# Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Titular de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito da U.S.P.

**Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da U.S.P. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Aix-Marseille (França). Conselheiro da Associação Internacional de Direito Constitucional.**

Rua Hungria, 664, 91/92 — São Paulo — 01455-904
Tel. (011) 212.1588 — Fax (011) 814.0278


# P A R E C E R

## I. Consulta

1. A Sociedade Torre de Vigia que representa legalmente as Testemunhas de Jeová dirigi-me consulta sobre questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue.

É ela acompanhada de volumosa documentação que explicita a orientação das referidas Testemunhas de Jeová, acerca de sua doutrina e das conseqüências desta, em particular quanto ao assunto objeto da Consulta.

Importa essa consulta no exame de questões de extrema relevância e delicadeza. Envolve considerações relativas não só a temas de alta indagação como também a aspectos pouco explorados da teoria dos direitos fundamentais.

Por isso, num capítulo preliminar deste parecer, serão estudadas em geral duas liberdades fundamentais, raramente analisadas entre nós, quais sejam o direito à privacidade e à liberdade religiosa, para depois responderem-se os quesitos formulados.

## II. Considerações gerais

### A) O direito à privacidade

2. É elemento essencial do constitucionalismo a idéia de direitos fundamentais. Melhor, à idéia clássica de Constituição é inerente como finalidade à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim o exprime a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em cujo art. 16 se lê:

> *"Não tem constituição a sociedade na qual não são assegurados os direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes."*

3. O reconhecimento de tais direitos fundamentais corresponde a uma convicção profundamente arraigada na consciência humana. Ou seja, a de que acima das leis positivas, há um Direito, ao qual estas se devem conformar, para serem válidas e merecerem obediência. Tal Direito identifica-se ao justo que independe da vontade dos poderosos e decorre da própria natureza das coisas. Ora, desse Direito resultam projeções, faculdades, que resguardam a dignidade de cada um dos seres humanos.

Tais direitos já foram vistos como esculpidos pelo próprio Deus na consciência do homem, como inerentes à natureza humana, como confirmados por uma prática unânime dos povos cultos, como "ideal de todos os povos e todas as nações". Sobre isso dissentem as escolas e as épocas, entretanto, sempre perdura, e no mundo contemporâneo de modo absoluto, a convicção de que são a expressão lídima da dignidade da pessoa, e como tal, merecedores do respeito e da proteção por parte dos Poderes políticos.

4. A relação desses direitos não é objeto de uma "revelação" feita de uma vez para todo o sempre. Ao contrário, em cada momento histórico, diferentes conjunturas fazem ressaltar determinadas projeções desse núcleo básico.

Reflexo disto é a sábia advertência da Emenda nº 9 à Constituição dos Estados Unidos da América, na qual se lê:

> *"A enumeração de determinados direitos pela Constituição não pode ser interpretada como negando ou cerceando outros direitos pertencentes ao povo."*

Ou, na tradição nacional, como o exprime, p. ex., a Constituição de 1891 (art. 78):

> *"A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna."*

Realmente, o direito comparado aponta e a doutrina moderna registra pelo menos três "ondas" ou "gerações" de direitos fundamentais: a das liberdades públicas, como os afirma a Declaração de 1789, a dos direitos econômicos e sociais que anunciou a Constituição Alemã de 1919 e a dos direitos de solidariedade, presentes nas constituições mais recentes e em numerosos pactos internacionais (Cf. Robert Pelloux, "Vrais et faux Droits de l'Homme, em Revue du Droit Public, Paris, 1991, n.º 1, p. 54 e s.; Dominique

Rousseau, "Les droits de l'homme de la troisième génération", em Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme, Paris, Economica, 1987, p. 125 e s.).

5. Em face das condições de vida no mundo contemporâneo, o direito fundamental à privacidade é projeção da dignidade da pessoa humana universalmente reconhecida.

Realmente, o desenvolvimento da imprensa e particularmente dos meios audiovisuais de comunicação de massa, por um lado, da informática, por outro, vieram pôr em grave risco o direito de cada pessoa não ver exposta a sua vida privada, e, mais, a sua vida íntima à indiscrição alheia. Inclusive a do Estado.

Entretanto, não é "novo" esse direito. Há um século já se reconhece o direito à privacidade (right to privacy) nos Estados Unidos da América. Marco dessa afirmação é o famoso artigo de Warren e Brandeis, "The right to privacy", publicado em 1890. É ele objeto de abundante jurisprudência da Suprema Corte, que tem no caso *Griswold,* de 1965, o mais importante aresto (Cf. Liberdades Públicas e Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1976, p. 103/4).

6. O direito à privacidade é dos que reclamam a não-interferência, a não-ingerência, a não-intromissão, seja do Estado, seja de todo grupo social, seja de qualquer outro indivíduo. Nisto, ele coincide com as liberdades públicas clássicas que impõem um não-fazer, estabelecendo uma fronteira em benefício do titular do direito que não pode ser violada por quem quer que seja.

Reflete ela a dignidade humana cuja primeira e principal expressão é a liberdade.

Dela decorre que cada ser humano tem o direito de conduzir a própria vida como entender — fora dos olhos da curiosidade e da indiscrição alheias — desde que não fira o direito de outrem.

7. Duas são as faces desse direito, segundo aponta o Juiz Stevens, da Suprema Corte Americana, em famoso aresto, *Whalen v. Roe*: "a de evitar a divulgação de questões pessoais" ("avoiding disclosure of personal matters") e a "independência em tomar determinada espécie de decisões importantes" ("independence in making certain kinds of important decisions") (V. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 2ª ed., Mineola, the Foundation Press, 1988, p. 1302).

Como decisões incluídas na *privacidade*, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas inscreve as relativas ao próprio corpo (como vacinações, testes de sangue obrigatórios, etc.) (Tribe, ob. cit., p. 1331); concepção e contracepção (id., p. 1337); tratamentos médicos (id., p. 1362); estilo de vida (id., p. 1371); plano de vida (id., p. 1373); etc.

8. Embora há mais de um século reconhecida, apenas depois da segunda guerra mundial, foi explicitada a existência e a garantia desse direito nos documentos internacionais e nas constituições nacionais.

No plano internacional, o direito à privacidade aparece expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo art. 12 dispõe:

> *"Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Todos têm direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados."*

A seu turno, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, de 1969, art. 11, é expressa:

> "*Proteção da honra e da intimidade.*
> *1- Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.*
> *2- Ninguém pode ser objeto de interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em sua casa ou em sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação.*
> *3- Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais influências ou ataques."*

9. A primeira Constituição a explicitar o direito à privacidade foi a de Portugal, editada em 1976. Esta o fez no art. 33:

> *"Direito à identidade, ao bom nome e à intimidade.*
> *1. A todos é reconhecido o direito à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.*
> *2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva*

*ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias."*

10. No Brasil, embora não faltasse ao direito anterior à Constituição de 1988 a declaração e garantia de direitos fundamentais que exprimem a privacidade, inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, foi ela a primeira a referir-se à "vida privada", à "intimidade", notoriamente por influência da Carta Magna lusitana.

É o que enuncia o art. 5º, X:

> *"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".*

Isto sem olvidar das projeções tradicionais da privacidade: domicílio, sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, etc.

11. Comentando-o, José Afonso da Silva aí identifica as duas faces da privacidade que aponta Stevens (*Curso de Direito Constitucional Positivo,* 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 1992, p. 190/1).

Para ele, a primeira face da privacidade é o direito ao segredo; a segunda, a liberdade da vida privada. Este último é o direito de cada um levar a vida como lhe apraz, sem a ingerência de outrem.

No mesmo sentido é a lição da Prof. Ada Pellegrini Grinover (Cf. Liberdades Públicas e Direito Penal, ob. cit., p. 94)

B) Da liberdade religiosa

12. Vale, neste passo, reproduzir, resumindo, as observações gerais que Jean Rivero formula no seu livro *Les Libertés Publiques*, sobre "a especificidade do fato religioso" (Paris, PUF, vol. 2º, 1977, p. 148 e s.).

Observa o mestre francês que:

> *"(A religião) afirma a existência de realidades sobrenaturais, a propósito das quais o homem está em situação de dependência: a religião organiza as relações que esta dependência postula" (ob. cit., p. 148).*

Ora, acrescenta:

> *"O crente adere a esta afirmação, aceita esta organização de suas relações com o sobrenatural. Em vista disto, sua adesão transborda largamente a simples profissão de uma opinião num outro domínio, pois ela comporta, não uma mera preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade considerada como objetiva, transcendente e superior a todas as outras." (**id**., **ibid**.).*

Assinala, mais:

> *"A adesão acarreta um conjunto de **comportamentos** destinados a estabelecer, entre o homem e Deus, liames que marcam uma dependência: comportamentos rituais, que variam segundo os cultos, mas apresentam um certo número de traços comuns — oração, práticas de sacrifício e de penitência — comportamentos éticos que, nas grandes religiões, podem abranger a totalidade da existência do homem e de suas relações com outras pessoas." (**id**., p. 149).*

Ademais:

> *"Para o crente, estes comportamentos, que constituem a prática de sua religião, não são redutíveis à manifestação de uma opinião: trata-se de bem mais do que a exteriorização social de um pensamento pessoal: da obediência a uma regra cuja origem e cuja sanção estão além de todo poder humano." (**id., ibid**.).*

E completa:

> *"Enfim, a religião, e notadamente as grandes religiões monoteístas, como as seitas que delas derivam, exercem sobre o crente uma possessão (**emprise)** total. Na medida em que elas lhe fornecem uma explicação global de seu destino, elas ditam seus comportamentos individuais e sociais, modelam o seu pensamento e sua ação. Porque afirmam a prioridade da ordem sobrenatural sobre toda ordem humana, conduzem cada crente conseqüente consigo mesmo a preferir, em caso de conflito entre o poder do Estado e os imperativos de sua fé, a obediência à regra mais alta" (**id**., p. 150).*

*a) Alguns aspectos históricos*

*a') Da Antigüidade ao advento do Estado contemporâneo*

13. O conflito entre deveres religiosos e comandos estatais é registrado desde a Antigüidade. Quem não conhece, por exemplo, a desobediência de Antígona aos comandos do Rei, em nome da obediência a um Direito de índole religiosa?

Os primeiros cristãos bem o sentiram na Roma dos Césares, pagando — tantos — com a vida o fato de observarem a lei de Deus, apesar dos editos do Imperador. E até hoje, por isso, são admirados e louvados, inclusive cultuados. E exatamente por sua fidelidade à crença e às condutas e proibições daí derivadas, que puseram acima da vida e da liberdade.

Mérito é reconhecido a Constantino, dito o Grande, que pelo famoso edito de Milão, de 313, reconheceu aos cristãos os direitos de *"sequendi religionem quam quisque vult"* (liberdade de crença, e de conduta compatível com esta) e de *"colendi religionem suam"* (liberdade de culto) (Cf. Piero Agostino d'Avack, "Libertà di conscienza, di culto e di propaganda", em *Enciclopedia del Diritto*, Pádua, CEDAM, 1974, vol. XXIV).

14. A questão da liberdade religiosa ganhou grande importância, no mundo ocidental, após o "protesto" de Lutero, no século XVI.

Como se sabe, a divisão da Europa do Oeste entre "católicos" e "protestantes", provocou perseguições de toda espécie, bem como as sangrentas "guerras de religião" que ensangüentaram o velho mundo por um século e meio. A Paz de Westfália, de 1648, estabeleceu um modus vivendi que ainda não era a liberdade religiosa, conquanto importasse na tolerância entre cristãos de diferentes visões (V. Claude-Albert Colliard, *Libertés Publiques*, Paris, Dalloz, 6ª ed., 1982, nº 317).

Desse conflito entre cristãos em torno da liberdade religiosa, porém, iria resultar a reivindicação da liberdade em geral que cresce no século XVIII. Culmina ela com a consagração dos Direitos do Homem, seja nas declarações editadas no final do século na América do Norte, seja na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

De fato, segundo Canotilho, autores como G. Jellinek consideram que "na luta pela liberdade de religião" está "a verdadeira origem dos direitos fundamentais" (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional,* Coimbra, Almedina, 6ª ed., 1993, p. 503).

*b') Na América do Norte*

15. Na América do Norte, certamente em razão de haver sido sua colonização efetivada por dissidentes religiosos, é nítida essa vinculação. Tal se revela pelo fato de que seus documentos constitucionais sempre terem cuidado de inscrever a liberdade religiosa entre os direitos fundamentais protegidos.

Na verdade, em algumas colônias britânicas, como Maryland (*Toleration act,* 1649) e Rhode Island (*Charter*, 1633), já no século XVII se consagrou o "*free exercise of religion*". A seu turno, quando da independência, doze dos treze novos Estados (Virgínia, a primeira, na Declaração de Direitos de 1776, art. 16, mais Nova Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Carolina do Norte, Geórgia, Nova Iorque, Vermont, Carolina do Sul, Massachusetts e New Hampshire) inscreveram, ou na Declaração de Direitos, ou na própria Constituição, essa liberdade (Cf. Bernard Schwartz, The Great Rights of Mankind, Nova Iorque, Oxford University, Press, 1977, p. 87).

16. A Constituição Federal de 1787 não continha, como se sabe, uma Declaração de Direitos. No processo ratificatório, todavia, oito Estados, entre os quais Pennsylvania, Virgínia e Nova Iorque, reivindicaram a consagração expressa de alguns dos direitos fundamentais, entre os quais a liberdade religiosa (id., p. 157).

É verdade que o texto já continha um de seus aspectos, ao final do art. VI:

> *"Mas nenhuma prova de religião será requerida como qualificação para qualquer cargo ou função pública nos Estados Unidos." ("**But no religions test shall ever be required as qualification to any office or public tresor under the United States"**).*

Isto levou à edição, em 1791, das primeiras dez Emendas à Constituição de Filadélfia, da qual a de n.º 1 estabelece:

> "O Congresso não poderá fazer qualquer lei que estabeleça (como oficial) uma religião, ou proibindo o seu livre exercício, restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito dos cidadãos de reunir-se pacificamente e de endereçar petições ao Governo para a reparação de seus agravos." (***"Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peacebly to assemble, and to petition the government for redress of grievances"***).

*c') Na Declaração de 1789*

17. Ao contrário do que se observa do direito norte-americano, a Revolução francesa levou a um modelo em que a liberdade religiosa veio a ser reduzida à liberdade de opinião. Isto facilmente se compreende quando se recorda a hostilidade dos revolucionários para com a Igreja Católica, intimamente vinculada à monarquia e vista como responsável por tudo o que era retrógrado.

Assim, na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a liberdade religiosa aparece, como que às escondidas, no art. 10:

> "Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei."

A seu turno, a Constituição de 1791, no Título I, garante "a liberdade de todo homem ... de exercer o culto religioso, ao qual está vinculado".

*d') No Brasil*

18. No Brasil colonial, inexistia a liberdade religiosa, em decorrência da legislação portuguesa.

Proclamada a independência, a Carta de 25 de março de 1824 estipulou a *tolerância* religiosa no art. 179, 5º:

> "Ninguém poderá ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública."

Entretanto, manteve a vinculação entre Estado e Religião (católica), no art. 5º:

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

19. A Constituição de 1891 foi além. Estabeleceu ela a liberdade religiosa, no art. 72, § 3º, no que iria ser seguida, sem exceção, pelo direito posterior:

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

20. Acrescente-se que esta Lei Magna estabeleceu a separação entre a Igreja e o Estado, no art. 11, 2º:

> "É vedado aos Estados, como à União:
> .....
> 2º) Estabelecer, subvencionar, ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;
> ....."

E este princípio não falta em qualquer das Constituições posteriores: 1934, art. 17, II; 1937, art. 32, *b*; 1946, art. 31, II; 1967, art. 9º, II; 1969, art. 9º, II.

Na atual, vem no art. 19, I:

> "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-las, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
> ....."

21. Na Constituição de 1934, a matéria veio a ser regida pelo art. 113, 5):

> "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem

> personalidade jurídica nos termos da lei civil."

Deu ela, ademais, dois passos significativos em consonância com essa liberdade. Um, a consagração da "objeção de consciência", no art. 113, n.º 4; outro, a previsão da assistência religiosa, no art. 113, n.º 6.

22. A Carta de 1937 reproduz praticamente, no art. 122, 4º, o texto de 1891, salvo na parte final que é inspirada pela Constituição de 1934:

> "Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública ou dos bons costumes."

23. Já a Lei Magna de 1946 preferiu, no art. 141, § 7º, seguir o texto de 1934:

> "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil."

E também salvaguardou a escusa de consciência (no art. 141, § 8º) bem como a assistência religiosa (art. 141, § 9º).

24. Dela pouco discrepa a Constituição de 1967. Esta, no art. 150, § 5º, dispõe:

> "É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes."

E logo no parágrafo seguinte reproduz o que vinha sobre a objeção de consciência no texto anterior, e, igualmente, no § 7º, a previsão da assistência religiosa.

25. Salvo uma pequena correção gramatical, a Emenda nº 1/69 manteve essas disposições sobre a liberdade de consciência e a escusa correspondente, que se tornaram os §§ 5º e 6º do art. 153. Já a assistência religiosa sofreu uma alteração maior, ainda que de redação apenas (§ 7º).

26. A Constituição de 1988 não foge do modelo.

No art. 5º, VI dispõe:

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

Noutros mencionando a assistência religiosa e a escusa de consciência.

> "Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei."

*b) Conteúdo da liberdade religiosa*

27. A *liberdade religiosa*, como se depreende das considerações acima, consiste num feixe de direitos públicos subjetivos, consagrados pela tradição, pelo direito comparado, e pelo direito constitucional positivo brasileiro como fundamentais (Cf. sobre este assunto, entre outros, Vezio Crisafulli e Livio Paladin, Commentario Breve alla Costituzione, Pádua, CEDAM, 1990, p. 19 e s., Temistocle Martines, Diritto Costituzionale, Milão, Giuffre, 6ª ed., 1990, p. 655 e s., Alessandro Pizzorusso, Lecciones de Derecho Constitucional, trad. esp., Madri, Centro de Estudios Constitucionales, vol. I, 1984, p. 126 e s., além dos expressamente citados).

Essencialmente, é ela o direito de cada ser humano ter sua religião, por escolha livre, segui-la livremente nos seus mandamentos, prestar, segundo estes, o seu culto à divindade, sem ingerência, mas com o apoio do Estado (seja-me perdoada a formulação pleonástica).

Vale ouvir Jorge Miranda, sempre profundo:

> "A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste

> ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família, ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres" (Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Ed., tomo IV, 2ª ed., 1993, nº 88).

E tem como garantia a separação entre a Igreja e o Estado.

28. O cerne da liberdade religiosa, todavia, está na liberdade de consciência, ou crença.

Pode-se observar, de início, com Pontes de Miranda, que o termo "consciência" é de compreensão mais ampla do que "crença". Aquele abrange as convicções em geral, filosóficas, políticas, etc., que integram a Weltanschauung de cada um; este apenas as de caráter religioso (Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969, São Paulo, Rev. Tribunais, tomo V, 2ª ed., 1971, p. 129).

Igualmente, pode-se fazer, teoricamente, uma distinção entre liberdade de crença e a de consciência. Seria a de crença a liberdade de optar, no foro íntimo, por uma religião ou por nenhuma; já a de consciência a de seguir na conduta de todos os dias os imperativos decorrentes dessa crença, dessa religião, ou do ateísmo.

Mas, como o direito não alcança o foro íntimo, sendo baldadas de êxito todas as tentativas dos detentores da verdade de impor uma crença, mormente religiosa, ou proibi-la, segundo revela a história do passado e do presente (v. o fracasso da campanha ateísta soviética), ambas aparecem confundidas e são usadas como sinônimas (Cf. José Cretella Jr, Comentários à Constituição 1988, Rio de Janeiro, Forense Univ., vol. I, 1989, p. 216 e s.).

Em monografia especializada, Pietro de Lucca conceitua a liberdade de consciência:

> "Faculdade humana de autodeterminar-se, positiva ou negativamente, em relação aos atos exteriores, conforme às próprias convicções religiosas, sem qualquer coação externa, física ou jurídica" (Il diritto di Libertà religiosa, Pádua, CEDAM, 1969, p. 49).

Em termos vulgares, é, segundo o mesmo autor:

> "O direito de viver e praticar a religião, seja com o espírito, seja com o corpo, seja mediante a associação a outros, seja com atos meramente espirituais, seja com atos espirituais-corporais, seja com atos sociais" (id., ibid. p. 46).

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

Nenhuma religião, com efeito, aceita que o homem não viva segundo os seus ditames. "Res, non verba", é o seu critério. E, como ensina a história, incontáveis são os mártires que sacrificaram a própria vida para não traírem a convicção religiosa.

29. Tenha-se presente que a liberdade religiosa é uma das formas por que se explicita a liberdade.

Esta é, de per si, um dos direitos fundamentais, conforme está no caput do art. 5º da Constituição em vigor.

Mais do que isto, é ela para todos os que aceitam um direito superior ao positivo, um direito natural. É o mais alto dentre todos os direitos naturais. Realmente, é ele a principal especificação da natureza humana, que se distingue dos demais seres animais pela capacidade de autodeterminação consciente de sua vontade.

Se cabe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, esta, pela importância dos valores que tutelam, a liberdade é o primeiro dentre todos. Com efeito, de quanto vale a vida, a segurança, a igualdade, a propriedade, sem a liberdade? Talvez esta colocação peque por estar vinculada a uma cultura, ou eivada de subjetivismo, mas é a cultura greco-romana-cristã, a que o Brasil incontestavelmente pertence.

30. Não mais se sustenta, hoje, serem absolutos os direitos fundamentais. Esta visão é ilógica, na medida em que se incompatibiliza com a vida social.

Mas, a fundamentabilidade de determinados direitos não se reduz ao aspecto formal de que assim são reconhecidos ou declarados pelas normas jurídicas de valor supremo. Ela materialmente resulta de serem eles essenciais para cada ser humano, sob pena de sofrer este, no caso de sua perda ou restrição injustificada, uma descaracterização da própria natureza, uma desumanização.

31. Disto resulta conseqüência clara para os casos em que ocorre o que Canotilho chama de "concorrência" de direitos fundamentais (ob. cit., p. 641). Ou seja, a hipótese de sujeitar-se uma conduta ao regime de dois (ou mais) direitos fundamentais de um só e mesmo titular. Descabe aí impor comando heterônomo àquilo que é de escolha livre do animal racional que é o homem.

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

32. Também para o caso de "colisão" de direitos fundamentais (de titulares diferentes) (Canotilho, ob. cit., p. 643 e s.). Aqui a regra óbvia é não comportarem eles restrições heterônomas a não ser quando necessárias ao gozo do mesmo direito concomitantemente pelos respectivos titulares. Do contrário, a alguém fatalmente seria negado o direito em questão.

É verdade que a doutrina alemã, como relata Canotilho, propõe outros critérios, embora este advirta que "não existe, porém, um padrão ou critério de solução de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstratos" (p. 647). São os princípios de "ponderação e/ou harmonização concretas" (F. Mueller), "da concordância prática" (Hesse), "do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes" (Lerche) (id., ibid.).

## III. Resposta aos quesitos

33. Ao primeiro:

> "Tem o paciente direito constitucional de recusar transfusão de sangue?"

33.1. Sim.

Tem o doente a liberdade de aceitar ou recusar um tratamento qualquer, inclusive transfusão de sangue. Isto reflete o direito seu, fundamental, à liberdade, consagrado pela Constituição Brasileira no art. 5º, caput, inclusive nas projeções de liberdade religiosa (inciso VI) e direito à privacidade (inciso X).

É o que decorre do exposto nas considerações gerais. Vale acentuar, reiterando o exposto no item 30, que a fundamentabilidade de determinados direitos não se reduz ao aspecto formal de que assim são reconhecidos ou declarados pelas normas jurídicas de valor supremo. Ela, materialmente, resulta de serem eles essenciais para cada ser humano, sob pena de sofrer este, no caso de sua perda ou restrição injustificada, uma descaracterização da própria natureza, uma desumanização.

33.2. Esta posição coincide com o que registra Tribe a propósito da jurisprudência mais recente dos tribunais norte-americanos.

Aponta ele, de fato, que esses tribunais são receptivos ao argumento de que

> "adultos conscientes têm o direito de recusar qualquer espécie de tratamento médico, mesmo se esse tratamento levaria a um prolongamento significativo da duração da vida" (ob. cit., p. 1363).

Cumpre observar que, do ângulo do constitucionalismo, essas decisões se arrimam no "direito à privacidade" ("right of privacy").

Este — relembre-se o Juiz Stevens no caso Whalen v. Roe — abrange o "interesse individual de evitar a exposição de assuntos pessoais", bem como o de "independência na tomada de certas espécies de decisões importantes". E conclui ser a privacidade tão necessária para "relações fundamentais ... respeito, amor, amizade e confiança" como "oxigênio para a combustão" (Tribe, ob. cit., p. 1302).

33.3. O direito à recusa se reforça quando se considera o aspecto religioso eventualmente envolvido.

Realmente, neste caso, no mesmo sentido militam a liberdade em geral e a liberdade religiosa em particular. De fato, esta importa no direito de seguir na própria conduta todos os preceitos da religião, consequentemente no de recusar tudo aquilo que os fere ou macula.

33.4. Na verdade, o Judiciário brasileiro já se torna receptivo a essas verdades. Assim — registre-se — a sentença do MM. Juíza de Direito, Dra. Matilde Chabar Maia, em ação cautelar inominada movida pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre contra Rubilar Cougo Goulart.

34. Ao segundo:

> "Como se relacionam as doutrinas da autodeterminação pessoal, privacidade e liberdade de religião nesse aspecto?"

34.1. Na verdade, as três confluem para o mesmo resultado, como se viu na resposta ao quesito anterior.

Basta a invocação do direito fundamental à liberdade — que é o direito à autodeterminação pessoal — para justificar a recusa de qualquer tratamento, inclusive da transfusão de sangue. Mas, ela ganha força especial quando apoiada pela liberdade religiosa. E, ainda, se fortalece com a invocação da privacidade, segundo o exemplo norte-americano. Note-se que o direito à privacidade é reconhecido pela Constituição Brasileira em vigor (art. 5º, X).

35. Ao terceiro:

> "Como conciliar o entendimento do dever do médico de prover tratamento médico com o direito do paciente ao consentimento informado?"

35.1. Em primeiro lugar, deve-se registrar uma hierarquia. O dever médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade — direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição.

Em segundo lugar, a indagação já indica a resposta. O médico satisfaz seus deveres informando o paciente do juízo que faz a propósito da necessidade ou conveniência desse ato ou tratamento, e das conseqüências prováveis de uma recusa.

35.2. Nesse sentido, o Código de Ética Médica aprovado pelo Conselho Federal de Medicina em 1988 dá um grande passo adiante. Ele reconhece que o paciente tem direito a decidir em última instância sobre sua própria pessoa:

Leia-se o art. 48 que veda ao médico:

> "Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar."

E, inclusive, tem o paciente o direito de recusar tratamento para atender às suas convicções.

É o que se depreende do seu art. 51, onde o médico é proibido de:

> "Alimentar compulsoriamente qualquer pessoa em greve de fome que for considerada capaz, física e mentalmente, de fazer juízo perfeito das possíveis conseqüências de sua atitude. Em tais casos, deve o médico fazê-la ciente das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de perigo de vida iminente, tratá-la."

A parte final deste parece destoar do princípio. Entretanto, cumpre registrar que a hipótese não é do tratamento de uma doença, mas sim do jejum voluntário, que levado às últimas conseqüências equivaleria a um suicídio.

35.3. É verdade que o art. 46 parece permitir ao médico desobedecer à vontade do paciente ou de seu representante legal, quando ocorrer "perigo de vida". Nele, é vedado ao médico

> "Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida."

Assim, numa interpretação literal, havendo perigo de vida — apreciação subjetiva do médico —, este poderia fazer com o paciente e para o paciente o que bem lhe parecesse. O que equivaleria a dizer que, em face do perigo de vida, o paciente perde o direito fundamental à liberdade, seja na projeção do direito à intimidade, seja na projeção da liberdade

religiosa, para se tornar um escravo do médico.

Evidentemente, essa interpretação literal é absurda. E juridicamente é inconstitucional o preceito que a enuncia, na medida em que contraria os direitos fundamentais consagrados pela Carta de 1988 no art. 5º, caput, e incisos VI e X. Portanto, é ele nulo e de nenhum valor.

Na verdade, as Cortes americanas, mais atentas para esse problema, têm, como já se viu, reiteradamente consagrado a idéia de que os indivíduos "têm o direito de recusar qualquer espécie de tratamento médico" (Tribe, ob. cit., p. 1363). E, inclusive, quando ele teria por efeito prolongar significativamente a vida do paciente.

36. Ao quarto:

> "As Testemunhas de Jeová fornecem aos médicos um "Termo de Isenção de Responsabilidade" por ocasião de seu internamento hospitalar. Portam, também, um cartão de identificação, um documento pessoal, expressando sua recusa ao uso do sangue, especialmente para alertar sua posição em casos emergenciais, denominado 'Instrução/Isenção Preventiva para a Equipe Médica'. Alguns têm expresso de que tais documentos não têm valor legal e, portanto, a escolha do paciente não teria validade, em caso de iminente perigo de vida.
>
> Pergunta-se: Tem validade legal a manifestação de vontade expressa em tais documentos, tanto para isentar médicos como para proteger o paciente, a fim de que sua escolha seja respeitada? Que dizer da situação em que o paciente se encontra inconsciente, mas que previamente assinou um 'Termo de Isenção de Responsabilidade' ou que seja portador do cartão 'Instrução/Isenção Preventiva para a Equipe Médica'?"

36.1. Todo ser humano tem o direito fundamental de aceitar ou não um tratamento ou ato médico. É o que longamente já se demonstrou.

Essa manifestação de vontade pode ter lugar no momento em que o ato ou tratamento lhe é receitado, ou previamente por meio de documento que preencha os requisitos da lei civil para a validade dos atos jurídicos em geral.

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

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

37. Ao quinto:

> "Como devem ser encaradas as liminares satisfativas frente aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa?"

37.1. As liminares satisfativas são condenadas pela doutrina e pela jurisprudência, ainda mais em questões como as debatidas neste parecer.

Manda a prudência — que é a virtude por excelência do jurista — que em casos que envolvem a liberdade, a liberdade religiosa e a privacidade, todos direitos constitucionalmente reconhecidos como fundamentais, não sejam deferidas tais liminares.

38. Ao sexto:

> "A classe médica entende que será processada por colegas, pelo Conselho Regional de Medicina ou pelo Ministério Público, à luz de seu entendimento sobre o Código de Ética Médica e do art. 135 do Código Penal. Tem tal temor fundamento legal?"

38.1. Não.

38.2. Com efeito, do ângulo penal, inexiste crime sem culpa. Ora, na hipótese de recusa do tratamento, não haverá culpa por parte do médico em não ser este prestado. Não terá havido omissão de responsabilidade do médico, mas recusa de tratamento específico por parte do paciente.

38.3. Igualmente, não haverá nesse caso responsabilidade do médico por falta ética. Falta que ele, aliás, não cometeu, porque se o tratamento, ou a transfusão, não foram ministrados, isto se deu pela recusa por parte do paciente.

39. Ao sétimo:

> "Como se pode encarar o aspecto da criança e do adolescente diante do preceito legal da responsabilidade parental?"

39.1. Não se pode esquecer que a criança e o adolescente gozam, como é óbvio, dos mesmos direitos fundamentais que o adulto. Assim, da liberdade, da liberdade religiosa e da privacidade.

O chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, reconhece-o expressamente na primeira parte de seu art. 3º.

Mas, não tendo a maioridade, a vontade da criança e do adolescente não basta para a determinação de sua própria conduta.

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

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

Corrobora essa tese o fato de que, nos preceitos constitucionais sobre a prestação de assistência religiosa, com a redação anterior a esta Constituição, era expresso que sobre isto se deveria atender à vontade dos representantes legais do menor. E, na verdade, se a redação ora vigente assim não o diz, essa mesma solução resulta do sistema.

39.3. Deve-se, todavia, levar em conta, em caso concreto, se o jovem já está em condições de emitir vontade consciente, caso em que deverá ser ouvido. E a fortiori se for apenas relativamente incapaz. Essa vontade consciente deverá ser respeitada. Isto porque os conceitos de maioridade e de menoridade hoje se acham turvos, dado o absurdo de o direito pátrio reconhecer como maior para fins políticos o jovem de dezesseis anos, para fins penais o de dezoito, e somente aos vinte e um para outros fins.

Cumpre apontar que, nos Estados Unidos, se desenvolveu, na Common Law, a tese "do menor amadurecido" que exige o consentimento deste para tratamentos médicos. Ou seja, quando o menor demonstra maturidade e capacidade decisória, deve ser chamado a manifestar sua vontade sobre tratamento médico proposto, podendo, evidentemente, recusá-lo.

40. Ao último em que se pergunta:

> "Qual a responsabilidade do médico, se é que há, ante o óbito de um paciente Testemunha de Jeová que tenha sofrido uma cirurgia, por exemplo, e manifestado previamente sua recusa conscientizada à transfusão de sangue?"

40.1. Nenhuma, em face do que se expôs acima.

É o meu parecer.

São Paulo, 24 de outubro de 1994

Manoel Gonçalves Ferreira F.º