

portaria baixada ao tempo do Ministro Seigo Tsuzuki, cujos preceitos principais são a seguir sintetizados:

a)- "- Doadores que tenham recebido sangue, seus componentes e derivados nos dez anos anteriores à doação devem ser excluídos. Há risco de transmissão de vírus da hepatite B, não A/ não B e SIDA/AIDS".

b)- "- Candidatos à doação com imunização ativa e passiva devem sofrer rejeição, adotada a tabela referida na portaria em questão".

c)- "-Candidatos portadores de moléstias infecciosas transmissíveis através de transfusão de sangue, componentes e derivados, não devem ser admitidos".

d)- "- Candidatos com história clínica misturada em moléstia de Chagas, hepatite, SIDA/AIDS, não podem ser admitidos. Aqueles que tiveram contato sexual com portadores da hepatite B não podem ser admitidos antes de passados seis meses da data do dito contato".

e)- "- Candidatos com contato sexual com parceiros expostos a fatores de risco para SIDA/AIDS só podem ser admitidos dez anos após tal exposição".

f)- "- Quanto à malária, as áreas endêmicas, com transmissão ativa, devem ser pesquisadas para recrutamento de doadores somente em municípios de baixa transmissão. Nessas mesmas áreas, não podem ser admitidos candidatos com história febril nos mesmos trinta dias. Nas áreas endêmicas, sem transmissão, devem ser excluídos candidatos que nos últimos seis meses tenham estado em áreas endêmicas com transmissão ativa. Por outro lado, doadores que em período inferior a doze anos tiveram malária não podem ser admitidos. Quanto às áreas não endêmicas, devem ser expurgados candidatos que, no prazo de seis meses, tenham freqüentado áreas endêmicas com transmissão ativa. Paralelamente, não devem ser admitidos doadores, nessas áreas, que tenham apresentado malária nos últimos três anos. Em qualquer hipótese, deve haver exclusão definitiva de doadores infectados por "plasmodium malariae" (febre quarta).

g)- "- Tocante à SIDA/AIDS, os candidatos à doação devem receber amplo material, prevenindo-os de que, pertencentes a grupos expostos a risco, não devem doar sangue. Presos, ex-presos, integrantes e ex-integrantes de instituições de recuperação de drogados, doentes mentais e outros confinados, não devem ser admitidos. Na pesquisa, deve indagar-se sobre sintomas e sinais da SIDA/AIDS e sarcoma de Kaposi".

h)- "- Quanto à sífilis, só serão aceitos indivíduos comprovadamente curados, com sorologia negativa".

i)- "- O álcool e drogas excluem a possibilidade de aceitar doadores usuários ou dependentes.

j)- "- Outros itens constantes da portaria dizem mais com o candidato em si do que com o risco por este apresentado na transfusão de seu sangue a terceiros. Note-se que o tatuado, durante seis meses, é proibido de doar. Após o período, a decisão de admissibilidade fica adstrita ao médico responsável.

9.2.)- Examinada a portaria nos muitos dispositivos que contém, não se lhe localizou a determinação no sentido de preservação de amostras do sangue a transfundir para futura contraprova. Parece que se permite a inutilização dos restos encontrados nas bolsas. Obviamente, os grandes serviços teriam incômodos mil com a preservação do material, mas não há forma outra de garantia do receptor, em caso de contaminação. Perder-se-á, na hipótese, prova relevante à responsabilização do hospital.

10)- Há apenas, no item 5.5, recomendação:  
"É aconselhável que o laboratório executor dos testes

sorológicos, mantenha estocadas, por um período não inferior a seis meses, as alíquotas dos sangues dos doadores, para possíveis repetições dos testes quando no caso de problemas verificados com o receptor". A faculdade de fazer deve transformar-se, por via normativa, em obrigação de fazer.

10.1)- Parece inexistir, na portaria referida, qualquer determinação no sentido de comunicação, às autoridades competentes, de resultados positivos nos exames de candidatos apresentando reação sorológica adequada àquelas moléstias de notificação compulsória. Dir-se-ia que tal exigência violaria o segredo médico e estabeleceria terrível constrangimento aos possíveis doadores, reduzindo ainda mais a combalida situação dos serviços e hospitais que precisam captar sangue. Pouco importa. A violação da privacidade, no Brasil dito democrático, é já uma constante (Escutas clandestinas, por exemplo, violação do sigilo bancário - outro exemplo). Obviamente, mais prejudica um doador contaminado por AIDS e sem a devida preservação da possibilidade de contaminação do que um corrupto do sistema ou sonegador do imposto sobre a renda. Assim, reclamem os laboratórios e serviços médicos e hospitalares, mas o controle das moléstias infecciosas transmissíveis há de ser feito, inclusive, obrigatoriamente, com notificação compulsória, reduzindo-se o risco da transmissão. Repare-se, aqui, - e vale o comentário - que a responsabilidade estatal pela transmissão da SIDA/AIDS alcança e ultrapassa os limites do comportamento delinqüencial por omissão. É de todos conhecido o alto índice de contaminação nos presídios.

No estado de São Paulo, tal porcentagem ultrapassa os vinte por cento. Os governantes vêm e deixam acontecer. O preso contamina os outros. Os outros contaminam as mulheres. Os reclusos, em liberdade, transformam-se em fonte permanente de contaminação de terceiros. Deixa-se acontecer.

11)- Importante, igualmente, é o exame do sangue do receptor. Pode ele ser portador de uma das afecções acima registradas. Não realizada a pesquisa, poderá alegar, mais tarde, que o contágio adveio da transfusão.

12)- O capítulo IX da portaria retro-citada, cuidando da "transfusão de sangue e seus componentes", determina: "É reservado ao hemoterapeuta o direito de suspender a transfusão solicitada se, após exame do paciente, decidir que o produto é desnecessário ou contra-indicado. A responsabilidade por essa conduta é exclusiva do hemoterapeuta". Não se especifica, entretanto, a contuda oposta, ou seja, aquela ligada à imprescindibilidade da transfusão mesmo sob recusa do paciente ou de parentes seus. Isto é extremamente importante até para prevenção da futura responsabilidade em caso de sangue contaminado.

13)- No número 10 do capítulo X, há providências ligadas à suspeita de **transmissão de doenças**. Determina-se o exame do paciente, a identificação do sangue transfundido e a convocação dos doadores para a detecção do transmissor

da doença. Acontece que os doadores raramente atendem à convocação. Por outro lado, não se tem amostra anterior do sangue para confronto. Tudo seria resolvido com a assunção da providência acima indicada neste Parecer (conservação de amostra do sangue para contraprova).

#### Aspectos Jurídico-Penais

14)- A liberdade de crença e a integridade do ser humano têm proteção constitucional. Não a tem, entretanto, o médico que pretende, fundado na superioridade de seu conhecimento especializado, violentar a vontade do paciente e ou de seus familiares, impondo tratamento por eles recusado. Note-se que a questão assume características extremamente peculiares. Tem o paciente, é certo, o direito de escolher entre a extirpação de amígdalas e o tratamento da infecção por antibióticos. Não pode o médico, nas circunstâncias, obrigar à cirurgia. Paralelamente, não pode o cirurgião amputar, sem mais aquela, a perna de quem sofreu acidente grave, querendo entretanto o acidentado, por existir possibilidade, manter o membro ferido. Lembre-se, aqui, a cena do filme "Dança com Lobos". O personagem é ferido gravemente. Ao redor dele, no hospital de campanha, os médicos cortam aqui e ali, decepando pernas e braços. O soldado ferido diz: "Não me cortem a perna". Um médico mais eficiente é designado para ele, pois ato heróico seu fora

visto pelo General. A resistência valeu. O soldado sobreviveu. Mancava, mas andou.

Resta saber, frente às circunstâncias, qual a diferença entre quem recusa amputar a perna e quem não admite a transfusão de sangue. Ambas as hipóteses admitem tratamento alternativo. Há uma diferença, sim, estruturada em particularidade muito angustiante: às vezes o paciente conserva capacidade física e psíquica para resistir à amputação ou transfusão. Para superar tal resistência, o médico há de empregar artifícios (tranqüilizantes ou anestésicos). Na grande maioria das transfusões o paciente já se encontra inerte, dormindo, dopado. Faz-se dele o que se quer. A veia está ali, exposta à maior ou menor determinação do cirurgião. As coisas, assim, ficam fáceis. O médico já venceu. A violência está exatamente na impossibilidade de resistência e na ausência de consulta atual. É como cortar um pedaço de pau, ou enfiar a agulha numa laranja. A madeira não reage, a laranja não se encolhe. Neste passo, os acórdãos e portarias que autorizam o médico a agir têm algo de hipocrisia, pois não há reação concreta contra a vontade do hematologista. Não pode ser assim. A bem dizer, age o médico, ao transfundir sangue no anestesiado, com abuso de incapaz. Transforma-se em senhor da vida e da morte. Sob a decisão humanitária pode estar inoculando veneno lento no sangue do infeliz. Se o paciente morrer, o médico fez tudo para salvá-lo. Se sobreviver, embora contagiado pela SIDA/AIDS, melhor seria que tivesse morrido. E ninguém há de pagar pela injeção do veneno virótico pois, ali, o doador do sangue envenenado terá sumido, a amostra do sangue não existirá, não se saberá se o paciente já vinha ou

não infectado e o médico terá, sempre, o exercício regular do direito a justificar sua conduta. Eis aí!

### **A Questão da Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**

#### **Religião e Legislação**

14.1)- Registre-se que a religião antecedeu a legislação. Conforme assinala Fustel de Coulanges ("A Cidade Antiga", trad. port., 1945, 6ª ed., págs. 293/301), os antigos códigos das cidades, ao mesmo tempo em que consubstanciavam disposições legislativas, continham disposições litúrgicas e orações; os pontífices, durante muito tempo, foram os únicos jurisconsultos e o respeito pelas leis decorria do fato de nelas não se enxergar obra humana, mas sim divina. Quando as leis começaram a ser escritas, era nos rituais, nos livros de orações que se as consignavam e, no momento em que começaram a ser lavradas separadamente, era no templo, sob a guarda dos sacerdotes, que se as depositavam.

#### **Tratados Internacionais**

14.2)- Além de sobrepor-se a religião às leis, na sua origem, anote-se o tratamento dado à matéria pelos tratados internacionais que, a partir da Carta das Nações Unidas, passaram a se constituir num comprometimento para todos os membros da ONU, no sentido de cumprirem as determinações deles emanadas. Aquela Carta rompeu com o princípio de que cada Estado podia tratar seus súditos arbitrariamente, substituindo-o pelo reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos e das liberdades



fundamentais é uma questão essencialmente internacional, cuja raiz é a dignidade e o valor da pessoa humana.

Veja-se, pois, o enfoque dado por alguns desses textos à liberdade religiosa. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 10/12/48, dispõe, no seu artigo 18:

"Artigo 18: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou sua crença, individual e coletivamente, tanto em público como em particular, pelo ensino, a prática, o culto e a observância".

O Convênio Europeu de Direitos Humanos, feito em Roma, em 1950, repete o art. 18 da Declaração Universal, com poucas variações de forma e as restrições à ordem pública:

"Artigo 9:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicções, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individual ou coletivamente, em público ou em particular, por meio do culto, do ensino, das práticas e da observância dos ritos.

2. A liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções não pode ser objeto de mais restrições senão as previstas em lei e necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde ou da moral pública, ou à proteção dos direitos e liberdade dos demais".

O Estatuto dos Refugiados, adotado por resolução da Assembléia Geral da ONU em 1950, prescreve, no artigo 4:

"Artigo 4: Os Estados contratantes darão aos refugiados no seu território tratamento ao menos tão favorável quanto o outorgado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa de seus filhos".

Veja-se ainda, o artigo 4 do Estatuto dos Apátridas, adotado por resolução da ONU de 1954; o artigo 5, d , VII, da Convenção Internacional sobre a Eliminação da Discriminação Racial, adotada por resolução da ONU em 1965; o artigo 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado por resolução da ONU em 1966 e que entrou em vigor em 1966, bem como seu artigo 27, cuja redação é a seguinte:

"Artigo 27: Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, não se negará às pessoas que pertençam às minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros do seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a empregar seu próprio idioma".

#### O Posicionamento Constitucional

14.3)- O princípio inserido no inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal ("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"), tradicionalmente consagrado nas Constituições brasileiras (Const. do Império, art. 179, §5º; Const. de 1891, art. 72

§3º; Const. 1934, art. 106; Const. 1937, art. 153, §5º), engloba a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. A primeira é a liberdade de foro íntimo, em questão não religiosa; a segunda é também de foro íntimo, mas voltada para a religião, enquanto a terceira, decorrente das duas outras, consiste na liberdade de honrar as divindades eleitas e celebrar as cerimônias exigidas, desde que não perturbem a ordem pública e os bons costumes. Embora o texto constitucional vigente não mencione a ordem pública e os bons costumes, a expressão "na forma da lei" implica no exercício dessas liberdades com respeito a esses valores.

A liberdade de crença não é só uma liberdade interior, uma vez que se prolonga pela liberdade de professar sua fé. A manifestação das convicções, consequência da liberdade de consciência, concretiza-se não só pelos ritos e cerimônias, mas compreende, também, condutas omissivas em consonância com a fé professada. Como exemplo dessas condutas a castidade, a abstinência de carne, o não uso de métodos anticoncepcionais.

A liberdade religiosa, assinala Burdeau ("Libertés Publiques", Paris, 1972, 4ª ed., pág. 341), é mais que a liberdade de crença, é a "liberdade de praticar a crença", não só como manifestação exterior, mas também como preceito moral. E continua: "- La dualité de l'âme et du corps, que d'ailleurs l'Eglise Catholique interdit d'entendre comme autorisant une division de la personne humaine, ne peut être que l'occasion d'un compromis provisoire, car la croyance exige tôt ou tard l'engagement de l'être entier et ne permet pas l'abandon, au pouvoir temporel, des attitudes

extérieurs, pour réserver à la foi les richesses de la vie intime".

Assim, embora pareça paradoxal, pode-se afirmar que a liberdade religiosa muitas vezes se exterioriza por condutas omissivas, por um "não fazer". E esse "não fazer", tanto quanto a celebração de ritos, deve ser assegurado pelo Estado, posto que o exercício da liberdade de culto implica na exigência de que nenhum obstáculo se oponha a sua prática.

Desta forma, a liberdade de crença é indevassável e absoluta e implica numa atribuição de direito em sentido negativo, não tolera qualquer coação de terceiros ou do Estado e não pode sofrer limitação. A liberdade de culto, que extrapola do indivíduo para o mundo exterior, deve observar a ordem pública, não perturbando as atividades normais dos membros da coletividade, vale dizer, respeitando a legislação vigente nessa coletividade.

Outra não é a lição de Silva Marques e de Araújo Castro citados com proficiência por Haroldo Valladão (RT vol. 177 págs. 464/479): "- Não divergiu ... Silva Marques: "- O indivíduo tem a liberdade de professar este ou aquele culto ou não adotar nenhuma religião; os cultos por sua vez são livres de se organizarem independentemente de intervenção de autoridade civil. O Estado só pode intervir tratando-se de atos contrários à ordem pública em geral e à ordem pública em particular" (Elementos de Direito Público e Constitucional , 19, pág. 206).

E, mais modernamente, com toda clareza, apoiando-se ainda em Barthelemy e Duez, escreve Araújo Cintra: "- A liberdade religiosa é um princípio geralmente consagrado

pelas nações civilizadas. Na liberdade religiosa cumpre distinguir a liberdade de consciência e a liberdade de culto. A liberdade de consciência consiste no direito que o indivíduo tem não só de se filiar à religião que entender, como de não professar religião alguma. A liberdade de consciência, que é ilimitada, não se confunde com a liberdade de culto, que está sujeita às restrições legais (Barthelemy, "Droit Administratif", págs. 233 e 234).

Veja-se, ainda, Themistocles Cavalcanti ("Tratado de Direito Administrativo", vol. V, pág. 411): "- A liberdade religiosa, pela sua natureza, reveste-se de modalidades diferentes; intimamente, qualquer um pode ter o culto ou a fé que mais lhe convier, sem que o Estado possa penetrar ou violar os sentimentos de cada um. O mesmo não se dirá, porém, quanto às manifestações desses sentimentos, manifestações que se acham subordinadas aos interesses da ordem pública, dos bons costumes e dos direitos da coletividade".

Recorde-se João Barbalho, citado por Pontes de Miranda ("Comentários à Constituição de 1967". tomo V, pág. 131/132): "- A fé e piedade religiosa, apanágio da consciência individual, escapa inteiramente à ingerência do Estado. Em nome de princípio algum pode a autoridade pública impor ou proibir crenças e práticas relativas a este objeto. Fora violentar a liberdade espiritual; e o protegê-la, bem como às outras liberdades, está na missão dele. Leis, que a restrinjam, estão fora da sua competência e são sempre parciais e danosas. É certo que nenhuma poderá jamais invadir o domínio do pensamento; este livra-se acima de todos os obstáculos com que se pretenda tolhê-lo. Mas as

religiões não são coisas meramente especulativas e, se seu assento e refúgio é o recinto íntimo da consciência, têm também regras a cumprir, práticas externas a observar, não menos dignas de respeito que a crença de que são resultado, ou a que andam anexos. E - se ao Estado não toca fazer-se pontífice, sacerdote nem sacristão, e tampouco dominar a religião e constituí-la instrumento de governo, como não lhe cabe tornar-se doutor e mestre ou diretor de instrução e fazedor de programas de ensino, nem arvorar-se em empreiteiro e administrador de obras, etc., conforme dizia o padre Ventura de Raulica (*Le Pouvoir Publique*, 576), e assim sendo exato, na frase de E. de Laboulaye, que o Estado nada tem a ver com o fiel, com o crente, mas só com o cidadão - é fora de dúvida que, na sua tarefa de garantir o direito em todas as suas relações, do poder público é dever assegurar aos membros da comunhão política, que ele preside, a livre prática do culto de cada um e impedir quaisquer embaraços que o dificultem ou impeçam, procedendo nisso de modo igual para com todas as crenças e confissões religiosas".

Doutrina e jurisprudência são unânimes em proclamar o livre exercício dos cultos religiosos, restringido apenas pelas exigências do bem comum: "- Certamente, incrusta-se na Constituição, como um dos suportes do regime democrático, o princípio de que: todos os indivíduos e confissão religiosa podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes (art. 122 nº 4). O postulado é universalmente acolhido, mesmo pelos Estados que têm religião oficial. O seu valor é assertórico

e não apodítico. A regra entende, precipuamente com o respeito devido à dignidade humana, que não subsistiria dês que lhe usurpassem ou comprimissem a liberdade de consciência e, portanto, a liberdade de crer, de pensar, de querer, de auto-determinar-se. Não é um direito subjetivo individual da liberdade, que o Estado tutela, mas o interesse público de assegurar a liberdade do culto como princípio constitucional e sem penetrar na intimidade e na economia dos credos... Que é liberdade de culto? É o direito de professar toda e qualquer religião, adotar ou relegar a crença, praticar ou não os ritos; é o direito de não ser perturbado nos atos exteriores dessa crença e, se agravado, merecer a proteção da lei, proteção que não distingue judeus, católicos positivistas, protestantes, espíritas e muçulmanos... Não há conflito possível em questão de dogma, do que o Estado se desinteressa, deixando que cada religião adote e siga os seus preceitos, os seus cânones, as suas crenças, as quais obrigam os fiéis, os prosélitos, os filiados, os adeptos, em consciência, e moralmente, por força de um poder espiritual que não sofre a supervisão do poder temporal. A frase de Cavour teve ressonância em todas as latitudes: L'Eglise libre dans l'Etat libre. São indiferenciados, aos olhos da lei, os vários credos que se abrigam às garantias de seus textos. A intolerância religiosa não é de nossa tradição - e obrumbrou-se na Espanha de Isabel I - quebrando-se o seu brial famoso. A razão mesma, perseguida, aguilhoada, afrontada pelo fanatismo ou pela incompreensão de qualquer época, leva o povo aos maiores desatinos" (Acórdão da 1ª CÂM. do Tribunal

de Apelação do Distrito Federal, publicado em "Arquivo do Ministério da Justiça", vols. 7 e 8, págs. 276/292).

Transcreva-se, ainda, o voto do Ministro Lafayette de Andrada, proferido no Acórdão do STF publicado em "Arquivo Judiciário", vol. 101. págs. 6/15: "- Ainda o ensinamento de Leon Duguit deixa claro: "Para que ela exista (referindo-se à liberdade religiosa) é necessário que nas suas leis o Estado respeite as crenças de cada um, que não entrave de qualquer modo o livre exercício do culto público, que não ponha nenhum limite à formação, ao funcionamento das seitas e das Igrejas, segundo as próprias leis. Não é supérfluo acrescentar, entretanto, que o Estado tem sempre o poder e o dever de fazer certas restrições à liberdade de cada um somente na medida em que isto for necessário para proteger a liberdade de todos" ("Pour qu'elle existe il faut que dans les lois l'État respecte les croyances de chacun, qu'il n'apporte aucune entrave au libre exercice du culte public et qu'il ne mette aucune limitation à la formation, au fonctionnement, suivant leurs lois propres, des sectes et des églises. Il va sans dire, toutefois, que l'État a toujours le pouvoir et le devoir d'apporter certaines restrictions à la liberté de chacun, mais seulement dans la mesure du celà nécessaire pour protéger la liberté de tous").

Do exposto resulta que a recusa ao recebimento de sangue não constitui ato contrário à ordem pública, pois não há lei que obrigue a transfusão, nem tal fato resulta prejuízo para terceiros. Por conseguinte, consiste em atentado à liberdade religiosa e à liberdade de culto o desrespeito à decisão de não aceitar sangue, por motivo ligado à crença professada, atentado que fere não só o



ordenamento constitucional pátrio, mas também a própria ordem internacional.

Assim como o Estado não pode obrigar uma mulher católica ao abortamento terapêutico, ainda que a gravidez possa causar-lhe a morte, também não é lícito ao Estado impor às Testemunhas de Jeová a recepção de sangue. Registre-se, ademais, não ser pacífica a opinião de que o sangue representa cura, como já se disse.

Recorde-se, neste ponto, a recusa à vacina obrigatória, manifestada por adeptos de determinada religião, documentada no seguinte trecho do acórdão publicado nos "Arquivos do Ministério da Justiça", vols. 7 e 8, págs. 207/291, já mencionado: "- Carlos de Laet, o polígrafo genial e fervoroso católico, em "Lanceta e ferrete", a propósito da vacina obrigatória, combatendo o meio coercitivo, e tão somente isto, escreveu: "um dos princípios básicos da Constituição é que a cada qual fica livre o exercício da religião que mais lhe agrada. em outros termos, o legislador constituinte disse aos brasileiros: meus caros amigos, podeis ir para o inferno pelo caminho que mais lhes aprouver. Eu não estou aqui discutindo o princípio, nem defendo agora a doutrina católica, assinalo simplesmente o fato".

Não há lei que determine a transfusão de sangue. O que não é proibido por uma lei concreta e determinada tem o mesmo significado da autorização legal. O risco decorrente da recusa do sangue, assumido voluntariamente pelo paciente, não ocasionando prejuízo a terceiros, insere-se na órbita puramente individual e, pois, não implica em lesão à ordem jurídica.