jeová, a receber transfusão de sangue e hemoderivados, por fundamentos religiosos. Ao que notícia o processo administrativo respectivo, o problema tem se repetido com frequência no Hospital Universitário Pedro Ernesto (HUPE), motivando o encaminhamento da matéria a esta Procuradoria por parte do Diretor Jurídico da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Professor Maurício Mota, com pedido de elaboração de parecer normativo.

2. Distribuído o processo à Procuradoria de Serviços Públicos, foi oferecido parecer pelo Procurador Gustavo Binenbojm, que se manifestou favoravelmente ao direito de recusa de tratamento⁴⁰. Submetido à aprovação superior, o parecer recebeu visto divergente do Procurador-Chefe, Flávio de Araújo Willeman, que não reconheceu o direito de recusa de transfusão de sangue por parte de pacientes testemunhas de Jeová⁴¹. A divergência de opiniões apenas confirma a complexidade do tema, que suscita debates jurídicos, morais e religiosos em diferentes partes do mundo.

⁴⁰ Após anotar que o paradigma do *paternalismo médico* vem sendo substituído pela *autonomia do paciente*, destacou o parecerista, em síntese, que: (i) o item nº 2 da Resolução CFM nº 1.021/80 deve ser visto como “expressão atávica do paternalismo ou beneficência médica”, na medida em que deixa de respeitar a vontade do paciente quando há risco de morte; (ii) a objeção de consciência das testemunhas de Jeová corresponde ao exercício da autonomia privada do indivíduo, materializada nos direitos fundamentais à privacidade – autodeterminação no plano das escolhas privadas –, ao próprio corpo e à liberdade religiosa; (iii) não cabe ao médico substituir-se a um paciente maior, capaz e informado para reavaliar sua escolha existencial; (iv) o direito à diferença exige do Estado que tolere e proteja posições jurídicas, ainda que consideradas exóticas pelos demais; (v) a decisão do paciente, que se recusa a receber tratamento, é autoexecutória em relação ao médico, na medida em que se funda diretamente nos direitos fundamentais envolvidos, de modo que não se exige a judicialização do tema; e, a despeito de a consulta não abranger o ponto, (vi) no caso de a recusa dizer respeito à saúde de menor de idade, sua manifestação de vontade poderia ser submetida ao Poder Judiciário, a fim de se aferir sua maturidade para tomar essa decisão.

⁴¹ Segundo o Procurador-Chefe, não seria aceitável que alguém, “sob o fundamento de professar crença religiosa, dentro de um hospital (público ou privado) [possa] impedir o médico de cumprir com sua histórica missão de salvar vidas” (p. 6). Sustenta, em suma, que: (i) a legislação pertinente não faculta às pessoas a disposição da própria vida por razões de ordem religiosa; (ii) as diretivas éticas dos Conselhos de Medicina obrigam os médicos a proceder ao tratamento necessário para salvar a vida do paciente, sem o seu consentimento ou a despeito da sua recusa; (iii) o Código Civil de 2002, “em franca interpretação autêntica da CRFB/88” (p.14), determina a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, bem como a indisponibilidade do corpo humano; (iv) “o direito fundamental à vida humana deve ser considerado um *direito universal* quase que absoluto, não podendo ser *relativizado e/ou flexibilizado* para atender a culturas regionais, religiosas e/ou fundamentalistas” (p. 20; destacado no original); (v) o valor da dignidade humana engloba a possibilidade de o ser humano responder pelas suas decisões existenciais, mas “essa concepção não pode ser levada ao extremo, sobretudo em um país como o Brasil, dotado de quantidade imensa de seitas e religiões” (p. 23); (vi) a liberdade religiosa não pode impedir o Estado de “agir em defesa da vida humana ao ter ciência de que pessoas estão colocando em risco as próprias vidas – por fundamento religioso – e podem vir a atingir a esfera jurídica de terceiros”, já que os médicos poderiam estar sujeitos a sanções administrativas, civis e criminais (p. 25; destacado no original); (vii) a liberdade religiosa deve ser exercida de modo razoável e proporcional, e “a opção do Testemunha de Jeová viola (...) o *princípio da razoabilidade* (...)”, na medida em que sacrifica o seu direito à vida (p. 29; destacado no original); (viii) “a paciente, ao se dirigir ao hospital, optou pela salvação de sua vida, cabendo, portanto, o método e o tratamento final ao médico” (p. 33).

3. O presente estudo será desenvolvido na conformidade do roteiro apresentado no início. Na primeira parte, dedicada aos fundamentos teóricos relevantes para o deslinde da questão, analisa-se a mudança de paradigma na ética médica e exploram-se os sentidos possíveis da ideia de dignidade da pessoa humana, bem como o conteúdo dos dois principais direitos fundamentais que concorrem na hipótese: o direito à vida e a liberdade religiosa. Na segunda parte, faz-se a aplicação das categorias teóricas à situação específica em exame, para concluir que a dignidade da pessoa humana, na sua dimensão de autonomia privada do indivíduo, confere legitimidade à decisão de recusa de tratamento médico por fundamento religioso. Impõem-se, todavia, algumas condições para que a manifestação de vontade nesse sentido possa ser considerada como um consentimento genuíno.

4. A seguir, as razões de meu convencimento.

Parte I Fundamentos teóricos

I. Do paternalismo médico à autonomia do paciente

5. Até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes seguiam o que se convencionou chamar de *ética hipocrática*⁴². Fundada no princípio da *beneficência*, ela determinava ao médico que assumisse a postura de “protetor do paciente”, justificando-se qualquer medida destinada a restaurar sua saúde ou prolongar sua vida. Esse paradigma, conhecido como *paternalismo médico*, legitimava a intervenção do profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa⁴³. O fim da Segunda Guerra Mundial assinala o começo da superação do paradigma do paternalismo. O marco desse movimento foi o Código de Nuremberg⁴⁴, de 1947, destinado a regular as pesquisas com seres humanos. Fundado

⁴² Referência ao “Juramento de Hipócrates”, declaração solene tradicionalmente feita pelos formandos em medicina, na qual se comprometem a usar a medicina “para o bem do doente (...), nunca para causar dano ou mal a alguém”. V. http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates.

⁴³ Heloisa Helena Barboza, A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 2:7, 2004: “Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação, apropriadamente denominada paternalista, atribui ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente. Similar à relação dos pais para com os filhos, foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta”. V., tb., José Luiz Telles de Almeida, *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido*, tese de doutoramento apresentada à Fiocruz, mimeografado, 1999, p. 18 e 75; Carmela Salsamendi de Carvalho, Respeito às diferenças (às crenças religiosas): a autonomia do paciente e a oposição dos seguidores da religião “Testemunhas de Jeová” quanto à transfusão sanguínea, *Direitos Fundamentais e Democracia* 6:7, 2009; Jeovanna Vianna Alves, *Ensaio Clínico* 8:16, 2003 *apud* Lydia Neves Bastos Telles Nunes, O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana, *Revista Trimestral de Direito Civil* 29:101, 2007.

⁴⁴ O termo “Código de Nuremberg” identifica uma parte da sentença do chamado *Julgamento dos médicos (Doctor’s Trial)*, oficialmente conhecido como *United States of America v. Karl Brandt, et al.* Tratou-se de um julgamento por crimes de guerra, realizado por um tribunal militar dos EUA na Alemanha ocupada. Os crimes eram relacionados à experimentação humana durante o regime nazista e vinte dos vinte e três réus eram médicos. V. U.S. National Archives, *Records of the United States Nuernberg War Crimes Tribunal: United States of America v. Karl Brandt, et al (Case I) November 21, 1946 – August 20, 1947, 1974*. Disponível em: <<http://www.archives.gov/research/captured-german-records/microfilm/m887.pdf>>. Acesso em: 09.fev.2010. Sobre o caso, v. tb. George

no princípio da *autodeterminação da pessoa*⁴⁵, o Código estabeleceu o *consentimento informado* como requisito para a validade ética das experiências médicas⁴⁵. Essas diretrizes foram posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki, editada pela Associação Médica Mundial (AMM) em 1964⁴⁷. O modelo estendeu-se, igualmente, às relações médico-paciente.

6. A partir daí, verificou-se uma profunda alteração nos paradigmas da ética médica: o paternalismo e a beneficência deram lugar à *autonomia do paciente* como fundamento da bioética⁴⁸. Nesse ambiente, o paciente deixa de ser um objeto da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais. Tais transformações são impulsionadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que assegura a todas as pessoas o direito de realizar autonomamente suas escolhas existenciais. Daí resulta, como consequência natural, que cabe ao paciente anuir ou não com determinado exame ou tratamento; o médico não pode substituir-se a ele para tomar essa decisão ou impor qualquer espécie de procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos⁴⁹. Antes mesmo do Código de Nuremberg, essa orientação já vinha encontrando acolhida em algumas partes do mundo⁵⁰. Vale notar, no entanto, que essa nova perspectiva não

G. Annas e Michael A. Grodin, *The Nazi doctors and the Nuremberg Code: human rights in human experimentation*, 1995, p. 61 e ss..

⁴⁵ Sobre o Código de Nuremberg, Dirce Guilhem e Debora Diniz apontam que os inúmeros experimentos nazistas e “sua ampla divulgação mundial após a Segunda Guerra levaram à elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas. O objetivo era garantir que princípios dos direitos humanos – em particular a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – seriam o ponto de partida de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas. Foi nesse marco da gênese da cultura dos direitos humanos que, em 1947, se elaborou o Código de Nuremberg” (Dirce Guilhem, Debora Diniz, *O que é ética em pesquisa*, 2008, p. 19). V. tb. Ezekiel J. Emanuel, David Wendler, Christine Grady, What makes clinical research ethical? *JAMA: the Journal of the American Medical Association* 20:2702, 2008: “(...) the Nuremberg Code was part of the judicial decision condemning the atrocities of the Nazi physicians and so focused on the need for consent and a favorable risk-benefit ratio (...)”.

⁴⁶ Evelyn Shuster, Fifty years later: The significance of the Nuremberg Code, *The New England Journal of Medicine* 20:1439, vol. 337, 1997.

⁴⁷ Debora Diniz e Marilena Corrêa, Declaração de Helsinki: relativismo e vulnerabilidade, *Cadernos de Saúde Pública* 3:681-2, 2001.

⁴⁸ Lydia Neves Bastos Telles Nunes, O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana, *Revista Trimestral de Direito Civil* 29:99-100, 2007.

⁴⁹ Claus Roxin, *A proteção da vida humana através do direito penal*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/C_170707-2.pdf>. Acesso em: 11.fev.2010: “Se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento”. No mesmo sentido, v. Carmela Salsamendi de Carvalho, Respeito às diferenças (às crenças religiosas): a autonomia do paciente e a oposição dos seguidores da religião “Testemunhas de Jeová” quanto à transfusão sanguínea, *Direitos Fundamentais e Democracia* 6:9, 2009: “o consentimento livre e esclarecido do paciente ou o seu eventual dissentimento a uma terapia médica resulta do seu direito de autodeterminação, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica”.

⁵⁰ Nesse sentido foi a decisão da Suprema Corte de Nova York no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, de 1914. Considerado um marco da doutrina da autonomia do paciente, esse caso envolvia um pedido de indenização em face de médico que, sem o consentimento da paciente, procedeu a uma cirurgia de retirada de um tumor abdominal. O pedido foi julgado procedente sob o fundamento não apenas da integridade física do paciente, mas também de seu direito à autodeterminação. Para Manuel Durán, “a decisão do Tribunal de Apelação de Nova York no caso *Schloendorff* (1914) marca do começo da doutrina segundo a qual a mera intervenção de um médico

inverte a equação para sujeitar o médico ao paciente: também o profissional pode se recusar a realizar um procedimento ou a acompanhar um paciente que se recuse a receber tratamento. Dessa forma, preserva-se também o direito do médico de se pautar pelos seus padrões éticos em matéria de cuidado à saúde⁵¹.

7. A autonomia, porém, não será real se o consentimento não for genuíno, fruto de uma vontade livre e informada. Isso será tão mais relevante quanto mais graves os efeitos da decisão, como é o caso de recusa de tratamento, com risco de morte. O tema não é desconhecido do direito positivo brasileiro, que o tem disciplinado em questões envolvendo pesquisas clínicas⁵², assim como em relação aos usuários do sistema em geral. De fato, em 2006, foi aprovada, pelo Ministério da Saúde, a *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde* (Portaria nº 675/2006), que disciplina o consentimento ou recusa de procedimentos⁵³, bem como o dever do paciente de assumir a responsabilidade pela decisão tomada⁵⁴.

8. Em suma: o paradigma paternalista deu lugar à autonomia do paciente, nas suas relações com o médico. Ao profissional não se reconhece mais autoridade para impor determinada terapia ou para se substituir ao indivíduo nas decisões essenciais a respeito de sua integridade física e moral. A manifestação de vontade do paciente, no entanto, sobretudo quando importa recusa de tratamento, deve estar cercada de um conjunto de cautelas e exigências.

sem o consentimento do paciente supõe uma agressão (*assault*), pela qual se pode reclamar legalmente danos (...)” (Manuel Carrasco Durán, Aborto, eutanásia, recusa a tratamento médico e reprodução assistida: Interpretação constitucional e biodireito, *Jurisprudência Catarinense* 114:34, 2007). Nos termos da decisão: “Todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito de determinar o que será feito com seu próprio corpo; e o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do seu paciente comete uma lesão (*assault*), por cujos danos pode ser responsabilizado” (*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914); tradução livre).

⁵¹ R. Chua e K. F. Tham, Will no blood kill Jehovah's Witnesses?, *Singapore Medical Journal* 47(11):999, 2006: R. Chua e K. F. Tham, Will no blood kill Jehovah's Witnesses?, *Singapore Medical Journal* 47(11):999, 2006. Disponível em: <<http://www.sma.org.sg/smj/4711/4711me2.pdf>>. Acesso em: 12.fev.2010: “(...) é também direito dos médicos não se envolver em algo que considerem como comprometedor dos padrões de cuidado em saúde sem sangue. (...) Se os médicos sentem, por fim, que a recusa à transfusão de sangue vai fazer o procedimento mais difícil, e não querem assumir qualquer risco de um procedimento sem transfusão de sangue depois de pesar os benefícios do procedimento de cura da condição do paciente, eles não devem ser obrigados a realizar o procedimento contra sua consciência e devem ter o direito à objeção de consciência (da mesma forma que outros procedimentos médicos eticamente controvertidos, como a interrupção da gravidez e o tratamento de fertilidade)” (tradução livre).

⁵² V. Resolução CNS nº 196/96, item II.11: “Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”.

⁵³ V. Portaria nº 675/2006, Quarto princípio: “O respeito à cidadania no Sistema de Saúde deve ainda observar os seguintes direitos: (...) V - consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública; VI - o consentimento ou a recusa dados anteriormente poderão ser revogados a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou legais”.

⁵⁴ V. Portaria nº 675/2006, Quinto princípio: “Todo cidadão deve se comprometer a: (...) V - assumir responsabilidades pela recusa a procedimentos ou tratamentos recomendados e pela inobservância das orientações fornecidas pela equipe de saúde”.

II. A dignidade da pessoa humana e suas possibilidades de sentido⁵⁵

1. Generalidades

9. A dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais⁵⁶. Na Constituição brasileira, a dignidade da pessoa humana vem inscrita como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III)⁵⁷. Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica⁵⁸, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

10. Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano⁵⁹. A vida de qualquer ser humano tem um valor intrínseco. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela⁶⁰. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

11. De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integram o conteúdo da dignidade

a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno⁶¹, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial⁶². Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública⁶³.

12. Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia⁶⁴.

2. A dignidade humana como autonomia

13. A *dignidade como autonomia* é a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX⁶⁵, bem como a inúmeras constituições do segundo pós-guerra. Essa é a perspectiva que serve de fundamento para os direitos fundamentais, dando origem a uma esfera inviolável de proteção à pessoa. A relevância da ideia de autonomia moral para o presente trabalho é intuitiva, uma vez que se cuida de investigar a legitimidade de uma escolha pessoal, baseada em argumento religioso, cujas consequências são potencialmente fatais. Dentre os muitos aspectos envolvidos na noção de autonomia, dois deles, mutuamente implicados, apresentam especial interesse na hipótese. O primeiro é a capacidade de autodeterminação, que constitui o próprio núcleo da autonomia. O segundo é a exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação, de modo a evitar que ela se converta em mero

⁵⁵ Muitas das ideias desse tópico foram colhidas em Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: Tânia da Silva Pereira, Rachel Aisengart Menezes e Heloisa Helena Barboza, *Vida, morte e dignidade humana*, 2010, p. 175-212.

⁵⁶ Para uma revisão profunda do tema, inclusive quanto a documentos anteriores à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, v. Christopher McCrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law*, vol.19, nº 4, 2008, p. 664-71. O autor nota que, em documentos mais atuais, não apenas a expressão 'dignidade humana' passou a figurar nos preâmbulos dos documentos internacionais de Direitos Humanos, como também foi introduzida na parte substantiva dos textos.

⁵⁷ CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)".

⁵⁸ Nesse sentido, reconhecendo que o conceito de dignidade apresenta diferentes "dimensões" e "elementos", v. Ingo Wolfgang Sarlet. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2005, p.13-43. Na mesma linha, v. Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2003, p.105-147.

⁵⁹ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 68 e s..

⁶⁰ Sobre essas duas "dimensões" ou "princípios" da dignidade – valor intrínseco da vida humana e responsabilidade pessoal –, v. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?*, 2006, p. 9 e s..

⁶¹ Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?*, 2006, p. xii.

⁶² A respeito do aspecto material da dignidade humana e seu elo com o mínimo existencial, v. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, 2009; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008; John Rawls, *Uma teoria da justiça*, 1997.

⁶³ Seria possível estender e aprofundar o debate, a fim de fazer a ligação entre dignidade e direitos de nova geração, como os de natureza ambiental e o direito à paz. Mas o desvio seria excessivamente longo para os fins desse trabalho.

⁶⁴ Sobre autonomia e heteronomia, v. Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2004, p. 75.

⁶⁵ Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*. 2004, p. 10.

formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo. Convém desenvolver cada um deles.

14. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.

15. O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial*, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidade, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. Além de permitir o exercício efetivo da prerrogativa de escolher, as condições da autonomia servem para evitar que decisões com grave repercussão para o indivíduo sejam tomadas de forma caprichosa ou simplesmente desinformada. Ainda quando a vontade pessoal deva prevalecer, é razoável que a coletividade imponha certos requisitos em defesa do valor objetivo da pessoa.

16. A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impacto não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Surge, então, a noção de dignidade como heteronomia.

3. A dignidade humana como heteronomia

17. A *dignidade como heteronomia* traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais⁶⁶. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público e moralidade. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de dignidade como heteronomia funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia⁶⁷.

⁶⁶ Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 29.

⁶⁷ V. Oscar Vieira Vilhena, *Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF*, 2006, p. 67.

18. Disso se extrai que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da dignidade como heteronomia. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões⁶⁸. São também consideradas paradigmáticas para a ideia de dignidade como heteronomia as decisões que consideram ilícitas relações sexuais sadomasoquistas consentidas. Tanto no Reino Unido⁶⁹ quanto na Bélgica⁷⁰, prevaleceu o ponto de vista de que o consentimento não poderia funcionar como defesa em situações de violência física. Outro caso típico de consideração da dignidade como heteronomia refere-se aos chamados *peep shows*, em que uma pessoa submete-se, como objeto, à vontade de outra⁷¹.

19. Entretanto, assim como a dignidade como autonomia, a “dignidade como heteronomia” também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas⁷², moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos

⁶⁸ O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain*, atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito por excesso de poder. O Conselho de Estado, todavia, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu a proibição, afirmando que a liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não poderiam se sobrepor à dignidade da pessoa humana. V. Long, Wil, Braibant, Devolvé, Genevois, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1996, p. 790 e s.. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado pelo Ministro Joaquim Barbosa, O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa, *Seleções Jurídicas ADV 12:17*, 1996. Ainda sobre o tema, v. Alexandre dos Santos Cunha, *A normatividade da pessoa humana – O estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*, p. 249. Convém reportar que já houve registro do arremesso de anão também em Portugal e nos Estados Unidos. Nesse sentido, v. Arthur Kuflik, *The inalienability of autonomy, Philosophy and public affairs*, vol 13, n° 4 (autumn, 1984), p. 271-298; e José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2004, p. 333.

⁶⁹ House of Lords, *R. v. Brown*. [1993] All ER 75. Disponível em: <<http://www.parliament.stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm>> Acesso em: dez. 2008.

⁷⁰ CEDH, *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*. (Requêtes n°s 42758/98 et 45558/99), 2005.

⁷¹ O Tribunal Federal Administrativo alemão considerou atentatória à dignidade humana a realização desse tipo de apresentação. V. Dierk Ullrich, *Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*, *Global Jurist Frontiers*, vol.3, n° 1, 2003, p. 83.

⁷² O *paternalismo jurídico* é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) o *moralismo jurídico*: a.1) *em sentido estrito*: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) *em sentido amplo*: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o *princípio do benefício aos demais*: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o *perfeccionismo*: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o *moralismo jurídico paternalista*: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo moralmente melhor’. V. Joel Feinberg, *Legal paternalism*. In: Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1987, p. 3-18; Gerald Dworkin,

direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução *dignidade humana*; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política. Em razão disso – das insuficiências de cada uma das dimensões da dignidade isoladamente – é preciso delinear a convivência entre essas perspectivas da dignidade, de modo a assegurar e promover, na maior intensidade possível, os direitos fundamentais.

20. Relacionados os principais conteúdos da expressão dignidade humana, passa-se a discorrer sobre a coexistência dessas duas perspectivas no exercício dos direitos fundamentais.

III. O exercício de direitos fundamentais: restrições legítimas e possibilidade de disposição pelo titular

1. A preferência relativa da dignidade como autonomia na Constituição brasileira

21. Como se acaba de descrever, as perspectivas autônoma e heterônoma da dignidade humana parecem apontar em direções opostas. A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interferem com direitos de terceiros⁷³. Embora essas duas perspectivas frequentemente se contraponham, há também uma certa complementaridade, na medida em que a formação da personalidade individual é afetada por percepções sociais.

22. Trazendo o debate para o âmbito do sistema jurídico brasileiro, não parece possível adotar, de forma excludente, um ou outro viés da dignidade humana. No entanto, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil⁷⁴. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias

Paternalism: some second thoughts. In: Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1987, p.105-12; Joel Feinberg, *Harm to others – The moral limits of the criminal law*, vol. I, 1986; Macário Garcia Alemany, *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Alicante, 2005, pp. 160-161. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0> Acesso em: set./2007; Dan Brock, *Paternalism and promoting the good*. In: Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, 1987, pp. 237-260; Manuel Atienza, *Discutamos sobre paternalismo*, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, p. 203; Ronald Dworkin, *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*, 2005 (especialmente os capítulos 5 e 6); e Ernesto Garzón Valdés, ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 5, 1988.

⁷³ Nesse sentido, v. Christopher McCrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, *The European Journal of International Law*, vol.19, nº 4, 2008; Dierk Ullrich, Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany, *Global Jurist Frontiers*, vol.3, nº 1, 2003, p. 83; e Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2004, p. 20 e s..

⁷⁴ Luís Roberto Barroso (org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007.

procedimentais. A dignidade como heteronomia obteve menos ênfase. Como visto, ela se move em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons costumes”, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro⁷⁵. Outras locuções, como “interesse público” e “ordem pública” são mencionados no texto para hipóteses bem contadas e de aplicação específica, que não incluem – ao menos expressamente – a restrição a direitos fundamentais.

23. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inúmeros julgados que se referem à dignidade humana. Por vezes, o emprego da locução é puramente ornamental. Em muitos casos, ela não é o único ou o principal fundamento de decidir, sendo frequentemente associada a um direito fundamental específico, como reforço argumentativo. Sem embargo, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia⁷⁶. A análise dos diferentes votos permite apontar certas formulações recorrentes, que figuram como “consensos sobrepostos”⁷⁷ na matéria, que podem ser assim sumariados: a) não-instrumentalização do indivíduo e garantias constitucionais da liberdade⁷⁸; b)

⁷⁵ Na Constituição de 1967, as locuções ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’ foram utilizadas uma vez para autorizar expressamente a restrição da liberdade de culto (art.150, § 5º). Na Constituição de 1946, há dispositivo análogo ao mencionado, e, duas vezes, a ‘ordem pública’ é o autorizador exposto para restrição de direitos, a reunião pacífica e a permanência de estrangeiro no território nacional (art.141, § 7º e § 11 respectivamente). A Constituição de 1937, por seu turno, foi mais pródiga na utilização dos termos “moral pública”, “moralidade pública”, “bons costumes” e “ordem pública”, para autorizar a restrição expressa de direitos, como: a) liberdade de manifestação do pensamento (art. 15, b); b) a liberdade de culto (art. 122, 4º); c) o direito de manifestação dos parlamentares (art. 43) e d) como justificadores da instituição, por lei, da censura prévia (art. 15, a) e da condução dos rumos da educação (art. 132). Do exposto, percebe-se que a Constituição de 1988 efetivamente consagrou o não uso de tais conceitos indeterminados (ou similares) para autorizar expressamente a restrição de direitos fundamentais.

⁷⁶ Quanto à dignidade como autonomia, especialmente: (a) a discussão sobre a recepção de artigos da Lei de Imprensa na ordem constitucional pós-88. Nos votos, demarcado está o cunho pluralista e protetor das liberdades. A correlação direta com a dignidade está no voto do Min. Relator e, indiretamente, perpassa todo o *decisum*; (b) a discussão da constitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. É bem de ver, todavia, que há insinuação de um elemento da ‘dignidade como heteronomia’ em alguns votos desse acórdão, dado o modo de compreender a ressocialização dos condenados criminalmente. Porém, impera a vertente autonomista, como atesta longo trecho da lavra do Min. Cezar Peluso sobre a assimetria entre o direito e a moralidade, o crime e o pecado. A laicidade e a pluralidade são consideradas limites ao *ius puniendi*, o que está de todo associado à “dignidade como autonomia”; (c) o elo entre dignidade e as condições mínimas de vida. Quanto à dignidade como heteronomia, o caso paradigmático é, sem dúvida, o chamado *caso Ellwanger*, acerca dos discursos do ódio. Entretanto, convém registrar que a CF/88 contém dispositivo específico sobre o crime de racismo (art. 5º, XLII). V. STF, *DJe* 07 nov. 2008, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto. STF, *DJ* 01 set. 2006, HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. STF, *DJ* 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves. .

⁷⁷ *Consenso sobreposto* é uma expressão cunhada por John Rawls. Ao elaborar sua célebre *teoria da justiça*, tomou ele como pressuposto o fato do pluralismo, assumindo que é um traço permanente da cultura política de uma democracia a convivência de diversas crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais. Para que seja possível a construção de uma sociedade política, faz-se necessária a adesão razoável de todos a princípios básicos de justiça. A partir dessa adesão primeira, formam-se, mediante emprego do procedimento da razão pública, outros pontos de consenso político, justamente aqueles que podem ser razoavelmente aceitos por indivíduos ou grupos que não compartilham as mesmas crenças. Tais pontos correspondem ao chamado *consenso sobreposto*. John Rawls, *Justiça como equidade – Uma reformulação*, 2003, p.44-53.

⁷⁸ Vários julgados consolidaram o entendimento de que o indivíduo não pode, a pretexto de manutenção da ordem e da segurança públicas: (a) ter sua liberdade cerceada no curso do processo penal por tempo indeterminado ou maior do que os prazos permitidos, se não deu causa à mora processual, ou

manutenção da integridade física e moral dos indivíduos⁷⁹; c) proibição da tortura, da *imposição* de tratamento desumano ou degradante e da crueldade⁸⁰.

24. Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, fora dos casos expressos ou inequívocos, impõe-se um especial ônus argumentativo. O tema da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais situa-se na fronteira entre as duas vertentes da dignidade.

2. A questão da indisponibilidade dos direitos fundamentais⁸¹

25. Os direitos fundamentais envolvem a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existencial. Deles decorre um conjunto de posições individuais e de prestações exigíveis do Poder Público ou de particulares. Esta a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Ao lado dela, o pensamento jurídico contemporâneo identifica, também, uma dimensão objetiva: o Estado tem deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais, devendo criar e manter instituições, mecanismos e procedimentos para

se, ressalvados outros fatos muito relevantes, exauriu-se a justificativa para mantê-lo preso; (b) ser conduzido ou mantido preso no curso do processo apenas em razão da gravidade ou da repercussão do crime, ainda que hediondo, tampouco por fundamentos decisórios genéricos; (c) ter o seu silêncio, na persecução penal, interpretado em seu desfavor; (d) não ser devidamente citado em processo penal. Na linha de casos, a motivação é a de que o indivíduo não pode ser mais uma engrenagem do processo penal, ou seja, não pode ser instrumentalizado para o efetivo funcionamento da máquina persecutória estatal, impondo-se sua dignidade a proteger as liberdades e as garantias constitucionais da liberdade. Ademais, por insistência do Min. Gilmar Mendes, a prisão instrumental à extradição está sendo revisitada, pois, como entende o Ministro, o extraditando torna-se um instrumento ante objetivos estatais. A ideia kantiana de *fin-em-si* foi utilizada em acórdão que discutiu a competência para o julgamento de crimes de redução de pessoas à condição análoga à de escravo. Pese embora ser o conteúdo da dignidade passível de leitura como 'heteronomia', pois a escravidão é considerada um mal em si, o seu conteúdo é fortemente relacionado à preservação da liberdade humana e de suas pré-condições. V. STF, *DJe* 25 abr. 2008, HC 92.604/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 26 set. 2008, HC 88.548/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 14 mar. 2008, HC 91.657/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 25 abr. 2008, HC 91.414/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 01 fev. 2008, HC 91.121/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 24 abr. 2008, HC 91.524/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, *DJe* 04 abr. 2008, HC 91.662/PR, Rel. Min. Celso de Melo (neste acórdão, o ponto principal da motivação é o *due process of law*); STF, *DJe* 25 abr. 2008, HC 92.842/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes; e STF, *DJe* 19 dez. 2008, RE 398.041/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁷⁹ O *leading case* quanto à integridade física parece ser o que versou sobre a possibilidade de realização compulsória de exame de DNA para fins de comprovação de paternidade. Mesmo que deveras relevante o interesse do outro pólo da relação processual, o STF considerou que a realização forçada de exames invadia a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade. Mais recente foi a discussão sobre o uso de algemas, que culminou, inclusive, na edição da Súmula Vinculante nº 11. O uso acriterioso de algemas e a divulgação abusiva de imagens de indivíduos nessa condição foram considerados tratamentos humilhantes e desonrosos. Nesse sentido, v. STF, *DJ* 22 nov. 1996, HC 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek; STF, *DJ* 2 fev. 2007, HC 89.429/RO, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia.

⁸⁰ É possível referir novamente os acórdãos e a Súmula sobre o uso de algemas, bem como a decisão acerca do crime de tortura perpetrado contra crianças e adolescentes. V. STF, *DJ* 10 ago. 2001, HC 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Na doutrina estrangeira, v. Jeremy Waldron, *Inhuman and degrading treatment: a non-realist view*, *NYU Public Law Colloquium*, April, 23 (second draft).

⁸¹ Este tópico e o próximo beneficiam-se, extensamente, da pesquisa e das ideias que se encontram em Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010.

sua efetiva realização⁸². Ademais, toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dos direitos fundamentais, que ocupam, assim, uma posição de centralidade no sistema jurídico. Ao anunciarem as características essenciais dos direitos fundamentais, a maior parte dos autores destaca sua *indisponibilidade*. O próprio Código Civil brasileiro, de 2002, aponta nessa direção, ao afirmar que os direitos da personalidade – expressão dos direitos fundamentais nas relações privadas – são intransmissíveis e irrenunciáveis⁸³.

26. O tema envolve muitas complexidades e sutilezas. Em rigor, contudo, a afirmação peremptória da indisponibilidade parece imprecisa ou, no mínimo, exige qualificações e exceções. A disposição de posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos fundamentais faz parte, com frequência, do próprio exercício do direito⁸⁴. É o que ocorre, por exemplo, com a cessão do direito de imagem para uma campanha publicitária ou a autolimitação do direito de privacidade por parte das pessoas que aceitam participar de um *reality show*⁸⁵. Da mesma forma, tatuar o corpo de alguém contra a sua vontade representa uma forma grave de violação à integridade física e moral, mas basta o consentimento para que a conduta se torne socialmente aceita. Portanto, existe no mínimo um problema conceitual por trás da afirmação de que direitos fundamentais são indisponíveis. Na sua dimensão subjetiva, é perfeitamente legítimo que o titular de um direito fundamental, voluntariamente, abra mão de certas posições jurídicas.

27. Naturalmente, existem na matéria inúmeras variáveis possíveis. Uma autolimitação parcial, temporária e revogável será diferente de uma renúncia total e definitiva. Embora a Constituição não fale em lugar algum da indisponibilidade de direitos fundamentais, existem, por certo, limites implícitos. De parte isso, a ordem jurídica pode, igualmente, instituir restrições expressas para proteger o direito de terceiros, a ordem pública ou o próprio titular do direito fundamental. O que o Estado não pode fazer é anular integralmente a liberdade pessoal e a autonomia moral do indivíduo, vivendo sua vida para poupá-lo do risco. Vigora, no direito constitucional brasileiro, o princípio da liberdade, do direito geral de liberdade, expresso no art. 5º, II, da Constituição: “ninguém

⁸² Sobre os deveres de proteção, v. Dieter Grimm, A função protetiva do Estado. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, 2007, p. 149 e ss..

⁸³ Código Civil, art. 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁸⁴ A doutrina tem destacado a necessidade de se interpretar normas como o art. 11 do Código Civil à luz da Constituição, de modo a evitar que o Estado assumia uma posição paternalista e termine por sufocar o espaço próprio das escolhas individuais, indispensável à realização plena da personalidade. Sobre o tema, v. Laura Schertel Mendes, Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade, *Direito Público* 13:121, 2006, p. 130; e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2006, p. 177. Em sentido semelhante, v. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2004, p. 36; Paulo Mota Pinto, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*, 2000, p. 81-2; e J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado, *Reality shows e liberdade de programação*, 2003. Igualmente relevante é o Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Conselho da Justiça Federal, que afirma: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁸⁵ Em estudo específico sobre os *reality shows*, v. J. J. Gomes Canotilho e Jónatas Machado (*Reality shows e liberdade de programação*, 2003), concluem pela inexistência de violação à intimidade e à privacidade, considerando que esses direitos destinam-se precipuamente a dar aos indivíduos a liberdade de decidir sobre a exposição de suas vidas, e não a censurar determinadas escolhas pessoais. A liberdade seria, portanto, o principal vetor interpretativo, sem prejuízo da existência de limites.

será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desnecessário enfatizar que a lei há de ser compatível com a Constituição e que há limites para a restrição a direitos fundamentais.

28. Se assim é, chega-se à conclusão algo surpreendente de que os direitos fundamentais são, em princípio, disponíveis, haja vista que a liberdade é a regra e a disposição, em muitos casos, é uma forma de exercer o direito⁸⁶. Isso não significa que algumas posições jurídicas de direito fundamental não possam ser consideradas indisponíveis pelo sistema jurídico⁸⁷. Mas, nessas hipóteses, o Estado terá o ônus argumentativo de demonstrar que se trata de uma restrição legítima, e não uma violação à liberdade de escolha do indivíduo. A proteção à dignidade exige que o próprio interessado seja o principal responsável pela definição do seu conteúdo, sob pena de se abrir espaço para uma espécie de *totalitarismo dos direitos humanos*⁸⁸. A indisponibilidade dos direitos fundamentais, portanto, não resulta de um mandamento constitucional. Como consequência, a validade ou não de um ato de disposição terá de ser verificada caso a caso, tendo em vista a natureza do direito em questão, a natureza de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes que possam ser legitimamente impostos na situação⁸⁹.

IV. Os elementos em aparente conflito: valor da vida humana e liberdade de religião

29. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em

⁸⁶ Sobre o ponto, v. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, mimeografado, 2004. Tese de livre-docência defendida na Universidade de São Paulo – USP, p. 163 e 167: “(...) É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis ou inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? (...) Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais”.

⁸⁷ Paulo Mota Pinto, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*, 2000, p. 81-2: “Vimos já que esses direitos [da personalidade] são indisponíveis, mas isso não obsta a que possam sofrer limitações voluntárias (...). O carácter fundamental dos bens protegidos, e a consequente inadmissibilidade de *constitutiones in servitudinem*, que subjazem àquele carácter indisponível, impõem, todavia, que seja sempre observado o limite das exigências de ordem pública (...)”.

⁸⁸ Jorge Reis Novais, Renúncia a direitos fundamentais. In: Jorge Miranda (Org.), *Perspectivas constitucionais*, v. 1, 1996, p. 328-9: “(...) o próprio conteúdo da dignidade pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido da dignidade. (...) procura-se hoje privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida”.

⁸⁹ Na síntese de Leticia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, p. 99: “Quando for aceita a tese da jusfundamentalidade do direito geral de liberdade em ordenamento jurídico que não possua enunciado normativo na Constituição estabelecendo a indisponibilidade dos direitos fundamentais, as posições subjetivas de tais direitos serão *prima facie* disponíveis. A proibição da disposição exigirá do Estado a defesa dos motivos, que deverão ser argumentativamente suficientes para configurar uma restrição a direitos fundamentais. Caso não seja cumprido o ônus argumentativo, a proibição será uma violação e, portanto, inconstitucional”.

choque. Essas colisões de normas constitucionais podem assumir configurações diversas, dentre as quais se incluem, para os fins aqui relevantes: a) a contraposição entre direitos fundamentais; e b) a contraposição entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente protegido. Ambas as situações estão presentes na hipótese aqui examinada, com a singularidade de que estão em choque, não direitos de pessoas diversas, mas dois direitos de um mesmo titular. O equacionamento da questão posta envolve, de um lado, a vida humana – como direito individual e como valor protegido pela ordem constitucional – e, de outro, a liberdade religiosa, igualmente compreendida como um direito fundamental. À vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica. Antes de prosseguir, cumpre fazer uma breve nota sobre o direito à vida e a liberdade de religião.

1. A vida como direito fundamental e como valor objetivo

30. Ao avançar no debate, é preciso ter em conta que o direito à vida é de fato especial. Qualquer flexibilização da sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade nas sociedades ocidentais é a preservação da vida, tanto como um direito individual⁹⁰ quanto como valor objetivo. Diante disso, criminalizar atos que atentem contra a vida humana faz parte do receituário básico de qualquer sociedade civilizada. No caso brasileiro, pune-se não apenas o homicídio⁹¹ e o auxílio ou instigação ao suicídio⁹², mas também o transplante de órgãos que resulte em morte certa do doador⁹³, mesmo que seja a única forma de salvar outra vida, como a de um ente querido. Por outro lado, o próprio texto constitucional brasileiro contempla a possibilidade de restrição ao direito à vida, ao admitir a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a). E, na legislação infraconstitucional, o Código Penal exclui expressamente a ilicitude da conduta que ocasione morte de outrem quando o ato é praticado em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal⁹⁴.

⁹⁰ CF/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁹¹ Código Penal, art. 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

⁹² Código Penal, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único: A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”.

⁹³ Lei nº 9.434/97, art. 9º: “É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001) (...) § 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

⁹⁴ Código Penal, art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

31. Conquanto não seja absoluto⁹⁵, nem tampouco hierarquicamente superior, é razoável sustentar que o direito à vida tem um peso abstrato maior, desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional⁹⁶. E isso não apenas pela valia do seu conteúdo intrínseco, mas também por ser pré-condição para a própria dignidade e para o exercício dos demais direitos fundamentais⁹⁷. Como consequência, inverte-se aqui a proposição assentada em relação aos direitos em geral: o direito à vida é, *prima facie*, indisponível, não sendo o ato de vontade do titular – o consentimento – causa suficiente para sua flexibilização. Nesse caso, o direito geral de liberdade cede o passo, preterido pela legítima imposição da dignidade como heteronomia, pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima⁹⁸.

32. Aqui se chega ao ponto crítico do presente estudo: embora o simples consentimento não seja suficiente para um ato de disposição do direito à vida por seu titular – ou, mais tecnicamente, de posições subjetivas relacionadas ao direito à vida –, é possível que outros valores ou direitos fundamentais justifiquem essa decisão. Vale dizer: a imposição taxativa da indisponibilidade pode causar impacto negativo sobre outras posições jurídicas fundamentais tuteladas pela Constituição. Ocorrendo a colisão, não pode o sistema jurídico estabelecer, *a priori*, a prevalência de um direito constitucional sobre outro. Impõe-se, aqui, a análise caso a caso e a ponderação adequada, à luz da Constituição. O valor objetivo da vida humana deve ser conciliado com o conjunto de liberdades básicas decorrentes da dignidade como autonomia. Por exemplo: o Estado não pode proibir alguém de prestar ajuda humanitária em uma região de guerra, ou de praticar esportes radicais, ainda que o risco seja elevado ao extremo. Essas são escolhas existenciais legítimas.

33. Os exemplos poderiam ser multiplicados. Uma pessoa que tenha histórico familiar de câncer não pode ser obrigada a se submeter a exames periódicos ou a evitar fatores de risco para a doença. Não se pode impedir uma mulher de engravidar pelo fato de ser portadora de alguma condição que esteja associada a elevado risco de morte na gestação. Como se vê, admite-se sem maior controvérsia que a vida seja colocada em risco pelo próprio indivíduo para que ele possa levar adiante inúmeras decisões pessoais e realizar seu próprio projeto de vida. Em outras palavras, admite-se o risco de morte quando seja indissociável do exercício autônomo da vida, que não pode se converter em mera subsistência, privada de sentido para o seu próprio titular. Isso não significa, naturalmente, que quaisquer escolhas sejam aceitáveis, sendo legítimo que o Poder

⁹⁵ Nesse sentido, v. STF, DJ 12 mai. 2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

⁹⁶ Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, p. 309.

⁹⁷ Sem desconsiderar, no entanto, que em certos contextos será possível falar da dignidade do feto ou de uma pessoa já morta.

⁹⁸ Como seria o caso, para utilizar um precedente real ocorrido nos Estados Unidos, de uma mulher que consentiu, por escrito, em ser morta durante uma relação sexual. V. Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, p. 325 e p. 424, onde escreveu: “(...) [É] justificável, no sistema jurídico brasileiro, a proibição da disposição de posições subjetivas do direito à vida como linha de princípio, em função: (i.1) da proteção de direitos de terceiros, fundamentalmente os não-consententes; (ii.2) da manutenção de níveis adequados dos *deveres e ações ordenadas estatais* de promoção e de proteção do direito à vida (dimensão objetiva); (ii.3) da dignidade humana como heteronomia”.

Público imponha determinadas restrições à liberdade individual em nome do valor objetivo da vida humana. É possível visualizar esse tipo de racionalidade, *e.g.*, na obrigatoriedade do uso do cinto de segurança ou de dispositivos de proteção em determinados ambientes de trabalho.

34. Em suma: o valor objetivo da vida humana desfruta de uma posição preferencial no ordenamento jurídico, podendo o direito à vida ser considerado indisponível *prima facie*. Nada obstante, não se trata de um direito absoluto, havendo hipóteses constitucionais e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo titular do direito. Impõe-se, nesse ambiente, uma análise caso a caso, na qual se possam analisar os diferentes elementos em jogo, com destaque para a repercussão das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade. A discussão sobre a recusa de tratamento médico por fundamento religioso insere-se nesse contexto e será abordada em tópico próprio.

2. A liberdade religiosa

35. A religião está presente na vida das pessoas e das comunidades políticas desde o início dos tempos. A condição humana nela tem buscado, ao longo dos séculos, respostas para questões existenciais básicas, relacionadas ao sentido da vida, ao mundo à volta e à posteridade. Desde as teocracias que assinalaram as primeiras civilizações, passando pela adoção do cristianismo pelo Império Romano, até chegar ao direito divino dos reis, que legitimava o poder no Estado absolutista, religião e política caminharam juntas na história da humanidade. Em nome da religião, foram lutadas guerras diversas, pelos séculos afora, que incluíram as cruzadas contra o islamismo e os embates entre católicos e protestantes. Sem mencionar a Inquisição. Com a Paz de Westfalia, em 1648, consolida-se o processo de separação entre o poder espiritual e o poder temporal – isto é, do Papado e dos Estados soberanos –, abrindo-se o caminho para uma fase de maior tolerância religiosa.

36. Ainda assim, foi a fuga à perseguição religiosa que levou inúmeros súditos ingleses a instalar colônias na costa leste da América do Norte, no curso do século XVII. A conquista da liberdade religiosa somente se consumou com as revoluções liberais do século XVIII e a superação da máxima *cuius regio, eius religio* – o súdito segue a religião do rei – que vigorava largamente na Europa absolutista. John Locke (1632-1704), um dos principais precursores e teóricos do liberalismo, defendeu a liberdade religiosa como um componente essencial da liberdade individual⁹⁹. Suas ideias influenciaram a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776¹⁰⁰, sendo que a primeira emenda à Constituição americana de 1787 previu a separação entre religião e Estado e assegurou seu livre exercício¹⁰¹. A partir daí, progressivamente, a liberdade de religião – o direito de professar uma crença e seguir os seus ritos, sem

⁹⁹ V., *e.g.*, John Locke, *Carta sobre a tolerância*, 1985, p. 84: “A preocupação com a alma de cada homem e com as coisas do Céu, que não pertence à comunidade nem pode ser submetida a ela, deve ser deixada inteiramente a cada um. (...) seja falsa ou verdadeira, [a religião] não traz prejuízos aos interesses mundanos (...) [dos] súditos conterrâneos [dos magistrados], que são a única coisa que está sob os cuidados da comunidade”.

¹⁰⁰ Declaração de Independência dos EUA: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber: que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

¹⁰¹ 1ª Emenda à Constituição dos EUA, primeira parte: “O Congresso não editará qualquer lei relacionada ao estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício (...)”. As dez primeiras emendas à Constituição americana, aprovadas em 1789, são conhecidas como *Bill of Rights*.

restrições outras que não as ditadas pela ordem pública e pelos direitos de terceiros – foi sendo incorporada a documentos constitucionais, declarações de direitos e diplomas internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁰², a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)¹⁰³, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966)¹⁰⁴, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)¹⁰⁵, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953)¹⁰⁶ e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (1981)¹⁰⁷.

¹⁰²Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, art. 10: “Ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que as suas manifestações não prejudiquem a ordem pública estabelecida pela lei”.

¹⁰³Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 18: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

¹⁰⁴Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 18: “1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

¹⁰⁵Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 12: “Liberdade de Consciência e de Religião. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas. 4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

¹⁰⁶Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 9º: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

¹⁰⁷Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, art. 4º: “Todos os Estados devem tomar medidas efetivas para prevenir e eliminar a discriminação fundada em religião ou em crença no que se refere ao reconhecimento, ao exercício e à fruição de direitos humanos e liberdades fundamentais em todos os campos da vida civil, econômica, política, social e cultural. 2. Todos os Estados devem realizar todos os esforços para editar ou revogar legislação quando necessário para proibir qualquer discriminação desse tipo, e para tomar todas as medidas apropriadas para combater a intolerância baseada em religião ou em outras crenças nesta matéria”.

37. No Brasil, a proteção da liberdade religiosa começou tímida na Carta Imperial de 1824¹⁰⁸, que consagrava o catolicismo romano como religião oficial e adotava o regime do *padroado*, conferindo à autoridade secular – no caso, o Imperador – poder sobre a administração da Igreja Católica no país¹⁰⁹. Esse quadro mudou, após o advento da República, com o Decreto nº 119-A/1890, editado pelo Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, que extinguiu o *padroado*, proibiu a fixação de religiões oficiais e a discriminação por fundamentos religiosos, além de garantir a liberdade religiosa e a personalidade jurídica das igrejas¹¹⁰. A partir desse marco, a separação entre Estado e religião seria mantida e desenvolvida pelas Constituições republicanas¹¹¹. A Carta de 1988 aprofundou o tratamento do tema em diversas disposições, instituindo ampla proteção às confissões religiosas, como se verifica das normas destacadas abaixo:

- i) a igualdade de todos, “*sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*);
- ii) a inviolabilidade da “*liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos*”, garantida, ainda, “*na forma da lei, a proteção aos locais de culto*”

¹⁰⁸Constituição de 1824, arts. 5º e 179, V: “Art. 5º. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. (...) Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) V – Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”.

¹⁰⁹Sobre o *padroado*, v. Maurilio Cesar de Lima, *Breve história da Igreja no Brasil*, 2004, p. 23. Cabia ao Imperador, por exemplo, nomear os bispos (art. 102, I) e “conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concílios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, se contiverem disposição geral” (art. 102, XIV).

¹¹⁰Nada obstante, autorizou que se continuasse a custear os então *serventuários do culto católico*. Confira-se o texto do decreto: “Art. 1º E’ prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas. Art. 2º A todas as confissões religiosas pertence por igual a facultade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto. Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, não tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico. Art. 4º Fica extincto o *padroado* com todas as suas instituições, recursos e prerogativas. Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto. Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes *serventuários do culto catholico* e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes”.

¹¹¹A Carta de 1981 garantiu o exercício público e livre dos cultos religiosos (art. 72, 3º); a Constituição de 1934 manteve a proibição ao Poder Público de estabelecer, subvencionar e embaraçar cultos, ou estabelecer alianças ou dependências com denominações religiosas, mas ressalvou a “colaboração recíproca em prol do interesse coletivo” (art. 17, II e III); e a Lei Fundamental de 1937 autorizou o ensino religioso nas escolas primárias, secundárias e normais, desde que não fosse “objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos” (art.

e a suas liturgias” (art. 5º, VI);
iii) a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII);
iv) a possibilidade de prestação de serviço alternativo pelos que aleguem escusa de consciência para eximir-se de obrigações gerais, inclusive em relação ao serviço militar obrigatório (arts. 5º, VIII, e 143, § 1º);
v) a proibição de estabelecimento, subvenção ou embaraço de cultos pelo Poder Público, ou de relações de alianças e dependências com denominações religiosas, sempre ressaltando, “na forma da lei, a colaboração de interesse público” (art. 19, I);
vi) a imunidade de “templos de qualquer culto” a impostos de todos os entes (art. 150, VI, b);
vii) a possibilidade de se ministrar ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, sendo facultativa a matrícula (art. 210, § 1º); e
viii) a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso (art. 226, § 2º).

38. De tudo isso se extrai que a ordem jurídica brasileira não é hostil ao fenômeno religioso. Muito ao revés: embora rejeite a criação de religiões oficiais ou a subvenção de credos pelo Erário, a Constituição tutela amplamente a liberdade religiosa e traça inúmeras relações entre o Estado e as religiões por meio de medidas como a previsão de assistência religiosa, de ensino religioso nas escolas públicas e de colaborações de interesse público, além da possibilidade de alegar escusa de consciência para se eximir de obrigação imposta a todos. Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a *laicidade*, mas não prega o *laicismo* – compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso¹¹². A ordem constitucional reconhece a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a conseqüente violação da dignidade como autonomia.

133); a Constituição de 1946 previu a assistência religiosa, “sem constrangimento dos favorecidos”, nas Forças Armadas e nos estabelecimentos de internação coletiva (art. 141, § 9º), impediu a perda de direitos pelos que alegassem escusa de consciência para não atender a obrigação imposta em caráter geral, desde que prestassem serviço alternativo (art. 141, § 8º), e ainda concedeu efeitos civis ao casamento religioso (art. 163, §§ 1º e 2º). As Cartas de 1967 e 1969 não inovaram substancialmente na matéria.

¹¹² Sobre laicidade e laicismo, v. Jónatas Eduardo Mendes Machado, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, 1996, p. 306: “A primeira expressão [laicidade] pretende designar uma atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso nas suas diversas manifestações, nos termos da qual estes se abstêm de tomar posição sobre o problema da verdade religiosa. A segunda [laicismo], como resulta do texto, designa uma verdadeira filosofia ou ideologia, no sentido da concepção global do mundo, da existência e da conduta moral”. Sobre o ponto, v. também Daniel Pêcego, *Da educação religiosa em escolas públicas* (Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UERJ), 2007, mimeografado, p. 30: “A visão do laicismo implica não apenas em estabelecer a diferenciação entre Estado e religião, como se afirmou acima, mas propugna a ignorância do fator religioso e até mesmo, em casos mais extremos, a hostilidade a ele”.

39. Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como conseqüência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual. A indagação não comporta resposta juridicamente simples nem moralmente barata.

Parte II

Aplicação dos fundamentos teóricos à hipótese examinada

V. Legitimidade da recusa de tratamento médico por fundamento religioso

40. Como se pretendeu demonstrar, a dignidade humana apresenta duas perspectivas que se complementam. A dignidade como *autonomia* tutela a capacidade de autodeterminação e a responsabilidade moral do indivíduo por suas escolhas, notadamente as de caráter existencial, dentre as quais se inclui a liberdade religiosa. A dignidade como *heteronomia* envolve a imposição de padrões sociais externos ao indivíduo, o que, no caso concreto, significaria a proteção objetiva da vida humana, mesmo contra a vontade do titular do direito. As duas dimensões da dignidade, como visto, não se excluem, muito embora se possa identificar uma primazia da dignidade como autonomia, tanto na filosofia moral contemporânea quanto no sistema constitucional brasileiro. As conclusões aqui sustentadas alinham-se a essa premissa. Sem a pretensão de veicular verdades objetivas e absolutas, passa-se à demonstração das razões pelas quais se afigura mais consistente com os princípios constitucionais o ponto de vista que tolera a recusa de determinados tratamentos médicos pelas testemunhas de Jeová, em respeito à sua convicção religiosa.

41. As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas¹¹³. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes¹¹⁴. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões¹¹⁵ e de autores que têm se dedicado ao tema¹¹⁶, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas conseqüências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de

¹¹³ Gênesis, 9:3-4; Levítico, 17:14; e Atos 15:28-29. Estas referências foram retiradas do sítio oficial das testemunhas de Jeová: <http://www.watchtower.org/t/jt/index.htm>. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹¹⁴ Sobre o tema, v. Cláudio da Silva Leiria, *Religiosos têm direito a negar transfusão de sangue*. In: *Consultor Jurídico* 20 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹¹⁵ V. Pr. Ailton Evangelista da Costa, *Testemunhas de Jeová: transfusão de sangue é caso de polícia*. In: <http://solascriptura-tt.org/Seitas/TJ-TransfusaoSangueEhCasoPolicia-AECosta.htm>. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹¹⁶ V. Ana Carolina Reis Paes Leme, *Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://solascriptura-tt.org/Seitas/TJ-TransfusaoSangueEhCasoPolicia-AECosta.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

tratamento seria um modo de fazer o *bem* a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).

42. Veja-se que não cabe ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade. Em outras palavras, o que interessa aqui não é o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção. A proteção seletiva a determinados dogmas religiosos equivaleria à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito. A única avaliação legítima de que se pode cogitar diz respeito à seriedade do fundamento religioso ou do que pode ser razoavelmente qualificado como religião¹¹⁷. Mas isso não está em questão no que diz respeito às testemunhas de Jeová, confissão tradicional que existe desde o final do século XIX e conta, segundo suas próprias informações, com 6 milhões de adeptos em mais de 230 países¹¹⁸. Vale o registro de que, na linha da conclusão que se acaba de enunciar, a recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová é aceita em diversos países¹¹⁹, dentre os quais a Itália¹²⁰, a Espanha¹²¹, os EUA¹²² e o Canadá¹²³. Além disso, tal possibilidade foi incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000, que dispõe: “o paciente deveria

¹¹⁷ Ser fanático por um time de futebol ou por uma banda de rock certamente não preencheria o requisito.

¹¹⁸ V. sítio oficial das testemunhas de Jeová: <http://www.watchtower.org/t/jt/index.htm>. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹¹⁹ Mas não em todos. Na França, por exemplo, o Conselho de Estado decidiu que o médico tem o dever de realizar o tratamento necessário, ainda que o paciente tenha recusado por qualquer razão (Ass., 26.out.2001, nº 198546).

¹²⁰ Corte de Cassação italiana Sentença nº 23676/2008 da Corte de Cassação italiana, que reconhece o “princípio mais geral (de inquestionável importância constitucional, que emerge, dentre outros, tanto do Código de Ética Médica como do documento de 20.6.1992 da Comissão Nacional de Bioética) sob a égide do qual deve ser reconhecido ao paciente um verdadeiro direito de não se curar, ainda que tal conduta ponha em risco a própria vida” (tradução livre); Sentença nº 11335/2008: “(...) a manifestação do consentimento ao tratamento por parte do paciente constitui um verdadeiro requisito para a licitude da atividade do médico, a quem não é atribuído um direito genérico e incondicional de curar, ao passo que o ordenamento reconhece ao mesmo paciente, não apenas a faculdade de escolher entre diferentes soluções terapêuticas, mas também a de eventualmente rejeitar qualquer terapia ou a de interrompê-la a qualquer tempo” (tradução livre).

¹²¹ Espanha, Lei nº 41/2002: “Artículo 2. Principios básicos. (...) 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

¹²² *St. Mary's Hosp. v. Ramsey* (465 So.2d 666 (Fla. 4th DCA 1985)): “A preservação da vida é não somente uma reconhecida meta a que o Estado, os médicos e os agentes de saúde aspiram, é uma meta que compete. Porém, esta não é uma ordem incontestável. Sustentamos, até este momento, que um paciente adulto tem o direito constitucional à privacidade, à liberdade de escolha e o direito à autodeterminação. (...) Deste modo, se um paciente adulto, competente, recusa a transfusão de sangue, pareceria que ele tem o direito a fazê-lo, visto que não há uma razão insuperável por que sua vida devesse ser preservada. Ademais, transfusões de sangue não são livres de risco e são de conhecimento geral a existência de conseqüências adversas, talvez repugnantes para o receptor, as quais podem advir de uma transfusão de sangue impuro” (tradução livre).

¹²³ Canadá, Health Care Consent Act, arts. 5º, 10 e 26: “Artigo 5º. Uma pessoa pode, enquanto capaz, expressar desejos referentes a tratamento, admissão a agências de saúde ou serviço de assistência pessoal (...). Artigo 10. (1) Um agente da saúde que proponha tratamento a uma pessoa não deve

ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento”.

43. Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

VI. Condições para o exercício válido da autonomia

44. Assentada a possibilidade de recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová, resta abordar uma questão central para a legitimidade da conclusão enunciada. Além de proteger a capacidade de autodeterminação moral do indivíduo, a dignidade como autonomia exige que lhe sejam asseguradas condições próprias para a tomada de decisões. Entra em cena, então, um requisito essencial para a disposição de um direito fundamental, que se torna tanto mais relevante quando se trate da recusa de tratamento, com risco de morte. Trata-se da validade e da adequação da manifestação de vontade, vale dizer, o *consentimento genuíno*. Para que ele se caracterize, é imperativo verificar a presença de aspectos ligados ao sujeito do consentimento, à liberdade de escolha e à decisão informada¹²⁴.

45. O *sujeito do consentimento*¹²⁵ é o titular do direito fundamental em questão, que deverá manifestar de maneira válida e inequívoca a sua vontade. Para que ela seja *válida*, deverá ele ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento para expressá-la. Portanto, além da capacidade, o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição. Para que se repute o consentimento como *inequívoco*, ele deverá ser, ainda, personalíssimo, expresso e atual. Personalíssimo exclui a recusa feita mediante representação, somente se admitindo que o próprio interessado rejeite a adoção do

realizar o tratamento, e deve tomar passos razoáveis para assegurar que não será realizado, a não ser que, (a) ele ou ela tenha a opinião de que a pessoa é capaz em relação ao tratamento, e a pessoa tiver dado consentimento; ou (b) ele ou ela tenha a opinião de que a pessoa é incapaz em relação ao tratamento, e o responsável por tomar decisões em nome dessa pessoa tenha dado consentimento em seu nome, de acordo com este ato. (...) Artigo 26. O agente da saúde não deverá realizar tratamento, conforme o estabelecido na seção 25, se o agente da saúde tiver motivos razoáveis para acreditar que a pessoa, enquanto capaz e após completar 16 anos de idade, expressou um desejo, aplicável às circunstâncias, de recusa a consentimento ao tratamento” (tradução livre).

¹²⁴ Para um debate aprofundado sobre o tema do consentimento genuíno, v. Leticia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, p. 212-67.

¹²⁵ A locução “sujeito do consentimento” foi utilizada por Deryck Beylveeld e Roger Brownsword, *Consent in law*, 2007.

procedimento¹²⁶. A decisão, ademais, haverá de ser expressa, não se devendo presumir a recusa de tratamento médico. É assim na Itália¹²⁷ e na Espanha, onde tem de ser escrita¹²⁸. Ainda que essa exigência possa não ser absoluta, ela certamente é recomendável, inclusive para resguardo do médico e do Estado. Por fim, a vontade deve ser atual, manifestada imediatamente antes do procedimento, e revogável¹²⁹.

46. Para que seja considerado genuíno, o consentimento precisará também ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas. Isso significa que ele não deve ter sido produto de influências externas indevidas, como induções, pressões ou ameaças. Por derradeiro, o consentimento tem de ser *informado*, o que envolve o

¹²⁶ Veja-se que no direito brasileiro até mesmo a opção pela nacionalidade brasileira é personalíssima (STF, DJ 22 abr. 2005, RE 418.096/RS, Rel. Min. Carlos Velloso). Não faria sentido que a assunção de um risco de morte não fosse. É assim, também, no Reino Unido. As instruções para os *living wills* (testamentos vitais) encontram-se disponíveis em: <http://www.direct.gov.uk/en/GovernmentCitizensandRights/Death/Preparation/DG_10029683>. Acesso em: 10.fev.2010.

¹²⁷ Corte de Cassação italiana, Sentença nº 23676/2008: "(...) na hipótese de grave e iminente perigo para a vida do paciente, o dissenso do mesmo deve ser objeto de *manifestação expressa*, clara, atual, informada. Isto é, deve exprimir uma vontade não abstratamente hipotética, mas concretamente estabelecida, uma intenção não meramente programática, mas absolutamente específica, uma cognição de fatos não meramente 'ideológica', mas fruto de *informações específicas acerca de sua própria situação de saúde; um juízo* e não uma 'pré-compreensão': em suma, um dissenso que siga e não preceda as informações relativas à caracterização de um perigo de vida iminente e inevitável de qualquer outra forma, um dissenso que seja atual e não preventivo, uma recusa *ex post*, e não *ex ante*, na ausência de qualquer consciência da gravidade de suas condições de saúde atuais" (negrito acrescentado; tradução livre).

¹²⁸ Lei nº 41/2002: "Artículo 2. Principios básicos. (...) 4. *Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito*".

¹²⁹ Não se pode aceitar que alguém esteja vinculado por uma recusa de tratamento efetuada muito tempo antes do procedimento. Em qualquer caso, a manifestação pode ser revogada a qualquer tempo. Sobre a questão dos "testamentos vitais", v. Dianlas Costa Ribeiro, *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte, Cadernos Saúde Pública* 22:1750, 2006: "A autonomia não dispensa a capacidade para expressá-la. Há situações em que o paciente se torna incapaz de decisões instantâneas, como nos estados de inconsciência em geral, justificando o surgimento dos testamentos vitais e das diretivas antecipadas, instrumentos de manifestação de vontade para o futuro, com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica". Admitindo o testamento vital no Brasil, v. Celso Ribeiro Bastos, *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas, RT* 787:506, 2001: "Tem validade legal a manifestação de vontade antecipada do paciente, por escrito, recusando determinado tratamento médico, para o caso de ele vir a estar inconsciente? Em termos de manifestação de vontade, há de se atentar apenas para os requisitos de sua validade, ou seja, agente capaz, objeto não proibido pelo Direito e forma prescrita em lei. No caso presente, cumpre acentuar que não se trata de objeto proibido pelo Direito, antes sendo decorrência direta do princípio da liberdade"; Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, *Responsabilidade médica e obediência de consciência religiosa, Revista Trimestral de Direito Civil* 21:133, 2005: "A segunda situação que vislumbramos é a de paciente maior, mas inconsciente. Aqui temos duas outras situações. Caso haja prova acerca da crença adotada pelo paciente, seja através de documento de identificação religioso, seja através de declaração firmada pela pessoa, registrada em cartório, ou declaração que tenha a assinatura de duas testemunhas, onde rechaça qualquer tratamento que tenha por finalidade a transfusão sanguínea, não vemos outra alternativa senão privilegiar sua vontade. Caso contrário, ou seja, inexistindo provas, o ato deve ser praticado. Nossa opinião é coerente, portanto, com um dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Também a liberdade é princípio constitucional que deve ser materialmente interpretado. Ora, submeter alguém a uma transfusão de sangue mediante o emprego da força significa fazê-la objeto de tratos desumanos e degradantes. A possibilidade de

conhecimento e a compreensão daquele que vai consentir acerca de sua situação real e das consequências de sua decisão. Nessa linha, os elementos relevantes devem ser transmitidos em linguagem acessível ao indivíduo, conforme indicado na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria MS nº 675/2006), em seu Terceiro Princípio, item IV, e na Lei Estadual (RJ) nº 3.613/2001¹³⁰. Essa mesma advertência é encontrada na Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa¹³¹, editada pela Organização Mundial da Saúde, e no *Health Care Consent Act* canadense¹³².

VII. Interpretação adequada dos enunciados legais e ético-profissionais pertinentes

47. As conclusões a que se chegou baseiam-se no sistema constitucional, mais especificamente na interpretação sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida e à liberdade religiosa. Os dispositivos constitucionais são dotados de força normativa e superioridade hierárquica, de modo que a inexistência de lei específica sobre o tema não impede a incidência da solução constitucionalmente adequada. Na verdade, nos termos da conclusão apurada, a imposição do tratamento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que eventual lei ou ato normativo que dispusesse nesse sentido seria inconstitucional. Por esse mesmo fundamento, o exercício da escolha consciente não depende de manifestação judicial¹³³. Sem prejuízo dessas considerações, convém tratar brevemente de alguns dispositivos legais e regulamentares que apresentam pertinência em relação ao tema.

decidir o próprio destino diante das encruzilhadas da vida é um ato que afeta a liberdade mais íntima de autodeterminação".

¹³⁰ Lei Estadual nº 3.613/2001, art. 2º, VI: "São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Rio de Janeiro: (...) VI – receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre: a) hipóteses diagnósticas; b) diagnósticos realizados; c) exames solicitados; d) ações terapêuticas; e) riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; f) duração prevista do tratamento proposto; g) no caso de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e consequências indesejáveis e a duração esperada do procedimento; h) exames e condutas a que será submetido; i) a finalidade dos materiais coletados para exame; j) alternativas de diagnósticos e terapêuticos existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços; e l) o que for necessário; VII – consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem realizados (...)".

¹³¹ OMS, *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, item nº 2: "2. Informação. (...) 2.2. Os pacientes têm o direito de ser inteiramente informados sobre seu estado de saúde, incluindo fatos médicos sobre sua condição, sobre o procedimento médico proposto, além dos potenciais riscos e benefícios de cada procedimento; sobre alternativas aos procedimentos propostos, incluindo os efeitos do não-tratamento; e sobre o diagnóstico, prognóstico e progresso do tratamento. (...) 2.4. As informações devem ser comunicadas ao paciente de forma coerente à sua capacidade de entender, minimizando o uso de terminologia técnica e pouco familiar. Se o paciente não falar a linguagem comum, alguma forma de interpretação deve estar disponível. (...) 2.7. Pacientes devem ter a possibilidade de obter uma segunda opinião" (tradução livre).*

¹³² Canadá, *Health Care Consent Act*, art. 11 (2): "(2) O consentimento ao tratamento é informado se, antes de dá-lo, (a) a pessoa recebeu a informação sobre as questões relacionadas na subseção (3) que uma pessoa razoável demandaria, nas mesmas circunstâncias, para tomar uma decisão sobre o tratamento; e (b) a pessoa recebeu respostas a seus pedidos por informação adicional sobre essas matérias".

¹³³ Como referido no início, a mesma conclusão foi sustentada pelo Professor e Procurador Gustavo Binenbojm no parecer que produziu acerca da questão.

1. Código Civil

48. Embora não se dirijam especificamente à hipótese aqui analisada, há dois dispositivos do Código Civil que merecem ser considerados no presente estudo:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

(...)

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

49. Na sua dicção literal, o art. 11 parece consagrar a tese de que os direitos da personalidade – entre os quais se incluem os direitos à vida e à integridade física – seriam insuscetíveis de qualquer limitação, inclusive voluntária. O dispositivo requer algum esforço hermenêutico, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, esvaziando os direitos que se destina a proteger, bem como a liberdade individual. Isso porque, como demonstrado, o exercício da autonomia pessoal envolve escolhas que, vistas por um observador externo, poderiam ser facilmente enquadradas no conceito de renúncia. Não é o caso de repisar os muitos exemplos que foram fornecidos. No momento, basta constatar que o excesso retórico do art. 11 deve ser harmonizado com o restante da ordem jurídica.

50. Em uma sociedade plural, é inevitável que os direitos da personalidade entrem em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo temperamentos e até a imposição de restrições recíprocas ou condicionadas. O ponto não é minimamente controverso, aceitando-se de forma pacífica, como já registrado, que não há direitos absolutos. Nesse sentido, um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, acaba por evocar uma realidade não apenas contrafactual, mas também incompatível com o pluralismo consagrado pela Constituição. A única leitura possível de tal dispositivo seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos. De outra forma, o art. 11 será, mais do que inconstitucional, verdadeiramente inaplicável. Afinal, em um conflito entre direitos da personalidade, simplesmente não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer temperamento.

51. O art. 15, por sua vez, não diz nada a respeito das situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Ao contrário, ele permite a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. Veja-se que o dispositivo não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o médico imponha o tratamento arriscado por considerar que a inação levaria à morte certa. Assim, o dispositivo não consagra a ideia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Em vez disso, respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevivência ou mesmo no receio da perda da consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como – mais uma – confirmação de que o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes¹³⁴.

¹³⁴ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, 2004, p. 41: “Na esteira de tais considerações, há de

52. Essa leitura se compatibiliza com aquela que se acaba de fazer a respeito do art. 11, também do Código Civil: as recusas de tratamento – como eventuais restrições ou conformações de direitos fundamentais – são legítimas desde que não sejam caprichosas, *i.e.*, desde que haja um fundamento consistente associado ao exercício da capacidade de autodeterminação, derivada da dignidade como autonomia. Com isso, evita-se a funcionalização dos direitos, sem recair em um individualismo exagerado.

2. Código Penal

53. O Código Penal também não traz nenhum dispositivo específico sobre a questão. A única menção próxima consta do art. 146, que criminaliza o constrangimento ilegal, mas ressalva a conduta do médico que realiza procedimento sem obter o consentimento do paciente em casos de iminente risco de vida¹³⁵. Como é fácil perceber, o artigo não trata como crime a conduta do médico que respeite a vontade do paciente. Nesse sentido, o máximo que se poderia extrair diretamente da disposição seria a inexistência de responsabilidade penal do médico em caso de imposição do tratamento.

54. Na verdade, porém, é perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo iminente risco de vida, não seja possível a obtenção do consentimento. Tal leitura se harmoniza com as conclusões obtidas no presente estudo, em que se assentou a necessidade de consentimento personalíssimo, livre e informado para a recusa de tratamento por motivação religiosa. No entanto, obedecidos esses requisitos, a manifestação da vontade deverá ser respeitada por força dos princípios constitucionais que incidem diretamente na hipótese. Por tais fundamentos, seria impossível qualificar a conduta do médico como homicídio ou omissão de socorro, ou ainda enquadrá-la em qualquer outro tipo em tese cogitável.

3. O novo Código de Ética Médica

55. Por fim, faz-se um registro de dois atos editados por conselhos de regulamentação da profissão médica. Embora disposições dessa natureza não sejam capazes de se sobrepor à conclusão extraída diretamente do texto constitucional, é natural que a comunidade médica atente para as suas previsões, justificando o comentário. O primeiro ato regulamentar a ser analisado é o novo Código de Ética do CFM – Conselho Federal de Medicina, em vigor a partir de abril de 2010. Embora esse diploma não discipline o tema aqui tratado de forma específica ou conclusiva, é possível dar às suas previsões

ser interpretado o art. 15: não só o constrangimento que induz alguém a se submeter a tratamento com risco deve ser vedado, como também a intervenção médica imposta a paciente que, suficientemente informado, prefere a ela não se submeter, por motivos que não sejam fúteis e que se fundem na afirmação de sua própria dignidade. Nesta sede, a normativa deontológica há de se conformar aos princípios constitucionais”. No mesmo sentido, v. Diáulas Costa Ribeiro, *Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte*, *Cadernos Saúde Pública* 22:1750, 2006, para quem: “[a] leitura desse artigo ‘conforme a Constituição’ deve ser: ninguém, nem com risco de vida, será constrangido a tratamento ou a intervenção cirúrgica, em respeito à sua autonomia, um destacado direito desta Era dos Direitos”.

¹³⁵ Código Penal, art. 146: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (...) § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio”.

interpretação compatível com a solução constitucionalmente imposta, evitando-se que seja considerado incompatível com a Constituição. A demonstração do argumento não é complexa.

56. Em primeiro lugar, veja-se que o novo Código de Ética estabelece como princípio fundamental o respeito à dignidade do paciente, vedando violações a sua integridade, expressão que naturalmente não se limita à dimensão física¹³⁶. A invocação da dignidade como diretriz fundamental abre caminho para todas as considerações desenvolvidas no presente estudo, no qual se pretendeu demonstrar que a recusa de tratamento por motivação religiosa deve ser regida pela incidência da dignidade como autonomia. Todas as demais previsões pertinentes do Código podem ser interpretadas em reforço a essa conclusão ou, quando menos, de forma a se afastar eventual contradição. Por sua relevância para o exercício profissional da medicina, o ponto merece ser explicitado.

57. Já nos seus *consideranda*, o Código de Ética assume como premissa a “*busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade*”. De forma ainda mais expressiva, ao tratar dos direitos do médico, o diploma lhe assegura a prerrogativa de *indicar* o tratamento que lhe pareça adequado¹³⁷. A inexistência de um poder para obrigar o paciente a receber determinado tratamento é confirmada por outro dispositivo – incluído no capítulo referente aos direitos humanos –, que veda de forma taxativa a conduta de “*deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo*”¹³⁸. Essas duas disposições alinham-se inteiramente com o novo paradigma da ética médica e com as conclusões aqui produzidas, no sentido de se privilegiar a dignidade como autonomia.

58. A sequência da análise traz novos elementos em amparo a essa constatação. No capítulo relativo aos princípios fundamentais, encontra-se – além da já mencionada previsão de respeito à dignidade –, a exigência de que o médico respeite a orientação do paciente na definição dos métodos de diagnóstico ou tratamento, observada sua consciência, os ditames legais e as indicações científicas pertinentes¹³⁹. Como se vê, o dispositivo estabelece de forma clara a necessidade de consentimento do paciente, ao passo que as exigências indicadas não parecem justificar a imposição de tratamento. O que está dito é que o médico pode se recusar a conduzir o tratamento na forma desejada pelo paciente – hipótese em que deverá indicar outro médico e velar pela transição segura¹⁴⁰ – e que não poderá prescrever terapia vedada pela lei ou não recomendada

¹³⁶ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo I, item VI: “O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

¹³⁷ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo II, item II: “Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”.

¹³⁸ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, art. 24.

¹³⁹ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo I, item XXI: “No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”.

¹⁴⁰ A prerrogativa de se afastar de tratamento que contrarie sua consciência é prevista entre os direitos do médico. V. Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo II, item IX: “Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. No que concerne ao dever de assegurar a transição adequada do paciente para os cuidados de outro profissional, confira-se o art. 36, § 1º, do mesmo diploma: “Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho

pelo conhecimento médico, o que chega a ser intuitivo, não se cogitando de uma suposta prerrogativa do paciente para obrigar o profissional a adotar técnicas heterodoxas ou incompatíveis com seus padrões morais.

59. Ainda em reforço a tais afirmações, o Código proíbe o médico de “*desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte*”¹⁴¹. Ao mesmo tempo, impõe ao profissional que se valha de todos os meios de diagnóstico e tratamento que estejam ao seu alcance e sejam cientificamente reconhecidos¹⁴². Como é intuitivo, ambas as disposições devem ser interpretadas à luz do *direito humano de decidir sobre a realização de tratamentos*, estabelecido de forma taxativa e sem reservas.

60. Assim, a ressalva relativa ao risco iminente de morte só pode ser compreendida como uma dispensa da obtenção de consentimento nos casos em que isso seja impossível, *e.g.*, em razão do estado de inconsciência. Aliás, tal leitura vai ao encontro da ressalva, feita no presente estudo, de que se deve realizar a transfusão de sangue nas situações em que não seja possível obter ou confirmar a recusa personalíssima, expressa e informada do paciente, mesmo contra a vontade de familiares ou amigos. Da mesma forma, a exigência de que sejam empregados todos os recursos disponíveis não autoriza que estes sejam impostos ao paciente. Em vez disso, o dispositivo parece impedir que meios disponíveis ao médico e consentidos pelo paciente deixem de ser utilizados por fatores externos, como os eventuais custos.

61. Finalmente, duas previsões que tratam sobre tema diverso e igualmente polêmico ilustram a prevalência da dignidade como autonomia na sistemática do Código de Ética. A primeira, incluída no capítulo dos princípios fundamentais, estabelece que, em situações de doença irreversível ou terminal, o médico se abstenha de empreender medidas obstinadas e se concentre na melhoria da qualidade de vida do paciente¹⁴³. Tal disposição é complementada por outra de mesmo teor, na qual se faz referência expressa ao necessário respeito à vontade do paciente¹⁴⁴. O conjunto formado por esses dois artigos corrobora a conclusão de que o novo Código de Ética do Conselho Federal de Medicina se pauta pela ideia de dignidade como valor complexo, e não pela atribuição de peso supostamente absoluto ao valor objetivo da vida humana. Basta essa constatação para que o diploma se abra a uma interpretação conforme ao sistema constitucional, permitindo que se leve em conta a dignidade, em sua dupla perspectiva. Na hipótese de que se trata – recusa de determinados tratamentos por testemunhas de Jeová – tal interpretação conduz à prevalência da autonomia em respeito à decisão existencial fundada em convicção religiosa.

profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder”.

¹⁴¹ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, art. 31.

¹⁴² Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, art. 32: “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

¹⁴³ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo I, item XXII: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

¹⁴⁴ Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, art. 41: “Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

62. Veja-se que não se está propondo qualquer distorção dos enunciados contidos no referido diploma. Ao contrário, cuida-se apenas de interpretar os dispositivos supostamente lacônicos ou dúbios de forma a realizar a diretriz explícita do artigo que enuncia, como direito humano, a prerrogativa do paciente de decidir autonomamente sobre a realização de tratamentos, ao mesmo tempo em que proíbe o médico de se valer de coação. Ademais, convém lembrar uma vez mais que a possibilidade de recusa na situação em tela foi extraída diretamente da Constituição, de modo que a eventual incompatibilidade do Código de Ética nesse particular redundaria na sua invalidade, e não no afastamento das conclusões obtidas. O que se defende, no momento, é a possibilidade de conferir a esse ato normativo um sentido conforme a Constituição.

63. No entanto, se é verdade que as disposições do Código de Ética do CFM comportam esse tipo de leitura, o mesmo não se pode dizer da Resolução nº 136/99, do CREMERJ – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que trata especificamente da recusa em receber transfusão de sangue e hemoderivados¹⁴⁵. Esse ato determina que os médicos tentem evitar a necessidade de transfusões, mas prevê a sua realização forçada em caso de risco iminente à vida. Pelos razões expostas ao longo do estudo, verifica-se aqui uma incompatibilidade incontornável com o princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva da autonomia, bem como violações adicionais à liberdade de religião, à igualdade e ao pluralismo. Diante dessa constatação, sequer é necessário enveredar pela discussão da incompatibilidade entre a Resolução e o novo Código de Ética do CFM, interpretado à luz da Constituição.

Conclusão

64. As conclusões obtidas ao longo do presente estudo podem ser sumariadas nas seguintes proposições objetivas:

A. Nas últimas décadas, a ética médica evoluiu do paradigma paternalista, em que o médico decidia por seus próprios critérios e impunha terapias e procedimentos, para um modelo fundado na autonomia do paciente. A regra, no mundo contemporâneo, passou a ser a anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que afete sua integridade.

B. A dignidade da pessoa humana é o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais. Ela tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação, de liberdade de realizar suas escolhas existenciais e de assumir a responsabilidade por elas. A dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele. Trata-se da dignidade como heteronomia.

¹⁴⁵ Resolução CREMERJ nº 136/99: “Art. 1º. O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance. Art. 2º. O médico, sentindo a impossibilidade de prosseguir o tratamento na forma desejada pelo paciente, poderá, nos termos do Parágrafo Primeiro, do artigo 61, do Código de Ética Médica, renunciar ao atendimento. (...) Art. 3º. O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares”.

Na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, impõe-se um especial ônus argumentativo.

C. É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

D. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010

LUÍS ROBERTO BARROSO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

APROVO o parecer nº 01/2010–LRB, da lavra do Procurador do Estado Luís ROBERTO BARROSO, que examina os aspectos jurídicos envolvidos na *recusa* das testemunhas de Jeová à transfusão de sangue humano, em nome da crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola leis de Deus que não poderiam ser excepcionadas nem mesmo em casos emergenciais, com risco de morte.

Antes, porém, neste mesmo processo, o Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN, em minucioso pronunciamento, concluiu que haveria de prevalecer, na hipótese, a proteção da vida humana, mesmo contra a vontade do titular do direito. Os argumentos lançados para sustentar a conclusão podem ser assim resumidos: (i) a legislação pertinente não faculta às pessoas a disposição da própria vida por razões de ordem religiosa; (ii) as diretivas éticas dos Conselhos de Medicina obrigam os médicos a proceder ao tratamento necessário para salvar a vida do paciente, sem o seu consentimento ou a despeito da sua recusa; (iii) o Código Civil de 2002, “*em franca interpretação autêntica da CRFB/88*”, determina a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, bem como a indisponibilidade do corpo humano; (iv) “*o direito fundamental à vida humana deve ser considerado um direito universal quase que absoluto, não podendo ser relativizado e/ou flexibilizado para atender a culturas regionais, religiosas e/ou fundamentalistas*”; (v) o valor da dignidade humana engloba a possibilidade de o ser humano responder pelas suas decisões existenciais, mas “*essa concepção não pode ser levada ao extremo, sobretudo em um país como o Brasil, dotado de quantidade imensa de seitas e religiões*”; (vi) a

liberdade religiosa não pode impedir o Estado de “agir em defesa da vida humana ao ter ciência de que pessoas estão colocando em risco as próprias vidas – por fundamento religioso – e podem vir a atingir a esfera jurídica de terceiros”, já que os médicos poderiam estar sujeitos a sanções administrativas, civis e criminais; (vii) a liberdade religiosa deve ser exercida de modo razoável e proporcional, e “a opção do Testemunha de Jeová viola (...) o princípio da razoabilidade (...)”, na medida em que sacrifica o seu direito à vida; (viii) “a paciente, ao se dirigir ao hospital, optou pela salvação de sua vida, cabendo, portanto, o método e o tratamento final ao médico”.

Ao assim se pronunciar, o Procurador-Chefe FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN divergiu do entendimento manifestado pelo Procurador do Estado Gustavo Binenbojm, que se posicionara favoravelmente ao direito de recusa de tratamento. Após anotar que o paradigma do *paternalismo médico* vem sendo substituído pela *autonomia do paciente*, destacou o parecerista, em síntese, que: (i) o item nº 2 da Resolução CFM nº 1.021/80 deve ser visto como “expressão atávica do paternalismo ou beneficência médica”, na medida em que deixa de respeitar a vontade do paciente quando há risco de morte; (ii) a objeção de consciência das testemunhas de Jeová corresponde ao exercício da autonomia privada do indivíduo, materializada nos direitos fundamentais à privacidade – autodeterminação no plano das escolhas privadas –, ao próprio corpo e à liberdade religiosa; (iii) não cabe ao médico substituir-se a um paciente maior, capaz e informado para reavaliá-la sua escolha existencial; (iv) o direito à diferença exige do Estado que tolere e proteja posições jurídicas, ainda que consideradas exóticas pelos demais; (v) a decisão do paciente, que se recusa a receber tratamento, é autoexecutória em relação ao médico, na medida em que se funda diretamente nos direitos fundamentais envolvidos, de modo que não se exige a judicialização do tema; e, a despeito de a consulta não abranger o ponto, (vi) no caso de a recusa dizer respeito à saúde de menor de idade, sua manifestação de vontade poderia ser submetida ao Poder Judiciário, a fim de se aferir sua maturidade para tomar essa decisão.

À vista da divergência instalada, com respeitáveis argumentos num e noutro sentido, solicitei ainda o pronunciamento do Procurador do Estado LUIS ROBERTO BARROSO, cujo parecer ora aprovo.

No entender do parecerista, a *recusa* a determinados tratamentos médicos, em nome de convicção religiosa, deve ser respeitada, “não cabendo ao Estado avaliar o mérito da convicção religiosa, bastando constatar a sua seriedade. Em outras palavras, o que interessa aqui não é o acerto ou desacerto do dogma sustentado pelas testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentado por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo esse padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento, segundo sua própria convicção. A proteção seletiva a determinados dogmas religiosos equivaleria à negação da liberdade de religião e do pluralismo, violando a exigência de que os diferentes grupos sociais sejam tratados com igual consideração e respeito. A única avaliação legítima de que se pode cogitar diz respeito à seriedade do fundamento religioso ou do que pode ser razoavelmente qualificado como religião. Mas isso não está em questão no que diz respeito às testemunhas de Jeová, confissão tradicional que existe desde o final do século XIX e conta, segundo suas próprias informações, com 6 milhões de adeptos em mais de 230 países. Vale o registro de que, na linha da conclusão que se acaba de enunciar, a recusa de tratamento pelas testemunhas de Jeová é aceita em diversos países, dentre os quais a Itália, a Espanha, os EUA e o Canadá. Além disso, tal possibilidade foi incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000, que dispõe: o paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento”.

A conclusão a que chegaram os Procuradores do Estado GUSTAVO BINENBOIM e LUIS ROBERTO BARROSO é a que, a meu ver, melhor concilia a aplicação, na hipótese, do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida e à liberdade religiosa, com a nota de que, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de todas as cautelas possíveis.

A despeito dessa convicção, certo é que não será tranquila, ao ângulo disciplinar, a situação dos médicos que, nessa mesma perspectiva, não observarem a Resolução nº 136/99, do CREMERJ – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que trata especificamente da recusa em receber transfusão de sangue e hemoderivados. Esse ato determina que os médicos tentem evitar a necessidade de transfusões, mas prevê a sua *realização forçada em caso de risco iminente à vida*. Daí sugerir-se o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, com vistas ao exame, pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, da pertinência da adoção da medida judicial ora alvitrada.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2010

LUCIA LEA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado