

AS IMPLICAÇÕES PENAIS DA RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE EM PACIENTES DA RELIGIÃO TESTEMUNHA DE JEOVÁ

Priscilla Ramineli Leite Pereira*

Resumo: O presente artigo busca delinear soluções para o conflito jurídico entre os direitos fundamentais vida e liberdade religiosa, relativamente ao caso dos fiéis adeptos da religião Testemunhas de Jeová, os quais, em nome de convicção religiosa, não aceitam receber transfusão de sangue como procedimento médico cirúrgico, ainda que este seja o único apto a resguardar a integralidade de sua vida. Foram analisadas teorias e legislações a respeito da liberdade religiosa, da primazia da vida, do direito à morte e da dignidade da pessoa humana, chegando-se à conclusão de que em um Estado Democrático de Direito a autodeterminação do indivíduo e sua liberdade religiosa devem prevalecer, ainda que vá de encontro à sua vida, como no caso das Testemunhas de Jeová, ressalvado o caso do fiel menor de idade. A partir de tais conclusões, estudaram-se as possíveis implicações jurídico-penais para o médico que respeite a orientação do paciente e não faça transfusão de sangue, vindo a ocorrer o resultado morte em razão da escolha do paciente Testemunha de Jeová. Constatou-se que o profissional não cometerá crime de omissão de socorro, nem tampouco homicídio por omissão, já que em nenhum momento deixou de prestar auxílios ao paciente, nem tampouco violou seu dever de garante como médico. Ressalva é feita no caso de pessoas responsáveis por Testemunhas de Jeová incapazes, os quais poderão ser responsabilizados criminalmente por homicídio por omissão, haja vista seu dever de garante decorrente de lei, qual seja, o poder familiar.

Palavras-chave: Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Direito à vida. Direito à morte. Responsabilidade penal.

Abstract: The Brazilian civil law system, based on the Federal Constitution of 1988, establishes loads of fundamental rights, such as the right to live and freedom of religion. Nevertheless, the Constitution does not stipulate which one of those should overrule in case of juridical conflict. This article searches for an answer regarding the matter of the Jehovah's witnesses, who refuse to accept

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-juíza do Tribunal de Justiça de São Paulo. Graduada em direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Caxias do Sul. Contato: priscillapereira@mprs.mp.br.

blood transfusion, due to their religion persuasion, eventhough this medical intervention might be the only one capable of saving a life. Facts like these are very common on daily hospital practices, causing legal uncertainty. Theories and legislation have been examined regarding the right to live, to die, freedom of religion and human dignity. It therefore has to be concluded that on a Constitutional State, the self-determination and freedom of religion of the citizens must prevail, yet in case of risk of death, except the underages. Moreover, it has to be concluded that in case of death, there will not be possible to criminally pursuit the physician of omission homicide or denied assistance, once the physician has respected the Jehova's witness choice and has not violated his medical obligations. In the event of an underage patient, however, parents or legal guardians are not allowed to impede the medical procedure, once their familiar power, provided by law, obligates them to act for the benefit of the child. Hence, in case of death, they may be pursued by the crime of omission homicide.

Keywords: Blood transfusion. Jehova's witnesses. Right to live. Right to die. Criminal liability.

Sumário: Introdução. 1. Liberdade religiosa. 2. Direito à vida. 3. Direito à morte. 4. Delineando uma solução no caso Testemunhas De Jeová. 5. Implicações penais. 6. Considerações finais. Referências.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como “Constituição Cidadã”, trouxe em seu conteúdo material inúmeros direitos fundamentais, sendo grande parte destes invioláveis. Todavia, há casos em que a salvaguarda de um direito pode colocar fim a outro. É justamente nesta seara reside a polêmica das “Testemunhas de Jeová”, a qual será discutida no bojo do presente artigo. Os seguidores de tal religião, por razões de ordem bíblica e convicção espiritual, entendem que não é permitida a realização de transfusão de sangue humano, ainda que em case risco de morte. Questiona-se, então, se o fiel, ao exercer seu direito de liberdade religiosa, tem efetivamente o direito de recusar o tratamento médico realizado mediante transfusão de sangue, já que isso pode levar a seu óbito, violando de modo irreversível o direito à vida.

Qual dos dois direitos deve prevalecer? Aí reside o embate que o legislador não regulou expressamente, fato que causa extrema insegurança jurídica. Em razão da inexistência de uma norma legal taxativa que resolva a situação, hospitais, médicos, pacientes e familiares se veem numa situação angustiante, sem saber ao certo como proceder. Aliás, diante da possível ocorrência de morte, a questão esbarra na órbita do Direito Penal.

O objetivo primordial do presente artigo é justamente propor uma solução adequada a este embate dentro do ordenamento jurídico pátrio. Para chegar a uma conclusão que permitirá responder se os Testemunhas de Jeová podem recusar ou recusar? transfusão de sangue, será apresentada ao leitor uma breve análise de-

envolvida pela autora a respeito do direito à liberdade religiosa, à vida (e à morte), guiada por legislação e doutrina. O conhecimento obtido por tal análise, por sua vez, norteará o estudo das repercussões criminais que eventualmente possam ocorrer, tendo como base a existência de um Estado Democrático de Direito que prima pela dignidade da pessoa humana. Ao final, serão emitidas propostas de como lidar com a questão dos Testemunhas de Jeová, no âmbito criminal, em caso de morte de paciente.

1 **Liberdade religiosa**

Começemos a discussão sobre a controvérsia dos Testemunhas de Jeová pelo tema da liberdade religiosa. É notório que a religião desempenha importante papel social ao redor de todo o mundo. Isto porque ela busca responder questionamentos intrínsecos e questões existenciais que o homem se faz desde sempre: quem criou o mundo, por que existimos, qual o sentido da vida, de onde viemos e para onde vamos depois da morte?

A convicção de que existem poderes sobrenaturais, os quais efetivamente criaram a humanidade, seus contornos e regem a vida na Terra demonstra a necessidade dos indivíduos se apegarem à religião e seguirem seus mandamentos para melhor satisfação da vontade do(s) criador(es). Daí a necessidade de protegê-la como direito individual fundamental.

Ciente disto, a Constituição Federal tutela amplamente o direito à liberdade religiosa em seu artigo 5º, inciso VI. A doutrina, analisando o texto constitucional, extrai várias facetas de tal direito fundamental. Nesse sentido, José Afonso da Silva¹ propõe uma classificação das formas de manifestação da liberdade religiosa, a saber: (i) liberdade de crença, (ii) liberdade de culto e (iii) liberdade de organização religiosa.

A primeira delas consiste na possibilidade de escolher e aderir a uma determinada religião, mudar desta para qualquer outra ou não ter nenhuma religião. Frise-se que a liberdade de crença inclui também a dos ateus e agnósticos, havendo proteção constitucional para descrença e a não adesão a qualquer religião. Verifica-se, neste ramo da liberdade religiosa, um caráter intimista na escolha de cada um pela fé que mais lhe agrada, ou mesmo nenhuma fé.

Entretanto, como a liberdade não consiste apenas na adoração interna, a CF protege também a liberdade de culto, que implica, segundo o autor, a liberdade para a prática de ritos exteriorizados, cerimônias, manifestações, reuniões, tradições

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 231.

da religião, enfim, de cultos em geral que cada religião pode apresentar. O exercício dos cultos religiosos pode ocorrer em locais privados ou públicos e tais locais devem ser protegidos pelo Poder Público, para que as religiões possam ser livremente exercidas.

Por fim, José Afonso da Silva entende que a CF também assegura a liberdade de organização religiosa, que consiste na possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e templos, sem qualquer ingerência do Estado, sendo o Poder Público proibido de subvencionar, estabelecer ou embaraçar religiões.

Ter claro o conteúdo da liberdade religiosa em nosso ordenamento jurídico é essencial, pois isso protege os indivíduos contra o Estado em eventuais arbitrariedades cometidas por este ou mesmo contra outros indivíduos intolerantes, assegurando aos fiéis o pleno gozo de sua religião e tudo que dela decorrer. O mesmo se diga em relação àqueles que não possuem nenhum credo.

A liberdade religiosa, todavia, não se esgota nos aspectos supracitados. São também relevantes os tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro que tutelam a liberdade religiosa. Merecem destaque o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966* (Decreto nº 592 de 07/07/1992) e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678 de 06/11/1992).

Estes diplomas realçam-se por algumas razões fundamentais. A primeira delas consiste na maior abrangência na descrição do conteúdo da liberdade religiosa em comparação com a CF. Ambos os tratados, pois, fazem previsão específica da garantia de que toda pessoa pode ter uma religião, mudar de religião, cultuá-la publicamente e até mesmo divulgá-la. Outro aspecto extremamente importante que está previsto nos tratados supracitados é a garantia conferida aos pais de educar seus filhos de acordo com suas convicções morais e religiosas.

Em terceiro lugar, os tratados criam a possibilidade de limitação do direito à liberdade religiosa. A atual CF, diferentemente de sua antecessora, não trouxe qualquer previsão acerca de restrições à liberdade religiosa. Não obstante, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que

a omissão do Texto Maior das expressões “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” não é de molde a sugerir que os cultos religiosos estejam autorizados a desrespeitar a ordem pública, pois sua manutenção deriva do próprio sistema jurídico como subjacente a ele.²

Assim, como não há direitos absolutos e um direito não pode ser utilizado como escudo para a prática de atos ilícitos, a liberdade religiosa não deve ser interpretada em grau absoluto: pode haver limitações, seja em virtude de lei

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291.

que regula o exercício da liberdade religiosa, tal como há na Espanha, México e Argentina, ou pela ponderação do juiz, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, como forma de garantir a ordem pública e os bons costumes.

Acerca da limitação da liberdade religiosa, destaco uma importante passagem de Alcir Guedes Soriano,³ que diz que

a liberdade religiosa não pode ser confundida com o que se chama de libertinagem religiosa. Há limites para a liberdade, a fim de se preservar a ordem jurídica. Nenhuma atividade ilícita pode ser praticada em nome da religião, pois não se trata de um direito absoluto.

Extraí-se dos textos normativos internacionais uma preocupação de proteger interesses coletivos, aparentemente considerados mais importantes que a liberdade individual. Por isso, havendo ameaça à segurança, à ordem, à saúde, à liberdade ou à moral públicas é autorizada a limitação do direito individual à liberdade religiosa. De modo mais genérico, é possível afirmar que a liberdade religiosa é garantida até onde não haja perturbação dos interesses públicos. Também, segundo os tratados supracitados, a liberdade religiosa poderá ser restrita para assegurar direitos e liberdades de outros cidadãos, ainda que não considerados em termos de uma coletividade.

Como não há no Brasil lei que disponha especificamente a respeito de tal assunto, caberá ao julgador, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, que busca o justo equilíbrio entre os meios a serem utilizados e os fins a serem atingidos, causando a menor ingerência possível,⁴ decidir quando a liberdade religiosa poderá ser mitigada, sem que isso constitua uma afronta ao direito fundamental constitucionalmente assegurado, pautando-se, evidentemente, pelos tratados internacionais ora analisados.

Nesse sentido, se determinada religião prega em seus cultos a tortura, o ódio ou mesmo o sacrifício genérico de pessoas, isso não poderá ser aceito perante a ordem jurídica brasileira, haja vista que a tortura e o homicídio são verdadeiros crimes que ferem a liberdade individual alheia e atentam contra a segurança pública e, sobretudo, contra a vida e a integridade física. Entendo que é legítima, pois, a atuação do Estado para coibir a prática religiosa verdadeiramente criminosa e inclusive punir seus responsáveis. Da mesma forma, não podem ser admitidos ritos em que crianças e adolescentes sejam molestados ou mesmo a proclamação de discursos de ódio e racismo, incitando práticas discriminatórias.

³ SORIANO, Alcir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 168.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*. São Paulo, v. 7, n. 7, 2010. p. 24-25.

A questão que se coloca neste ponto é: quando uma pessoa decide, com risco de vida, recusar uma transfusão de sangue, ela causa algum abalo significativo na coletividade, de modo que tal recusa seja considerada ilícita? O direito à liberdade religiosa do fiel pode ser limitado de modo a preservar interesses públicos? Mister se faz prosseguir com a análise do direito à vida, para saber se a disposição da vida de um indivíduo tem repercussão na esfera jurídica da coletividade.

2 Direito à vida

Desde o surgimento dos Estados Modernos por volta dos séculos XVIII e XIX, quando era combatido o Absolutismo e se buscava a afirmação daquilo que foi chamado de direitos humanos de 1^o geração, direitos individuais do homem face ao Estado, o direito à vida faz parte dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais como direito fundamental.⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, a consagração do direito à vida possui status constitucional, previsto no artigo 5^o, caput da Constituição Federal.

O direito à vida, de que é titular todo ser humano, nos permite a existência, nos anima e nos conserva entre a concepção e a morte encefálica, quando ocorre com a cessação irreversível das funções do tronco cerebral⁶ e se considera, do ponto de vista médico e também jurídico, encerrada a vida humana. É mola propulsora das funções do indivíduo nos seus mais variados aspectos.⁷

Ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha⁸ que tal direito possui conteúdo amplo, contendo inúmeras dimensões, compreendendo a proteção à integridade física e ao corpo, bem como à integridade psíquica, sendo vedados a tortura, os maus-tratos, as penas degradantes, hediondas e assemelhadas. Também, o direito à vida inclui a proteção à privacidade e à intimidade; à honra e à imagem, dentre outros.⁹

Ocorre que a mera existência e a possibilidade de desenvolvimento limitado do indivíduo não bastam. Após os horrores do nazismo verificados durante a 2^o Guerra Mundial, percebeu-se que, muito além de se preservar o existir (ou mesmo o subsistir), é necessário preservar a existência digna, ou seja, a existência com qualidade de vida.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-12.

⁶ ESTEVES, Luciana Batista. (In)disponibilidade da vida?. *Revista de direito privado*. São Paulo, v. 24, out., 2005. p. 90.

⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 25.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 14-15.

⁹ *Ibidem*, p. 25.

Assim, vem à tona na segunda metade do século XX o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo e fundamental dos ordenamentos jurídicos que, com a reconstrução dos sistemas democráticos, expande ainda mais o conteúdo do direito à vida¹⁰ para o direito à vida digna.

O direito de viver dignamente, então, completa o direito à vida, tornando a vida um

processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantias de estabilidade pessoal, compreendendo, além daqueles acima mencionados, o direito à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser em dignidades e liberdades.¹¹

Inobstante ser a vida um direito de titularidade do ser individual-social, cujo conteúdo possui os contornos supracitados, Cezar Roberto Bitencourt entende que a proteção legal da vida não é somente de interesse de seu próprio titular, mas também do próprio Estado.¹² Isso porque, o Estado existe para assegurar o bem de todos, a começar pela tutela do indivíduo em sua integridade física e psíquica, ou seja, a tutela da vida. Disso decorre que é papel do Estado resguardar e proteger a inviolabilidade da vida do indivíduo.

Acerca do tema, Edgard Magalhães Noronha afirma que “existe um interesse ético-político do Estado na conservação da vida humana, como condição de vida e desenvolvimento do conglomerado social ou do povo politicamente organizado, ou ainda como condição de sua própria existência” e conclui que a titularidade da vida é também do Estado e não só do indivíduo.¹³

Já que a titularidade da vida não é individual, para estes autores, quando a Constituição Federal assegura a inviolabilidade deste direito, há uma clara vedação à possibilidade de qualquer um dispor de uma vida, inclusive o próprio titular do direito.

Maria Helena Diniz, amparada em Savigny, explica que a vida humana deve ser preservada contra tudo e contra todos, tratando-se do respeito à vida de um dever absoluto *erga omnes*. Assim, considera a vida como um bem intangível de valor absoluto e irrenunciável.¹⁴ A autora chega inclusive a defender o princípio do primado do direito à vida, o qual determina que a vida tenha prioridade sobre tudo e esta deverá prevalecer sobre qualquer outro direito, seja ele de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc.¹⁵. A inviolabili-

¹⁰ Ibidem, p. 34-37.

¹¹ Ibidem, p. 25.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 2: parte especial – dos crimes contra a pessoa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

¹³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal 2*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 36.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-25.

¹⁵ Ibidem, p. 25.

dade da vida, pois, se dá contra o Estado, contra terceiros e contra o próprio titular da vida. Para esta autora, evidentemente, jamais poderia um Testemunha de Jeová negar sangue em caso de risco de morte.

Segundo Luiz Regis Prado, numa ótica do direito criminal, também a vida humana é inviolável, diante de sua incontestável magnitude, o que significa também que é irrelevante o consentimento do ofendido na violação deste bem jurídico, posto ser também irrenunciável por seu titular. Eventual ofensa à vida com o consentimento do titular teria tão somente o condão de atenuar a culpabilidade do agente que praticou a ofensa, mas não poderia tornar a conduta lícita.¹⁶

Dão suporte ao autor acima, Nelson Hungria, para quem a vida possui função social e, portanto, não pode ser livremente dispensada por seu titular,¹⁷ e também Edgard Magalhães Noronha, que, conforme já verificado anteriormente, entende existir um interesse ético-político na conservação da vida humana.¹⁸

No direito comparado, também é sustentada por parte da doutrina a inviolabilidade da vida, inclusive em detrimento de seu próprio titular.¹⁹ Explica Miguel Angel Núñez Paz que, para alguns autores, o Estado deve proteger a vida humana independentemente da vontade de viver ou de morrer que tenha o ser vivo, já que a vida tem condição absoluta, inviolável, inalienável e imprescritível. Chega-se inclusive ao ponto de afirmar, exageradamente, que existe um dever de viver, já que as obrigações individuais do ser humano o impedem de dispor de sua vida.²⁰

Tal posicionamento, todavia, vem perdendo força e outra interpretação acerca da inviolabilidade constitucional da vida é formulada. Celso Ribeiro Bastos explica que a inviolabilidade garantida não significa que a vida seja sempre intangível. Para o autor, é preciso distinguir inviolabilidade de indisponibilidade. Nesse diapasão, afirma ele que

por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No presente caso, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é somente a inviolabilidade do direito à vida.²¹

¹⁶ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro* – v. 2. 9. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 78.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* – v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 227-228.

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal* 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 38.

¹⁹ Na Espanha: Gonzalo Rodríguez Mourullo, J. M. Rodríguez Devesa, Pedro Serrano Gómez. Na Alemanha: E. Schmidhäuser. Na Itália: F. D'Agostino e V. Vitale.

²⁰ PAZ, Miguel Angel Núñez. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Technos, 1999. p. 275.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo,

Diante de tal leitura constitucional, o que se tem é que o Estado e terceiros não podem atentar e/ou lesionar a vida de outrem, mas, por outro lado, o indivíduo, verdadeiro titular do direito à vida, pode tratar de sua vida da maneira que melhor lhe couber, violando-a, se for o caso, para resguardar outro direito fundamental, tal como a liberdade, a autonomia e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Este novo posicionamento comporta diversas variantes, algumas mais liberais, extremando a autonomia da vontade do indivíduo para permitir de modo amplo o direito à morte, e outras mais conservadoras, admitindo a violação da vida em hipóteses mais restritas, permitindo-se o direito à morte digna. É o que veremos a seguir.

3 Direito à morte

A discussão acerca de um suposto direito à morte surge inicialmente em virtude de um contexto de inovações biotecnológicas que permitem, cada vez mais, que a morte deixe de ser um mero ato biológico para se tornar um complexo processo, em que uma pessoa pode ser mantida por anos viva em um estado vegetativo persistente.²²

Em um panorama onde a vida se confunde com a morte, ou mesmo na hipótese de óbito iminente de determinado paciente com uma doença terminal, muito se questiona acerca da razoabilidade de prolongar a vida humana a qualquer custo. Está se concebendo a cada dia mais que a luta pela vida a qualquer medida não faz sentido, já que viola a dignidade da pessoa. Seu prolongamento artificial deixa de ser legítimo, e, destarte, aos poucos uma nova concepção sobre a indisponibilidade da vida, que permite a disposição desta, é moldada nos Estados Democráticos de Direito, os quais têm como fundamento a preservação da dignidade da pessoa humana.²³

Levando em conta tais postulados, uma corrente doutrinária posiciona-se favoravelmente ao direito à morte digna, o qual autoriza um indivíduo a dispor de sua própria vida quando em um quadro de doença irreversível, próximo da morte, ou mesmo diante de um grave padecimento que inviabilize o viver de modo digno.²⁴

v. 787, maio, 2001. p. 496.

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 12.

²³ ESTEVES, Luciana Batista, op. cit., p. 94.

²⁴ ASSUMPCÃO, Vinícius. Direito à vida e autonomia: por um limite à liberdade individual. *Revista Ciências Penais*. São Paulo, v. 14, jan., 2011, p. 155-156.

O direito à morte digna legitima a eutanásia, definida por Claus Roxin como “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com sua concepção de dignidade humana.”²⁵ Trata-se, pois, de livrar o paciente de um sofrimento intolerável neste “processo de morrer”.

Maria de Fátima Freire de Sá explica que existem duas espécies de eutanásia: a ativa, quando há a prática de um ato que leve o paciente a óbito, e a passiva, também chamada de ortotanásia, quando a não realização de uma ação que teria indicação terapêutica leva-o à morte.

A autora reconhece que a questão ainda está sendo tratada no Brasil como homicídio privilegiado, por tratar-se de uma morte provocada por relevante valor moral, no entanto, discorda de tal tratamento jurídico-penal da eutanásia, em qualquer de suas modalidades, afirmando que

o direito de morrer precisa ser visto como viável àquelas pessoas que só veem a vida como dever de sofrimento, sem a mínima perspectiva de melhora de suas dores físicas e/ou psíquicas.²⁶

Todavia, para a autora, somente seria legítima a prática da eutanásia (ativa ou passiva) por profissional médico devidamente habilitado, somados alguns requisitos formais,²⁷ para se assegurar a legitimidade da morte. Ressalte-se que, na ortotanásia, para ela, não é possível a realização de qualquer espécie de imputação criminal, sendo, em verdade, exercício regular da medicina.

Claus Roxin, por sua vez, sustenta a possibilidade de realização de ortotanásia sem qualquer punibilidade no âmbito penal, uma vez que “não é permitido tratar um paciente contra sua vontade”.²⁸ Contudo, relativamente à eutanásia ativa, demonstra o penalista alemão certa preocupação com sua prática. De acordo com ele, os opositores de tal procedimento sustentam que este poderia ser facilmente substituído por uma combinação de acompanhamento cuidadoso da morte junto a um eficaz tratamento anestésico. Não obstante, reconhece Claus Roxin que “ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos

²⁵ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 32, 2000. p. 9.

²⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 186.

²⁷ “Em resumo, para a configuração da eutanásia, mister se faz a configuração de quatro elementos: o requerimento por parte do paciente; a piedade, diante da situação indigna do indivíduo; a gravidade da doença e a realização do ato por profissional da medicina. Como já se disse, diante da impossibilidade de manifestação do doente, que já se encontra em fase terminal, em se tratando de eutanásia passiva, o primeiro elemento citado afigura-se despiendo, haja vista estar-se claro o exercício regular da medicina.” (In: SÁ, Maria de Fátima Freire de, op. cit., p. 181.).

²⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 4.

os estados de sofrimento”²⁹ e, por isso, em situações-limite a realização de eutanásia ativa, como última possibilidade de manutenção da dignidade humana, seria possível isentar o agente de punição.

Alguns autores, porém, vão além do direito à morte digna, seja ela representada pela eutanásia ativa ou pela ortotanásia, defendendo o direito à morte em sentido amplo, isto é, em toda e qualquer situação, sendo sempre lícito o ato de dispor da própria vida, e não apenas em casos de pacientes terminais sofrendores ou assemelhados, em que há uma evidente violação à dignidade da pessoa humana. O suicídio, portanto, é uma decisão que todos têm o direito de tomar.

Nesse sentido, José de Faria Costa entende que no âmbito criminal é irrelevante a disposição da vida por seu próprio titular, tratando-se, pois, de bem jurídico disponível quando a violação é levada a cabo pelo próprio indivíduo. Não se pune o suicídio uma vez que este é considerado comportamento absolutamente fora da discursividade penal.

Carbonell Mateu assevera que somente a vida desejada pelo seu titular deve ser protegida e se o titular não a deseja, não há razão para intervenção do direito penal, inexistindo dever jurídico de tutelar a vida contra a vontade de seu titular.³⁰

Prossegue neste sentido Queralt Jiménez, para quem não existe dever de viver e nem tampouco um compromisso com a coletividade. Sendo assim, se o titular do direito não quer viver e solicita que outra pessoa tire sua vida, a anti-juridicidade da conduta do assassino “*debe quedar desplazada por la primacia que en nuestro ordenamento jurídico tiene la libertad personal, en el sentido de autodeterminación ante el bien jurídico vida [...]*.”³¹ Portanto, seria plenamente possível e lícito o auxílio ao suicídio no entendimento deste autor.

Como se percebe, inúmeras são as posições doutrinárias tomadas acerca da inviolabilidade do direito à vida e do direito à morte. A este respeito, com a devida vênia às posições tradicionalistas em sentido contrário, entendo que a positivação da vida na CF, na qualidade de direito fundamental, gera um dever ao Estado, o qual precisa tutelá-la, garantindo a todos, brasileiros e estrangeiros, o direito de continuar vivo, bem como o direito de ter uma vida digna quanto à subsistência.³²

O Estado não pode permitir vulnerações dolosas da vida dos indivíduos de modo violento e/ou involuntário, razão pela qual deve inclusive intervir por

²⁹ Ibidem, p. 13.

³⁰ PAZ, Miguel Angel Núñez, op. cit., p. 278.

³¹ Ibidem, p. 280.

³² MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

meio do direito penal contra terceiros que violem o bem jurídico vida. Assim, não há dúvidas que o direito à vida deve ser inviolável em face do Estado e em face de terceiros.

Razão não há, porém, para proteger a vida do indivíduo contra si. É claro que o indivíduo possui uma função social na comunidade, conforme aduz Nelson Hungria,³³ entretanto, nada justifica que o Estado possa controlar a vida e as vontades do indivíduo, no que tange a si mesmo. A morte de uma pessoa segundo sua própria vontade não retira a sistematicidade de uma determinada sociedade e não perturba a paz pública, diferente do que ocorre em caso de morte contra a vontade do titular.

Não cabe ao Estado ditar como o indivíduo deve se comportar, se não houver interferência prejudicial à coletividade ou a outros indivíduos. Na pretensão de ser paternalista, o Estado torna-se autoritário, imiscuindo-se no foro íntimo de cada um. Tantas são as esferas nas quais o Estado não consegue atuar, porque, então, preocupar-se em resguardar a vida de quem não quer e nem precisa desse resguardo?

Essa é a razão pela qual se defende neste artigo o direito à morte, ultrapassando-se a barreira da suposta inviolabilidade absoluta da vida, como forma de garantir, na prática, a dignidade da pessoa humana. Com mais propriedade ainda, admite-se a existência de um direito à morte digna nos moldes delimitados por autores como Maria de Fátima Freire de Sá e José de Faria Costa, os quais reconhecem a importância de um procedimento formal para a prática das diversas formas de eutanásia, a qual deve ser praticada por profissional médico, mantendo-se os cuidados paliativos necessários ao indivíduo, para evitar eventuais sofrimentos e dores insuportáveis no caminho para a morte piedosa. É preciso também, evidentemente, certificar-se da vontade do paciente terminal ou gravemente doente, sendo, para tanto, admitido o “living will”.

O “living will”, também chamado de testamento vital ou diretiva antecipada de vontade, consiste na declaração unilateral de vontade escrita, realizada em momentos de pleno gozo de saúde física, na qual se afirma a vontade do indivíduo relativamente às intervenções médicas a que poderá ser submetido, podendo escolher pela não realização de indevidas prolongações de sua vida por mecanismos extraordinários, salvaguardando-o, desde logo, de eventual incapacidade de fazê-lo no futuro e consequente prorrogação indesejada de sua vida. Aliás, a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina já estabelece critérios para que tal declaração seja formalizada, o que demonstra, cada vez mais, a existência de um direito à morte digna no cenário nacional.

³³ Vide nota 25.

Destarte, conclui-se que somente o titular pode dar cabo à sua vida, se assim o desejar. Excepcionalmente, conforme já dito, pode-se permitir a intervenção de profissionais habilitados na medicina para a abreviação do sofrimento de pacientes terminais ou sem quaisquer perspectivas de vida digna, ou seja, na realização da eutanásia e da ortotanásia.³⁴

O anteprojeto do Código Penal que atualmente se discute, realizado por uma comissão de juristas sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, sensível ao panorama bioético da terminalidade da vida, deu um pequeno passo face aos anseios de parte da doutrina e procedeu à descriminalização da eutanásia passiva em seu artigo 121, § 4º.

O passo foi pequeno posto que a eutanásia ativa foi expressamente criminalizada no artigo 121, § 3º como crime autônomo, tratando-se de tipo penal inédito no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante parte da doutrina já entender que a eutanásia se trata de homicídio privilegiado. A pena cominada a tal crime, por sua vez, é inferior àquela cominada ao homicídio privilegiado.

Ao que parece, somente a ortotanásia foi descriminalizada no projeto, porque entenderam os juristas que há maior reprovabilidade na conduta comissiva do que na omissiva, o que via de regra acontece. Todavia, em se tratando de eutanásia ativa e passiva não se justifica tal diferenciação, uma vez que, conforme já demonstrado, a situação em ambos os casos é a mesma, ou seja, visa-se dar uma morte digna ao paciente terminal ou àquele cuja vida já não seja mais viável ou mesmo digna. Qual é a diferença entre aplicar uma injeção para causar a morte do paciente e retirar seus alimentos para também causar a morte?

Não se desconhece que ao aplicar uma injeção letal, um sujeito introduz um agente externo no paciente, o que provoca a morte deste, ao passo que, no caso da retirada de alimentação, elege-se a passividade como forma de obtenção do resultado morte. Inclusive, esta segunda hipótese pode ser mais cruel, se não forem colocados à disposição do paciente medicamentos para analgesia, posto que ele terá uma morte mais lenta e agonizante. É um caso excepcional em que a forma passiva pode ser mais reprovável do que a ativa.

Contudo, a finalidade da conduta ativa e da passiva, como já se disse, é a mesma, ou seja, conferir uma morte digna àquele que a deseja. Desta forma, entendo que não só a ortotanásia, mas também a eutanásia não deve ser punida. Ambas merecem ser tratadas como verdadeiro exercício regular da medicina.

³⁴ A eutanásia é permitida em alguns países, tais como Holanda e Israel, mediante a aferição de rígidos critérios. A ortotanásia, por sua vez, tem maior aceitação e é admitida em países como França, Itália, Reino Unido, Noruega e Finlândia.

4 Delineando uma solução no caso Testemunhas De Jeová

Para muitos autores, a polêmica das Testemunhas de Jeová se trata de um caso fático em que existe colisão de princípios, uma vez que estão em conflito dois direitos fundamentais com natureza de princípios: vida e liberdade religiosa.

Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy os princípios são espécies de normas jurídicas que atuam como mandados de otimização, ou seja, determinam que algo se realize da melhor forma possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.³⁵ A solução para a colisão, utilizando-se a técnica da ponderação de princípios ensinada pelo jurista, bem como o princípio da proporcionalidade, deverá ser casuística, posto que prevalecerá o princípio de maior peso na realidade fática e jurídica existente, não havendo relações absolutas de precedência.³⁶

Nelson Nery Júnior, por sua vez, entende que não existe uma colisão de princípios propriamente dita *in casu*, porque o que se tem em choque são direitos fundamentais do mesmo titular. Não há repercussão sobre os direitos de outro titular ou sobre bens coletivos, por isso, tem-se uma falsa colisão. Evidentemente, o autor só concebe a inexistência de colisão de princípios desconsiderando o suposto interesse coletivo no direito à vida, ainda bastante defendido.

Naturalmente, para tal visão, ausente a colisão, deve prevalecer o direito fundamental que mais aprouver ao titular, sendo que no caso do fiel Testemunha de Jeová convicto, por óbvio, prevalecerá a liberdade religiosa. Tal conclusão, por sua vez, é amparada em sólida argumentação jurídica.

Um primeiro argumento que se põe favoravelmente às Testemunhas de Jeová exsurge da bioética moderna, surgida em meados do século XX, cumulado com o também novo viés do direito à vida, anteriormente analisado. Com efeito, o cenário atual da bioética, ao contrário daquele que prevaleceu durante séculos, desde Hipócrates, o pai da medicina, estabelece uma relação horizontal entre médico e paciente, com equivalência de peso para ambos. Esta relação é pautada pelos princípios da beneficência, da não-maleficência, da justiça e da autonomia, sendo este último o de maior relevância na questão ora analisada.

O princípio da autonomia, pois, dá ao paciente o direito de decidir qual o tratamento médico mais propício aos seus valores morais e crenças religiosas. De acordo com Maria Helena Diniz:

o princípio reconhece o domínio do paciente sobre sua própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.³⁷

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. p. 86-87.

³⁶ *Ibidem*, p. 159-163.

³⁷ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 14.

Segundo explicam Débora Diniz e Sérgio Costa, o princípio tanto possibilita a recusa do paciente em face de determinado tratamento que não lhe seja conveniente, como se manifesta também na busca por tratamentos alternativos.³⁸ Tal princípio está previsto, inclusive, no Capítulo I, inciso XXI do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1931, de 17 de setembro de 2009).

A doutrina é unânime no que tange à possibilidade de recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová, caso haja tratamento alternativo sem que isso gere um risco de vida ao paciente. A polêmica reside quando há risco de vida, em caso de recusa da transfusão, como já visto.

Neste caso, para se chegar a um resultado favorável à possibilidade de recusa de sangue pelos fiéis, alia-se a interpretação do princípio da autonomia com o direito à vida, considerando esta inviolável (contra terceiros), porém não indisponível (por seu próprio titular). Não se concebe a vida como valor absoluto no ordenamento jurídico, nem tampouco a obrigação de viver.

Afirma-se, em consequência, que o Estado deve dar condições para o desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos, como meio de garantir sua dignidade. Se para que um cidadão tenha sua dignidade protegida for preciso sacrificar sua vida, não há razão para o Estado atuar. Assim pondera Cláudio da Silva Leiria:

adianta viver sem dignidade ou com dignidade profundamente ultrajada? Se a própria pessoa prefere a morte é porque o desrespeito às convicções espirituais configura uma morte pior: a morte de seu espírito, de sua moral. O direito quer proteger a vida humana à custa da dignidade da pessoa?³⁹

Explica ainda Cláudio da Silva Leiria:

Mesmo o direito fundamental à vida não é absoluto, encontrando limites no princípio da dignidade da pessoa humana, que, afinal, é o alicerce de todo e qualquer direito. Note-se que é a dignidade da pessoa humana – e não a vida – um dos fundamentos da República.⁴⁰

Ora, não havendo a chamada primazia da vida, tão defendida por alguns juristas, deve prevalecer o direito que mais respeitar a dignidade do titular, sendo no caso das Testemunhas de Jeová a liberdade religiosa.

Esta liberdade religiosa não é vista como abusiva ou desproporcional, vide entendimento dos defensores da vida. Nelson Nery Junior afirma que não

³⁸ DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. Direitos de pacientes na tomada de decisão. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 47.

³⁹ LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião testemunha de jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 402, ano 105, mar./abr. 2009, p. 57.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 56.

há repercussão em forma de atentado ou risco a direito fundamental de outrem quando o paciente exerce seu consentimento informado e decide não receber sangue.

Não prejudicando terceiros determinados e, menos ainda, a coletividade, não há porque chamar o exercício da crença religiosa de abusiva ou desproporcional, senão por razões obscuras, de cunho intolerante e preconceituoso. O mesmo autor faz uma contraposição:⁴¹

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para a cura de enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese, é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarretaria danos a terceiros, em virtude da qual, é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular.

A esse respeito, convém salientar que o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 12.3, tal como examinado anteriormente, prevê restrições ao exercício da liberdade religiosa tão somente em casos de ameaça à segurança, à ordem, à saúde, à liberdade ou à moral públicas, o que evidentemente não é o caso.

Favoravelmente aos fieis, apontam também os direitos à intimidade e à privacidade previstos no artigo 5º, inciso X da CF. O direito à vida privada, tal como conceitua Celso Ribeiro Bastos, “consiste, fundamentalmente, na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar.”⁴² Isso significa que para cada indivíduo é conferida a prerrogativa de conduzir sua vida da maneira que melhor entender, com um mínimo de ingerências possíveis, seja por conta do Estado, seja por conta de terceiros. Ingerências relativas ao modo como se leva a vida, aos lugares que se frequenta, às relações pessoas que se possui, ao modo como se preza pela integridade física e moral, pela honra e reputação, dentre outros: tudo isso deve ser evitado, restringido e repudiado, eis que trata da esfera mais íntima do cidadão.

Portanto, as Testemunhas de Jeová, ao seguir sua religião, possuem o direito de não se submeter à terapia transfusional proposta, escolhendo outro tratamento alternativo, caso existente, sob pena de ser violado o artigo 5º, inciso X da CF.

Por óbvio que a proteção à vida privada e à intimidade estão intrinsecamente relacionadas ao exercício da liberdade individual. Esta, por sua vez, só pode ser limitada em virtude de lei formal e materialmente editada, respeitando o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso II, como expressão da real vontade popular. Surge aí mais um argumento em prol das Testemunhas de Jeová: inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei que as

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson Direito de liberdade e a recusa a tratamento por motivo religioso. *Revista de direito privado*. São Paulo, v. 41, jan., 2010. p. 231.

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 500.

obrigue a realizar transfusão de sangue. Aliás, Nelson Nery Junior chega a defender que, mesmo que houvesse lei nesse sentido, esta seria inconstitucional, uma vez que violaria direitos fundamentais de modo desproporcional, sem qualquer amparo em um legítimo interesse público que assim justificasse.⁴³

Neste ponto, há que entenda que o artigo 146, § 3º, inciso I do CP, cumulado com o artigo 22 do Código de Ética Médica amparam a realização de tratamento contra a vontade do paciente. Estes dispositivos permitem que o médico atue, quando houver risco iminente de vida, *sem* o consentimento do paciente ou de seus representantes legais. Ocorre que não se deve fazer uma leitura simplista de tais artigos, mas sim uma interpretação conforme a CF, a reitora de todo o ordenamento jurídico.

Destarte, como os cidadãos têm direito constitucional à liberdade religiosa, exteriorizando sua fé mediante crenças, bem como direito constitucional à vida privada e à intimidade, que lhes garante a condução de suas vidas e escolhas da maneira que lhes aprouver, desde que não violado direito alheio, não se pode entender que uma lei infraconstitucional, como o CP, crie uma permissão ao médico de atuar contrariamente à vontade expressa do paciente Testemunha de Jeová, que exerceu sua autonomia mediante consentimento livre e esclarecido. Que dirá no caso do Código de Ética Médica, que é um instrumento normativo infralegal.

O médico poderá atuar, tão somente, nos casos em que não foi possível obter o consentimento do paciente, como na hipótese de um doente que chega no hospital inconsciente. Neste caso, pois, há intervenção médica *sem* o consentimento do doente. Toma-se a vida como valor máximo e, por isso, é preciso tentar salvá-la. Muito diferente é a situação em que o doente manifestou sua vontade, seja no ato ou mediante testamento vital válido, contrariamente ao procedimento que lhe foi proposto. Neste caso, não é possível reconhecer como válida a ação contrária à vontade do paciente.

Conclui-se, assim, que os referidos artigos somente serão considerados pertinentes ao ordenamento jurídico pátrio se interpretados à luz da Constituição, donde se extrai a diferença entre a atuação sem o consentimento e *contra* o consentimento.

Celso Ribeiro Bastos, muito além de afirmar que não há lei obrigando os pacientes Testemunhas de Jeová a receber sangue, pondera que sequer existe obrigação dos adultos de procurar orientação médica. Se ninguém pode ser constrangido a consultar um médico contra sua vontade, muito menos poderá ser obrigado a tratar-se a contragosto, ressalvados, é claro, os casos em que houver risco à saúde coletiva.

⁴³ NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 232.

Sustenta-se também, à contramão das teorias defensoras dos Jeovás, que o artigo 15 do Código Civil permite submeter uma pessoa, contra sua vontade, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, em caso de risco de vida. Não obstante, quem assim entende, parece realizar uma equivocada interpretação deste artigo do diploma civil.

A respeito desta questão, afirma Caio Mário da Silva Pereira que não é dado ao médico atuar contrariamente à vontade do paciente. Portanto, este não pode exigir do paciente que se sujeite a determinada intervenção, ainda que com risco de vida.⁴⁴ Destarte, emerge-se também dos direitos da personalidade em âmbito civil que ninguém, mesmo com risco de vida, pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que não desejar.

Mais um argumento favorável aos fiéis se extrai da Lei de Transplantes de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano (Lei nº 9.434/97). Tal lei prevê expressamente em seu artigo 10, *caput* que só será realizado transplante ou enxerto com o consentimento do receptor. Não obstante esta lei não se aplicar às transfusões de sangue, vide o teor de seu artigo 1º, isso não pode significar que, de fato, sendo o sangue um tecido, pudesse ser transfundido contra a vontade do paciente.⁴⁵

No âmbito estadual, há de se chamar a atenção ainda para a Lei nº 10.241/99 do Estado de São Paulo, que cuida dos direitos dos usuários dos serviços de saúde nesse estado. São previstos nela o direito ao consentimento livre e esclarecido do paciente (artigo 2º, inciso VII), o direito à privacidade e ao respeito aos seus valores (artigo 2º, inciso XIV, alíneas “b”, “c” e “d”), além do direito a recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida (artigo 2º, inciso XXIII).

Diante de todos os argumentos expostos, parte da doutrina é favorável a não realização de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, ainda que isso possa custar a vida destes. Inclusive, alguns julgados no Brasil já estão admitindo tal posicionamento, todavia, ainda são expressiva minoria.

Veja-se, a título de exemplo, o que já foi decidido pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – I*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 250.

⁴⁵ LEIRIA, Cláudio da Silva, op. cit., p. 60.

dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros.⁴⁶

O contraponto dos autores que entendem que os fiéis não podem dispor de sua vida a título religioso é amparado no princípio da primazia da vida. Para Flávio de Araújo Willeman,⁴⁷ sem a vida humana não há razão jurídica para se buscar qualquer outro direito, incluindo a liberdade religiosa. De nada adianta garantir os outros direitos se não houver vida. No mesmo sentido, o desembargador Fagundes de Deus entende que a vida é bem jurídico indisponível, cabendo a cada indivíduo cuidar da sua e não dela desistir. Existe uma obrigação do indivíduo de cuidar de sua vida, já que a vida é o princípio mais elevado da CF, por isso deve ser protegida, defendida, conservada, restaurada e até mesmo prolongada.⁴⁸

A liberdade religiosa pode ser exercida e deve ser respeitada, já que possui a qualidade de direito fundamental. Não obstante, seu exercício deve ser feito de modo razoável e proporcional. Afirma Willeman que a proteção de um direito fundamental não pode esvaziar completamente outro direito e é isso que ocorre quando se privilegia a convicção religiosa do paciente. A não aceitação de transfusão de sangue pelo paciente Testemunha de Jeová, de acordo com o entendimento do autor, é um exercício não razoável da liberdade religiosa.

Ademais, ressaltam os autores que o papel do profissional médico é muito claro, consistindo em uma histórica missão de salvar vidas. Por isso, o médico deve tentar salvar vidas, ainda que contrariamente à vontade do titular. Milena Elvira Vieira Lopes chega a afirmar que “o profissional da medicina tem o dever e não apenas a prerrogativa de zelar de todas as formas pela vida humana.”⁴⁹

O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, provocado pela Associação Testemunhas Cristãs de Jeová, reconheceu no início de 2015 a existência de dever legal de agir dos médicos diante de ocorrência de risco iminente de morte, por força de regulamentação (código de ética médica) do órgão de classe, o Conselho Federal de Medicina. Afirmou expressamente

⁴⁶ Agravo de Instrumento nº 70032799041, 12ª Câmara Cível, Relator Desemb. Cláudio Baldino Maciel, d. j. 6 maio 2010.

⁴⁷ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio, 2010, p. 59-71.

⁴⁸ DEUS, Fagundes de. Transfusão de Sangue – Testemunhas de Jeová. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília, mar. 2009, p. 47-49.

⁴⁹ LOPES, Milena Elvira Vieira. Transfusão de sangue em crianças e adolescentes testemunha de Jeová. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 13, ano 8, 2002, p. 96.

que a inação de profissional médico neste caso pode acarretar imposição de sanção disciplinar, responsabilidade civil e até criminal, diante de exercício ilegal (abusivo) da medicina, conforme o tipo penal do artigo 282 do CP.⁵⁰

Quanto ao já citado artigo 15 do CC, assevera-se que de acordo com o tal artigo, o paciente só poderá exercer sua autonomia quanto a submeter-se ou não a determinados procedimentos médicos se ele não estiver em iminente risco de morte. A condição de risco retira do indivíduo sua capacidade de autodeterminação e autonomia para decidir, submetendo-o à vontade do médico, o qual necessariamente buscará salvar a vida do doente, dada sua missão precípua de salvar vidas.

Outro argumento utilizado para defender a realização de transfusão de sangue em pacientes Testemunha de Jeová é a questionada permissão contida, ainda que de modo tácito, no artigo 146, § 3º, inciso I do CP. Como já se viu, há entendimento em outro sentido sobre tal artigo. Todavia, para os defensores da vida, não é crime a intervenção médica/cirúrgica sem (ou ainda contra) a vontade do paciente.

Seja tal disposição considerada hipótese de exclusão de antijuridicidade, em razão do estado de necessidade tal como afirma Luiz Régis Prado, seja considerada como verdadeira exclusão da própria tipicidade, como delineiam Damásio de Jesus e Cezar Roberto Bitencourt, o fato é que a conduta de realizar uma transfusão de sangue sem o consentimento do paciente não constitui ato ilícito, sendo permitido.⁵¹

Isso tudo é acrescido do argumento central de ordem constitucional, qual seja, o da primazia da vida, cujo sacrifício não pode ser tolerado por conta do exercício da liberdade de crença. Este posicionamento é o mais tradicional, enxergando-se na vida o maior direito da ordem jurídica, sendo responsabilidade do Estado proteger a vida *erga omnes*, inclusive em face de seu próprio titular, ainda que contra a vontade dele.

Como se verifica, ambos posicionamentos encontram respaldo jurídico pela doutrina. Todavia, acredito que o entendimento mais adequado, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, seja aquele em favor das Testemunhas de Jeová.

⁵⁰ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Promoção de Arquivamento – Parecer 27/2015-PGR RJMB. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/promocao-de-arquivamento-transfusao-de-sangue-testemunhas-de-jeova-1.00.000.014875-2009-80-1.pdf> Acesso em: 4 jul. 2015.

⁵¹ MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de jeová: religião, ética e discussão jurídico-penal”. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005, p. 222-223.

Com efeito, a regra no Estado Constitucional Democrático é proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos, reconhecendo-se a eles esferas de autodeterminação individual, ou seja, direitos individuais e liberdades fundamentais que devem ser protegidos contra a ingerência e autoritarismo dos detentores do poder.⁵² Excepcionalmente, pode ser tolerada a limitação de tais direitos e liberdades com a finalidade precípua de resguardar um interesse público maior.

Ora, se o fiel não quer receber a hemotransfusão, sua vontade deve ser respeitada, como meio de garantir sua liberdade individual e permitir o desenvolvimento de sua personalidade. Impor um tratamento contra sua vontade significa romper os mais caros valores do indivíduo, os quais, diga-se de passagem, são direitos fundamentais invioláveis (em face do Estado e de terceiros).

Do mesmo modo que no caso do reconhecimento do direito à morte para pacientes sofrendores em estado terminal, não há razão para o Estado imiscuir-se de forma tão invasiva na intimidade do cidadão, sob o pretexto de querer salvá-lo. Esta suposta salvação pode, no caso Jeová, representar a morte espiritual, a infelicidade e até mesmo a indignidade do fiel. Aliás, há de se ressaltar que não há nenhum prejuízo concreto, em termos de coletividade, na escolha dos fiéis. A morte de um fiel não tem o condão de repercutir negativamente na sociedade, afetando a ordem pública.

Inclusive, se o direito existe justamente para garantir a convivência pacífica entre os cidadãos, permitindo o desenvolvimento de suas personalidades, e decidir eventuais conflitos sociais, a interferência do Estado, obrigando a realização de uma transfusão de sangue, ou do médico, realizando-a contrariamente à vontade do paciente cria-se um conflito que não precisaria existir, o que é irracional sob a ótica da função do direito. Por que criar um conflito sem uma razão de ordem pública palpável? Por que resguardar a vida de alguém que assim não deseja?

Em termos bastante pragmáticos, também é irracional utilizar o sangue, algo escasso e que depende da caridade alheia mediante doação, em alguém que não o deseja, qualquer que seja o motivo por detrás da recusa. Periodicamente há notícias de falta do tecido nos bancos de sangue e campanhas que estimulam a doação. Por que, então, “gastar” este valioso bem com quem expressamente o rejeita?

Diante de todo o exposto e com a devida vênia dos eminentes juristas que militam em sentido contrário, parece-me que a única posição condizente com o Estado Democrático de Direito é permitir que as Testemunhas de Jeová recusem a terapia transfusional, se assim desejarem, mesmo se esta recusa signifique sua morte, sob pena de violar-se o direito das minorias, a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, a intimidade, a autonomia e autodeterminação dos fiéis.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 201-202.

A lição de Claus Roxin é justamente neste sentido: “se um canceroso se recusa a deixar-se operar, a operação não poderá ser feita. É frequente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isso deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou seja, irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida – e este caso realmente ocorreu – devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.”⁵³

Há que se fazer ainda uma breve ponderação a respeito dos menores de idade, cidadãos que não possuem plena capacidade de agir. Tendo em vista que eles são pessoas em fase de desenvolvimento, sem o completo discernimento e maturidade psicossocial, a ordem jurídica, sensível diante da necessidade de prepará-los para o seu futuro, confere-lhes um tratamento diferenciado, agregando a responsabilidade pela implementação de seus direitos à sua família, à sociedade e ao próprio poder público.

Evidente que a maior responsabilidade está com a família, notoriamente com os pais das crianças e adolescentes, os quais possuem o chamado pátrio poder, previsto nos artigos 1630 a 1638 do CC. De acordo com o entendimento de Maria Berenice Dias, ele se trata de poder-dever atribuído aos pais a ser exercido em favor e no interesse dos filhos, cuja finalidade é o pleno desenvolvimento destes.⁵⁴

Um dos âmbitos do poder familiar é dirigir a criação e educação dos filhos. Faz parte da educação, evidentemente, o ensino da moral, dos bons costumes e, se assim desejarem os pais, da religião. Porém, o dever de educar dos pais não pode se sobrepor à própria obrigação de criar seu filho, resguardando os direitos fundamentais deste à vida e à integridade física. Portanto, não se pode admitir que a religião dos pais afete a própria existência dos filhos, fato este que configuraria verdadeiro abuso.

Destarte, o direito dos pais de educar os filhos na religião das Testemunhas de Jeová não chega a ponto de ceifar a vida dos menores, na emblemática situação de ser necessária uma transfusão de sangue. Os pais, na qualidade de terceiros, não podem dispor da vida de seus filhos em nome de sua crença religiosa. Neste caso, há de prevalecer a vida do menor, o qual goza de especial proteção do Estado.

⁵³ ROXIN, Claus, op. cit., p. 4.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 378.

Janaina Conceição Paschoal, amparada em Carlos María Romeo Casabona, leciona que o autor “ao estudar um caso envolvendo a negativa em realizar transfusão de sangue em menor de idade, em virtude da religião da família, consigna que o exercício do pátrio poder não dá aos pais o direito de tomar decisões irreversíveis, que possam colocar em risco a vida de seus filhos menores, e o credo professado não fica de fora disso. Ele tem razão, o pátrio poder não chega a tanto.”⁵⁵

Há uma parte minoritária da doutrina, por sua vez, que entende que não cabe aos pais somente, mas sim aos próprios filhos, eles mesmos, consentir com a não realização de transfusão de sangue, se essa for sua vontade. Esta doutrina é amparada na Teoria do Menor Amadurecido, pela qual o menor que demonstrar maturidade e capacidade decisória deve ter sua vontade respeitada, independentemente de sua idade, de tal sorte que a capacidade decisória depende da maturidade de cada um.

Todavia, verificar se o menor é ou não amadurecido exige disponibilidade de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, dentre outros, além de tempo para fazer uma análise profunda, tal como ocorre nos processos judiciais nas varas da infância e da juventude. Some-se a isso o fato de que, na imensa maioria das vezes, a decisão de realizar ou não transfusão de sangue deve ser tomada rapidamente, sem a possibilidade de tantas delongas. Para não correremos o risco de por a cabo à vida de alguém vulnerável que não possui pleno discernimento, preferível optar pela vida, sendo esta indisponível para seus próprios titulares, quando estes forem incapazes, ou seja, quando menores de 18 anos, idade em que o legislador presumiu que há devida maturidade para tomada de decisões.

5 Implicações penais

Visto que adultos têm o direito de recusar a transfusão, ainda que com risco de vida, e os médicos têm a obrigação de tratar os pacientes conforme o desejo deles próprios, não existe qualquer implicação penal caso o óbito do doente aconteça. Dois fatos contribuíram diretamente para o resultado morte: a vontade da vítima de não receber sangue e a omissão do médico por não realizar o tratamento que seria potencialmente apto a salvar a vida desta. A esta, uma vez morta, evidentemente, não será possível atribuir qualquer responsabilidade. Resta, então, verificar porque o comportamento omissivo do médico não tem relevância penal.

⁵⁵ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*. Tese (Livre docência em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 207-208.

Naturalmente, ao médico é conferido um dever legal de zelar pela saúde de seus pacientes, o que implica que ele precisa agir para impedir que resultados lesivos ou que ponham em risco a saúde de seus pacientes ocorram. Em termos penais, o profissional médico assume a qualidade de garante, uma vez que a ele é imposta uma “especial relação de proteção”⁵⁶ em face dos bens juridicamente tutelados de seus pacientes, vide o teor do artigo 13, § 2º, alínea “a” do CP.

Conforme assevera Cesar Roberto Bitencourt: “o médico tem essa especial função de garantir a não superveniência de um resultado letal, e esse dever lhe é imposto pela ordem jurídica.”⁵⁷ Luiz Regis Prado também considera o médico garante, mas por fundamento jurídico diverso. Segundo ele,

o médico ocupa posição de garante, já que assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (art. 13, §2º, b, CP). Essa fonte é consequência da aceitação voluntária, contratual ou negocial, de um dever de atuar, decorrente do exercício profissional.⁵⁸

Levando-se em conta tão somente este dever de garante, o médico que deliberadamente se omite, causando o óbito do paciente, havendo capacidade e possibilidade de agir no caso concreto, estaria praticando o crime de homicídio doloso por omissão. Não obstante, conforme já foi pormenorizadamente analisado, a autodeterminação do paciente, independentemente de haver ou não risco de vida, deve ser respeitada. A decisão tomada pelo doente está adstrita à sua intimidade, não cabendo ao médico desrespeitar ou questionar tal decisão, qualquer que seja o motivo.

Isso implica que ao médico é atribuído também o dever de respeitar o paciente e, caso tal respeito implique o óbito do paciente, não há razão para que este seja penalmente responsável. Nesse sentido, explica Janaina Conceição Paschoal:

em um Estado Democrático de Direito, em que o primeiro pilar é o respeito à dignidade humana, não pode um médico ser responsabilizado criminalmente, seja a título de omissão de socorro (para aqueles que não o tomam como garante), seja a título de homicídio, sobretudo doloso (para os que o tomam como tal), por ter respeitado a vontade de seu paciente.⁵⁹

De acordo com Miguel Angel Nuñez Paz, enquanto o paciente procura o médico, deseja e concorda em ser tratado, existe para o profissional o dever de garante, o qual deve atuar de modo a zelar pela saúde do enfermo, em benefício deste, como é natural em sua profissão. Todavia, no momento em que o paciente desautoriza o médico a agir, este nada poderá fazer, salvo respeitar a vontade do paciente. Portanto, quando o enfermo manifesta seu consentimento

⁵⁶ BITENCOUT, Cezar Roberto, op. cit., p. 237.

⁵⁷ Ibidem, p. 239.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 199.

⁵⁹ PASCOAL, Janaina Conceição, op. cit., p. 208

livre e esclarecido de não se submeter a um determinado tratamento e assume o risco do óbito, ainda que não o deseje, desaparece a qualidade de garante do médico. Ou seja, o médico não está mais obrigado a atuar para evitar um resultado lesivo.

Destarte, como “só haverá um crime comissivo por omissão se houver um omitente garante”⁶⁰ e, se o consentimento livre e esclarecido do paciente Testemunha de Jeová acerca da recusa de determinado tratamento (ainda que com risco de vida) exclui o dever de garante do médico, chamando para o próprio paciente toda a responsabilidade sobre sua saúde, não se tipifica nenhum crime com o óbito do paciente. Ao médico não poderá ser imputada a prática de nenhum crime omissivo.

Ainda, trabalhando com a hipótese de uma possível tipificação como omissão de socorro, prevista no artigo 135 do CP, esta também não se caracterizaria, pois o médico que respeita a vontade do paciente não o deixa em uma situação de desamparo, mas, ao contrário, cuida deste até os limites de sua vontade. O profissional que trata do paciente Testemunha de Jeová em grave e iminente perigo não deixa de prestar de modo genérico assistência ao doente, deixa apenas de fazer aquele tratamento específico indesejado. Aliás, o médico já está prestando assistência ao paciente quando o informa da necessidade e/ou da conveniência de determinado tratamento, bem como das consequências prováveis de sua recusa.⁶¹ Inexiste, no caso, intenção de deixar de amparar o paciente, de modo que não se tipifica o crime de omissão de socorro.

Situação diversa é aquela em que um menor de idade morre devido ao respeito à crença de seus pais. Como já se viu, crianças e adolescentes não têm capacidade para consentir ou dissentir com tratamentos médicos, cabendo aos pais decidir pelos filhos, quando estes forem sujeitos na relação médico-paciente. O que se verifica, portanto, é a posição de garante dos pais oriundo da lei, vide artigo 13, § 2º, alínea “a” do CP, já que detêm o poder familiar. Neste sentido, afirma Leonardo Henriques da Silva que:

os pais têm o dever de zelar pela integridade física de seus filhos até uma certa idade. Caso sejam confrontados com uma situação concreta de lesão ou de ameaça de lesão a esta integridade física de seus filhos e, por qualquer motivo, se abstenham de protegê-los poderão ser responsabilizados penalmente por omissão.⁶²

Não há dúvidas de que, quando da rejeição da transfusão de sangue, os pais, garantidores da vida e integridade física dos filhos em razão da lei, assumem o risco de lesar o bem jurídico vida de seus filhos, o qual é indisponível.

⁶⁰ Ibidem, p. 40.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 24.

⁶² SILVA, Leonardo Henriques da. A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. *Revista de direito*, São Paulo, v. 14, n. 19, 2011, p. 150.

É certo que os pais Testemunhas de Jeová procuram salvar a vida dos filhos, já que os levam a hospitais e buscam auxílio médico. Não se nega também que eles possuem todo o direito de buscar alternativas médicas. Todavia, hipóteses há em que não existe outro remédio, senão a transfusão de sangue. Nestes casos, o direito à liberdade religiosa dos pais não prevalece sobre o direito à vida dos filhos.

Tem-se um novo panorama: se antes os pais buscavam resguardar a vida de seus filhos com tratamentos alternativos, agora, com a ausência destes e restando tão somente a transfusão de sangue, eles assumem os riscos e concordam com o eventual resultado fatal: a morte de seus filhos, caso não autorizem a terapia.

Isso significa que os pais possuem dolo eventual relativamente ao óbito de seus filhos, assumindo incontestavelmente o risco do resultado fatal e aceitando-o como possibilidade, apesar de não o desejarem diretamente. Explica Cezar Roberto Bitencourt que no dolo eventual, o agente não quer a realização do tipo, mas o aceita como possível ou provável, assumindo o risco da produção do resultado. Atua-se assumindo o risco de produzir o resultado, com o consentimento prévio deste, caso venha a ocorrer.⁶³

Destarte, levando-se em conta os elementos dos crimes comissivos por omissão,⁶⁴ verifica-se que todos estes estão presentes (resultado, omissão idônea para evitar o resultado, dever de garante, capacidade e possibilidade de agir e elemento subjetivo) quando os pais deixam de autorizar a transfusão de sangue por motivos religiosos, donde se extrai o crime de homicídio por omissão.

Os pais omitentes, pois, não evitaram um resultado fatal que era plenamente evitável, bastando que autorizassem a transfusão de sangue. É claro que, em se tratando de uma ciência biológica, não é cem por cento certo que, realizada a transfusão de sangue, o paciente sobreviverá. Todavia, como o único meio existente de assegurar-se de potencialmente a vida seria realizar a transfusão, é possível admitir que este tratamento estaria apto a evitar o resultado morte.

Ademais, os genitores violaram seu dever de garante ao abusar do poder familiar e não permitir a transfusão de sangue, sendo que teriam toda a capacidade e possibilidade de agir, simplesmente por meio de uma autorização a ser dada ao médico.

Finalmente, apesar deles não desejarem diretamente a morte e não elegerem a passividade para atingir tal resultado, assumiram o risco do óbito, donde se extrai o elemento subjetivo doloso eventual na configuração do homicídio por omissão.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 273-274.

⁶⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição, *op. cit.*, p. 35-36.

Não se desconhece, contudo, que a reprovabilidade de uma conduta omissiva, no mais das vezes, é notavelmente menor do que as condutas comissivas, tal como no caso em tela. O dolo eventual dos pais que brincam de roleta russa com os filhos (e isso de fato ocorreu⁶⁵), por exemplo, é acentuadamente diferente do dolo eventual dos pais que não autorizaram a transfusão de sangue aos seus filhos, por entenderem que isso é o melhor para eles. A reprovabilidade da conduta dos pais Testemunhas de Jeová, ainda que nítida, posto que causa a morte de seu descendente, é mais baixa do que a de alguém que por ação mate seu filho. Tal fator deve ser levado em consideração quando da subsunção ao crime cometido e, principalmente, quando da individualização da pena, se for caso de condenação.

Infelizmente, no ordenamento jurídico pátrio, para os crimes omissivos impróprios não há previsão de nenhuma causa de diminuição de pena, tal como propõe Janaina Conceição Paschoal,⁶⁶ ou mesmo de uma atenuante neste sentido, o que seria muito útil em termos de política criminal e até mesmo de justiça. Mas apesar desta distorção, a ausência de previsão específica de uma minorante ou atenuante em razão da omissão é parcialmente compensada pelo necessário reconhecimento de uma causa de diminuição de pena específica prevista no artigo 121, § 1º do CP. Há de se reconhecer que o homicídio por omissão praticado pelos pais é privilegiado, eis que praticado em razão de relevante valor moral, fator que diminui consideravelmente a reprimenda.

Tal relevante valor moral, pois, nada mais é do que a própria crença religiosa dos pais, os quais pretendiam o melhor em termos de vida espiritual de seus filhos. Conforme assevera Julio Fabbrini Mirabete, “o homicídio praticado por relevante valor moral diz respeito aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão.”⁶⁷ Para Luiz Regis Prado, o relevante valor moral na prática do homicídio decorre de motivos nobres e altruístas.⁶⁸

Assim sendo, resta evidente que há nítida compaixão dos pais por seus filhos, que, apesar da dor em perdê-los, respeitam sua convicção religiosa por admitirem que somente assim seus filhos estarão puros e resguardados para a vida eterna. Também, o motivo do crime pode ser considerado nobre, já que, como dito, os pais pretendem honrar a religião e a vida eterna dos filhos.

⁶⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2014/12/pai-mata-filho-de-4-anos-tiro-apos-roleta-russa-em-ms-diz-policia.html>> Acesso em: 30 jun. 2015.

⁶⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição, op. cit., p.197.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* 2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 51.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 81.

O reconhecimento do privilégio como causa de diminuição de pena aos pais que praticaram o crime, diante da compaixão destes, pode levar a uma outra discussão: a real necessidade de punir os genitores. Com certeza, a morte de um filho para o pai e/ou mãe Testemunha de Jeová, ainda que com o consentimento indireto destes e respaldado pela religião, pode ser um evento bastante doloroso e que causa intenso sofrimento. Pena criminal nenhuma aplicada pelo Estado retribuirá um mal maior do que a perda do próprio filho e tampouco servirá de exemplo para a sociedade e para outros fiéis da mesma religião, estando aniquiladas as finalidades da pena mais discutidas/aceitas na atualidade: a retributiva e preventiva.

O artigo 121, § 5º do CP traz a previsão do instituto do perdão judicial quando da prática de um homicídio culposo. Ensina Damásio De Jesus que o “perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante a prática delituosa por um sujeito culpado, não lhe aplica a pena, levando em consideração determinadas circunstâncias.”⁶⁹ Não se aplica a sanção penal, segundo Celso Delmanto, pois as consequências da infração penal atingem o indivíduo de forma tão gravosa que a punição se torna desnecessária, tratando-se de uma “punição do agente pelo destino”.⁷⁰

Para a maior parte da doutrina, entretanto, é necessário haver previsão legal expressa para a aplicação do perdão judicial. Assim, não seria plausível a aplicação do perdão judicial no caso das Testemunhas de Jeová, vez que se trata de homicídio por omissão doloso, e não crime culposo.

Em sentido contrário, Ricardo Antunes Andreucci advoga a possibilidade de aplicação do perdão judicial mesmo fora dos casos previstos expressamente nas normas penais. Ensina o autor que a criação judicial do direito é necessária

porque as leis que o juiz diariamente aplica contém inevitavelmente o mínimo de injustiça, feitas que foram para a generalidade, não se ajustando, por inteiro, ao particular [...]. Quando o juiz está para resolver uma lide, constantemente não encontra os elementos do fato individual previstos na norma, que não se refere a eles.⁷¹

Daí porque ser possível a concessão de perdão judicial supralegal, como no caso de o marido que pratica lesão corporal dolosa contra a esposa após pacífica e harmônica vida conjugal, donde não haveria qualquer utilidade da pena como repressão ou prevenção.

⁶⁹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal* 2. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 85.

⁷⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio de Almeida. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 454.

⁷¹ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: RT, 1989. p. 63 e 89.

Destarte, eventuais criações que determinem realização de justiça, beneficiando aqueles que não merecem ser punidos, devem ser admitidas, tal como o perdão judicial supralegal no caso das Testemunhas de Jeová, caso o juiz do caso concreto verifique que efetivamente houve um dano emocional tão grande que este já funciona como punição, sendo desnecessária uma sanção criminal.

Por derradeiro, cumpre analisar as implicações penais acerca do médico que recebendo ordem dos pais, não pratica a transfusão e advém o resultado morte do filho. Basicamente, o raciocínio acerca da atuação do médico é o mesmo da morte de um paciente adulto, já analisado anteriormente, ou seja, quando o médico se depara com pais que não desejam que seus filhos recebam transfusão de sangue, dá-se por encerrado seu dever de garante.

Não se desconhece, neste ponto, que há respeitada doutrina admitindo a sucessão na posição de garante, sendo que o dever de agir pode ser legitimamente transferido a terceiro, tal como ensina Nilo Batista, o que consistiria na transferência da posição de garante dos pais para o médico. Aliás, amparado em Jescheck e no STF alemão, o autor explica que a transferência de deveres a terceiro exonera os primitivos responsáveis. É o que acontece, por exemplo, quando um diretor, confiando em sua equipe, atribui responsabilidade a outras pessoas⁷².

Aliás, em um caso concreto em que os pais foram pronunciados com base no artigo 121, caput c.c artigo 61, II, “e” do CP pela morte de sua filha de 13 anos devido a não transfusão de sangue, levado a julgamento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, o desembargador Nuevo Campos entendeu ser atípica a conduta dos genitores, posto que seu dissenso se configura exercício de sua liberdade religiosa e não retira dos médicos o dever legal de realizar a transfusão de sangue. Afirma o desembargador Nuevo Campos: “A conduta dos réus não possui tipicidade penal, na medida em que, em se tratando de hipótese de iminente risco de vida para a ofendida, o dissenso dos pais não possuía qualquer efeito inibitório da ação do indispensável procedimento terapêutico a ser adotado, qual seja, a transfusão de sangue.”⁷³ Em verdade, tal posicionamento vislumbra aparentemente a sucessão da posição de garante já explicitada, sendo que, em um primeiro momento, esta pertence aos genitores, mas, posteriormente, quando estes procuram auxílio médico, a responsabilidade pela salvaguarda da vida e a posição de garante é passada para o profissional.

⁷² BATISTA, Nilo. Maus tratos, omissão imprópria e o princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – o caso da clínica Santa Genoveva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT, ano 9, v. 38, abr./jun., 2002, p. 284-285.

⁷³ Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 00 00338-97.1993.8.26.0590. Voto do desembargador Nuevo Campos. 10/02/2010.

Inclusive, a decisão de 2º grau foi confirmada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, no bojo do HC 268.459/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, determinando-se a extinção da ação penal relativamente aos pais Testemunhas de Jeová denunciados por homicídio, o que já transitou em julgado. A Ministra reconheceu que a atitude dos pais diz respeito à sua liberdade religiosa, de tal forma que não possui qualquer reflexo penal: “conquanto reconheça-se relevo na manifestação de vontade dos pais, a exprimir certa concepção religiosa, nos estreitos lindes do caso em apreço, creio que o concurso de outras condicionantes valorativas solaparam a expressão penal de seu comportamento, despindo-o, portanto, de tipicidade”. Continuando seu raciocínio, afirmou que

[...] se falha houve, teria sido, penso, dos médicos responsáveis pela internação, que, ausente a possibilidade de profícuo tratamento alternativo, não cumpriram com o seu dever de salvar a adolescente, com a única terapia de que dispunham.⁷⁴

Assim, ao que consta, neste *hard case* (assim chamado pela Ministra Relatora), a Justiça brasileira entendeu não haver relevância no dissenso dos genitores que não permitem seja realizada a transfusão de sangue, eis que isso seria atribuição obrigatória conferida aos médicos, que possuem o dever de agir. Contudo, não resta claro da análise dos votos se poderia haver responsabilidade aos médicos no âmbito penal. Inclusive, pare este caso concreto em particular, isto sequer seria possível, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

No meu modo de entender, há uma inversão de papéis em tal assertiva. Tal como já exposto, são os pais que possuem o poder familiar para conduzir a criação de seus filhos, escolhendo, quando preciso, qual tratamento médico será ministrado a estes. Aos médicos cabe respeitar a decisão dos pacientes e de seus representantes legais, não sendo exigível, por parte do profissional da saúde, a atuação contrariamente à escolha de quem efetivamente tem poder para tanto. Por isso, não se deve admitir a sucessão da posição de garante dos genitores para o médico e muito menos a possibilidade de sua responsabilização criminal.

Logo, o dissenso dos pais exime o dever de garante do médico e então, ao médico não é exigível que não respeite a autonomia daqueles que, por direito, falam em nome do paciente. Inexiste, conseqüentemente, crime de homicídio por omissão praticado pelo profissional da saúde. Não há também que se falar em omissão de socorro por parte do médico, eis que este presta auxílio ao paciente e seus responsáveis, recomendando aquilo que entende ser mais pertinente.

⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus 268.459/SP. Voto da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. 28/10/2014.

6 Considerações finais

A inquietude que me levou a escrever o presente artigo residia, basicamente, em responder as seguintes questões: pode a fiel Testemunha de Jeová recusar o recebimento de transfusão de sangue, ainda que isso lhe cause a morte? Quais serão as consequências jurídico-penais e quem as sofrerá caso aconteça um óbito?

Após a análise de um vasto arcabouço jurídico, chegou-se às seguintes conclusões, que permitem responder as questões básicas colocadas:

- (i) inexistente uma proteção absoluta da vida, sendo esta inviolável diante do Estado e de terceiros, porém não diante de seu próprio titular;
- (ii) o direito à morte digna é compatível com a inviolabilidade constitucional da vida;
- (iii) o paciente Testemunha de Jeová adulto tem o direito de recusar transfusão de sangue, ainda que com risco de vida, como forma de exercer sua liberdade religiosa, bem como meio de garantir sua intimidade e privacidade;
- (iv) os pais podem educar seus filhos no âmbito da religião Testemunhas de Jeová, porém não podem recusar a transfusão de sangue a estes, quando menores de idade, sob pena de serem responsabilizados pelo crime de homicídio privilegiado por omissão;
- (v) a depender do juízo, poderá ser aplicado o perdão judicial aos pais do menor que morreu devido à negativa em receber sangue;
- (v) aos médicos não recai qualquer responsabilidade penal caso o paciente venha a óbito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: RT, 1989.

ASSUMPCÃO, Vinícius. Direito à vida e autonomia: por um limite à liberdade individual. *Revista Ciências Penais*, São Paulo, v. 14, jan., 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 787, maio, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Maus tratos, omissão imprópria e o princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas – o caso da clínica Santa Genoveva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 9, v. 38, abr./jun., 2002.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 2: parte especial – dos crimes contra a pessoa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.
- DEBORA, Debora Diniz; COSTA, Sérgio. Direitos de pacientes na tomada de decisão. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- DELMANTO, Celso; DELAMTO Roberto; DELMANTO JUNIO Delmanto Junior; DELMANTO Fábio de Almeida. *Código penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DEUS, Fagundes de. Transfusão de Sangue – Testemunhas de Jeová. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, mar. 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ESTEVES, Luciana Batista. (In)disponibilidade da vida?. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 24, out., 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. Parecer Jurídico para Sociedade Torre de Vigia. São Paulo, 24 out. 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, 2010.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v. 5*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal 2*. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 402, mar./abr., 2009.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal 2*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, Rodrigo Iennaco de Moraes; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de jeová: religião, ética e discussão jurídico-penal. *Revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. Brasil, ano 2, nº 2, jan./jun. 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e a recusa a tratamento por motivo religioso. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 41, jan., 2010.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal 2*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida*. Tese (Livre docência em Direito) – Departamento de Direito Penal e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PAZ, Miguel Angel Núñez. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir com dignidade*. Madrid: Tecnos, 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – I*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PRADO, Regis Luiz. *Curso de direito penal brasileiro I*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 32, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Leonardo Henriques da. A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. *Revista de direito*, São Paulo, v. 14, n. 19, 2011.

SORIANO, Alcir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Recusa a tratamento de saúde com fundamento em crença religiosa e o dever do Estado de proteger a vida humana: o caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio, 2010.

