

ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHA DE JEOVÁ¹

LEGAL AND CRIMINAL MATTERS OF BLOOD TRANSFUSION FOR JEHOVAH'S WITNESSES

Tainá Fernanda Pedrini²
Pollyanna Maria da Silva³

Resumo: Os Testemunhas de Jeová têm como dogma a impossibilidade de aceitar a realização de transfusão de sangue. Diante disso, sendo iminente o resultado morte ou lesão corporal grave, o médico pode ser responsabilizado por sua omissão? Admite-se imputar a culpa aos pais ao agirem de forma desproporcional para evitar a realização do procedimento? Ante o exposto, objetiva-se discutir os limites entre a liberdade religiosa e o direito à vida compreendidos na CRFB/88. Apresenta-se o caso de Juliana Bonfim, pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, para demonstrar o entendimento jurisprudencial brasileiro acerca da problemática. Após isto concluiu-se que a vida deve prevalecer quando há ocorrência de resultado potencial morte. Portanto, é irrelevante a vontade do paciente, o médico deve realizar o necessário para que a vida seja preservada, respondendo pelo eventual resultado. Já os pais, sendo a conduta omissiva relevante para que o resultado aconteça, serão também responsabilizados criminalmente.

Palavras-chave: Testemunhas de Jeová; Omissão; Transfusão de Sangue; Direito à vida; Direito à Liberdade Religiosa;

Abstract: Jehovah's Witnesses has the dogma of the impossibility of accepting blood transfusion. Faced with this, in cases of imminent death or severe body injury, can the doctor be responsible for his omission? Is it possible to blame the parents for acting disproportionately to avoid the procedure? Based on the exposed, the goal is to discuss the limits between religious freedom and the right of life, established in the Brazilian Constitution of 1988. It is presented the case of Juliana Bonfim, still pending trial in the Superior Court of Justice, to demonstrate the understanding of the brazilian jurisprudence on this matter. After that, it was possible to conclude that life must prevail when there is a potential risk of death. Therefore, it's irrelevant the patient's will, the doctor must do what it takes for life to be preserved, being responsible

¹ Data de recebimento do artigo: 24.11.2015.

Datas de pareceres de aprovação: 31.01.2016 e 08.02.2016.

Correções obrigatórias: 21.02.2016.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 21.02.2016.

² Tainá Fernanda Pedrini é acadêmica de Direito na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, na cidade de Itajaí, Santa Catarina, Brasil, cursando o sétimo semestre, tainapedrini.wix.com/blog.

³ Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professora de Direito Penal na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí e no Centro Universitário de Brusque. E-mail: pms.br@Hotmail.com.br.

for the eventual outcome. For the parents, if the omissive conduct is relevant for the result, there will be criminal liability.

Keywords: Jehovah's Witnesses; Omission; Blood transfusion; Right of life; Right of religious freedom.

1. Introdução

O tema da pesquisa consubstancia-se na possibilidade de responsabilização criminal do médico, bem como dos pais ou tutores, em caso de conduta omissiva do primeiro e/ou comissiva dos segundos no resultado morte ou lesão corporal de natureza grave em criança ou do adolescente, calcados nas ideologias e crenças propagadas pela religião Testemunha de Jeová.

Nesse sentido, abordaram-se inicialmente os aspectos históricos da religião em questão a fim compreender a roupagem ideológica que restringe seus fiéis de se envolverem em diversas atividades de cunho social e político, assim como, veda a transmissão de sangue. Na sequência, foi possível analisar os fundamentos que embasam a discussão: o direito à vida e a liberdade religiosa.

A responsabilização do médico também foi considerada, bem com as previsões legais já existentes a serem aplicadas a este profissional, incluindo as resoluções do Conselho Federal de Medicina. Da mesma forma, observaram-se em quais casos os pais ou tutores podem sofrer sanções penais em detrimento de conduta comissiva ou omissiva após serem cientificados da necessidade de realização da transfusão de sangue no menor de idade.

Por fim, ilustrou-se o estudo com um julgado brasileiro e outro da Suprema Corte do Canadá. Aquele se trata do caso de Juliana Bonfim da Silva, ocorrido em 1993, que resultou na morte da menor pela omissão do profissional de medicina em realizar o procedimento e pela negativa dos pais. O referido caso insurgiu a necessidade desta pesquisa. Isso porque o TJSP considerou a conduta dos pais, bem como a do médico, relevantes ao ponto de submetê-los a decisão do Tribunal do Júri. No entanto, devido ao recurso promovido pelos pais da menor, a decisão está a encargo do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A partir da abordagem realizada no caso *A.C versus Manitoba*, julgado pela Suprema Corte do Canadá, pôde-se analisar a forma com que os outros países do globo têm enfrentado a

problemática de recusa na realização de transfusão de sangue por motivos religiosos. Os tribunais canadenses têm se posicionado de forma diversa dos brasileiros, em partes, vez que a autonomia de vontade da pessoa maior de idade e lúcida é reconhecida e respeitada. Isto é, há prevalência do direito fundamental à liberdade religiosa em detrimento à vida.

Há estudiosos, como Rogerio Greco, que defendem a possibilidade de imputar aos responsáveis pelo menor o delito de homicídio, vez que existem valores universais que se sobressaem em detrimento à liberdade religiosa, como é o caso do direito à vida. Diferentemente é o entendimento de Celso Riberio Bastos, por exemplo. Ele repugna a interferência do Estado na órbita privada, vez que se assim o fizer exaure a dignidade da própria pessoa em escolher viver em conformidade com as suas crenças.

Ante o exposto, levantam-se os problemas da pesquisa: quando necessário o procedimento de transfusão de sangue em pessoa Testemunha de Jeová, como deverá agir o médico? Em caso de pessoa menor, os pais podem recusar que o procedimento seja realizado?

Primeiramente, qual a responsabilidade do médico? Este deve responder pela omissão de não realizar a transfusão, caso esta resulte alguma consequência relevante ao paciente ou o princípio da liberdade religiosa se sobrepõe, fazendo com que o profissional seja obrigado a acatar a decisão do paciente? Se o agente for maior e capaz e recusar o procedimento, o clínico pode agir mesmo com a recusa do paciente, quando o resultado potencial for a morte? E, por fim, os pais de paciente menor, são responsáveis criminalmente quando não permitem a transfusão de sangue?

O método utilizado foi o indutivo⁴, utilizando-se de teorias e conceitos operacionais de multiculturalismo e pluralismo jurídico, igualmente, com acionamento da técnica, da pesquisa bibliográfica; na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano⁵ e, em face do resultado das análises, empregou-se o método indutivo no relato da pesquisa.

2. Breve explanação sobre a religião Testemunhas de Jeová

⁴ O Método Indutivo é, na condição de base lógica da Pesquisa, o de menor complexidade, uma vez que nele se opera com coleta de elementos que são reunidos e concatenados para caracterizar o Tema pesquisado. (PASOLD, 2011, p. 92)

⁵ “[...] pode ser sintetizada em quatro regras: 1. Duvidar; 2. Decompor; 3. Ordenar; 4. Classificar e revisar. Em seguida, realizar Juízo de Valor”. (PASOLD, 2011, p. 204).

Desapontado com as religiões, Charles Taze Russell, fundador da *religião*⁶ sob discussão, criou um estudo independente sobre o mundo metafísico e, assim, começou a realizar publicações em periódicos, dando início, posteriormente, a revista “Watch Tower”, conhecida como “A Sentinela”. (KAUFMANN, 2007).

Desta forma, surgiu um movimento religioso, na Pensilvânia, EUA, em 1870. Primeiramente era conhecido como “Estudantes da Bíblia”, tendo adquirido o nome de “Testemunhas de Jeová” em 1931. Entre suas restrições destacam-se votar, manter-se livre de todo envolvimento político, prestar serviço militar, transplantes de órgãos e, principalmente, transfusão de sangue e derivados. (ALMEIDA JUNIOR, 2010).

Entendem os fiéis, que o sangue de uma pessoa é o que ela realmente é. Os venenos produzem impulsos ruins como, por exemplo, cometer suicídio ou crime hediondo. Estes impulsos são passados junto com o sangue nas transfusões. Isso explica a importância que é conferida ao sangue pelos fiéis. “Para os seguidores da religião Testemunhas de Jeová, o sangue é como se fosse uma digital, algo inerente a cada pessoa, que não se pode doar nem receber de ninguém. No lugar das transfusões, seus adeptos defendem tratamentos alternativos”. (PORFÍRIO, 2010).

Isso porque os praticantes encaram a Bíblia como sendo um manual de aplicação obrigatória em todos os sentidos, dessa forma, só é admitido praticar ações até o limite de suas interpretações bíblicas. Com relação à transfusão sanguínea, os fiéis acreditam que há proibição expressa na Bíblia, em Gênesis 9:3,4: “Todo animal movente que está vivo pode servir-nos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a alma – seu sangue – não deveis comer”. Ainda, em Atos 15:28,29: “Persisti em abster-vos de [...] sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicação”.

Nesse diapasão, de acordo com a Sociedade Torre de Vigia Bíblicas e Tratatos (1995), impedida é a transfusão de sangue total, de papas, de hemácias e de plasma, assim como de concentrados de leucócitos e plaquetas. Retirar sangue autólogo para posterior infusão do sangue também é proibido.

⁶ Alguns livros e artigos científicos utilizam-se do termo *seita*, no entanto, *data vênia*, entendemos ser equivocado, pois a religião Testemunhas de Jeová não é resultado de uma secção/divisão de uma religião anterior. Portanto, para que se possa chamar uma crença de seita, esta deve ser originada de um grupo de pessoas que se separaram de uma religião já existente, a fim de criar outra, que se denomina seita, que provém do latim *secta*.

3. Conflito entre direitos fundamentais: o direito à vida e à liberdade religiosa

A discussão sobre a recusa em realizar a transfusão de sangue ou mesmo, em proibir que ela seja realizada em filho ou tutelado estabelece a contraposição entre dois direitos fundamentais: o direito à vida e a liberdade religiosa. Ressalta-se que ambos integram a primeira geração de direitos, sendo-resultantes dos movimentos iluministas e das revoluções pela queda das monarquias absolutistas, *v.g.* a Revolução Francesa.

Considera-se acirrada a disputa entre os direitos descritos, vez que elevados pela CRFB/88 não somente como fundamentais, mas também encontram relação direta com o fundamento da República brasileira: a dignidade da pessoa humana. Além da antinomia da problemática central da pesquisa, o tema igualmente trata-se da consequência de uma sociedade multicultural, na qual várias comunidades coexistem no mesmo espaço temporal e territorial com fidelidades religiosas, ideológicas e morais diversas. No caso, os Testemunhas de Jeová representam uma minoria religiosa que se empenha em favor da proibição da transferência de sangue entre os indivíduos, pelos motivos acima expostos.

Um dos objetivos principais desta ideologia não é somente propagar a tradição já existente e informar aos fiéis a possibilidade de métodos alternativos, quando possíveis. Estas “culturas incorporadas” têm o desejo de continuarem sendo uma sociedade distinta, autodeterminada e, inclusive, parte deste conglomerado de culturas que forma a Nação brasileira. (KYMLICKA, 1995, p.19)

Ressalta-se que as características descritas alhures revelam não só a existência de religiões e concepções de vida equidistantes diante de uma limitação espaço-temporal observada, mas também de um pluralismo jurídico – existência de diversas realidades, “de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve um conjunto de fenômenos autônomos e heterogêneos que não se reduzem entre si”. (WOLKMER, 2001, p.172).

É nesse cenário multicultural e pluralista que surgem os crimes culturalmente motivados, *v.g.* o homicídio de menor de idade por médico crente da religião Testemunhas de Jeová ou os pais/tutores que impossibilitam a realização da transmissão de sangue por motivos religiosos. Essas condutas, além de causarem repulsa nas outras culturas, também são passíveis de sanção penal pelo ordenamento jurídico da Nação-maior na qual há a miscigenação cultural em que os Jeovás igualmente coexistem. (BROEKCH, 2001, p.5).

Nestes casos, a fim de preservar a cultura dessa minoria surge a *cultural defense*. Em razão dos fatos ou das circunstâncias ideológicas que permeiam a conduta do infrator ela visa à atenuação da pena ou mesmo a sua extinção em razão da roupagem cultural (crime culturalmente motivado). A presente pesquisa resume-se aos defensores da liberdade religiosa e da autodeterminação destas ideologias (*cultural defense*)⁷ em contraposição aos que exigem a prevalência do direito à vida, ante aos direitos fundamentais que são considerados universais (universalismo).

Conforme Rawls (2005, p. 214-217), diante destes casos o magistrado deve subtrair suas próprias concepções morais, filosóficas ou religiosas e buscar a “razão pública”, colocando-se na posição do “homem médio” em relação aos pontos controvertidos para que a sociedade considere a solução dada como a mais benéfica para a ordem pública. Além disso, essa medida evita a corrosão da lei pela vontade de maiorias transitórias ou por interesses estreitos. Assim, a fim de atingir o cerne da questão, é necessário delinear o conceito e os limites de cada um dos direitos em discussão, para que se possa visualizar adequadamente uma solução para as problemáticas apresentadas.

3.1. Direito à Vida

O direito à vida é pré-requisito para a existência e o exercício de todos os demais direitos fundamentais. José Afonso da Silva (1998, p.201) descreve que todo o ser após receber a vida, torna-se indivíduo, o que torna aquela indissociável deste. Desta forma, passa a ser mais do que um indivíduo, mas também uma pessoa e, por isso, a vida “constitui a fonte primária de

⁷ “The cultural defence is then referred to as a *specific doctrine* that recognizes the cultural background of the defendant as an excuse or mitigating circumstance in a penal case. The first can be called a *substantial definition* of the cultural defence, while the second is a *formal definition*. The difference is important. While the second definition implies the recognition of cultural factors can be used as an excuse or mitigating circumstance; the first definition aims at all the cases in which cultural elements are put forward within the framework of criminal excuse that are traditionally accepted, such as provocation, temporary insanity or the diminished responsibility defence”. Ressalta-se que o autor utiliza-se da teoria substancial, pois “not all offences by members of minority groups are cultural offences, only those where the cultural elements played a direct and important role in the constitution of the offence can be qualified as a cultural offences. An identical argument can be raised for the cultural defence. Not in all criminal cases involving members of minority groups, is the use of the cultural defence relevant. There has to be a relevant link between the offence and the cultural background of the offender [...]”. (BROEK, 2001, p..29).

todos os outros bens jurídicos. De nada adianta a Constituição assegurar outros direitos fundamentais [...] se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Assim, a garantia da vida é considerada como a mais fundamental, inviolável e indisponível ao comparar-se com os demais direitos expostos na CRFB/88. Embora todos sejam titulares, ninguém tem posse sobre o direito à vida. Dworkin (2003, p.114) corrobora com o descrito ao afirmar a relevância da vida humana sob o aspecto histórico, evolutivo e divino, ante a produção de novas vidas por outras já existentes, “o horror que se sente diante da destruição intencional de uma vida humana reflete um sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito”. (DWORKIN, 2003, p.117).

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2000)

A legislação e a jurisprudência brasileira têm admitido, portanto, algumas formas de restrição ao direito à vida, como é o caso do aborto por gravidez proveniente de estupro ou por grave risco à gestante e a legítima defesa, tornando-o não absoluto. Ocorre que admitir estes casos em que há prevalência de outra garantia em detrimento da vida “não significa igualar de plano as posições subjetivas do direito à vida às de todo e qualquer direito fundamental. O direito à vida é especial. O bem por ele protegido é diferenciado. O direito à vida precisa de muito zelo”.(MARTEL, 2010, p.308).

Isso porque qualquer “ablação, heterônoma ou autônoma, é delicada. Qualquer desprezo pela vida humana e pelo direito que a protege, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeito [...], o direito liga-se peculiarmente à dignidade humana” (MARTEL, 2010, p.309). Assim, uma posição intermediária surgiu a fim de considerar estas raras condicionantes que prevalecem em detrimento à vida, posicionando-se no sentido de que somente pode-se salvaguardar o direito à vida em casos extremos como é o caso da transfusão de sangue ser

único recurso para salvar a vida da Testemunha de Jeová, visto que exaurido todos os meios alternativos de preservação da vida do indivíduo. (SÁ, 2000)⁸.

Diante do exposto, até o momento, sob a ótica do direito à vida foram consideradas duas possibilidades de hermenêutica diante do conflito de direitos fundamentais existentes: a) a prevalência do direito à vida como absoluto; b) a intervenção na autonomia do indivíduo somente em caso de risco de morte, no qual outros meios alternativos não possam mais ser utilizados, nestes casos, há o império do direito à vida em detrimento a liberdade de escolha do sujeito.

A seguir será observado a liberdade religiosa como um direito fundamental, especialmente trazendo à tona a possibilidade c) da preponderância da liberdade religiosa na escolha do indivíduo da forma como pretende viver, isto é, de acordo com suas concepções ideológicas – diretamente ligado com a dignidade da pessoa humana.

3.2. A Liberdade Religiosa

Inicialmente ressalta-se que a liberdade religiosa é corolário ao Estado Democrático de Direito, reconhecido pela sua posição laicidade. Esta se torna importante sobre dois aspectos: assegura o Estado de influências indevidas de encargo ideológico, bem como protege a própria existência das religiões, impedido a intervenção no Estado no seu desenvolvimento. Considera-se “um Estado rigorosamente democrático [...] aquele que se coloca em posição de neutralidade em relação às religiões e no qual o poder público não encontra seu fundamento de validade e legitimidade das concepções sagradas” (STERNICK, 2016).

A liberdade de crença pode ser vista em razão de seu aspecto individual e coletivo. O primeiro consiste na possibilidade de o sujeito livremente escolher e professar sem qualquer interferência pública ou privada a sua fé, ou seja, “direito individual à liberdade religiosa está presa à prerrogativa conferida à pessoa de acreditar [ou não] na existência de uma divindade e

⁸ Neste norte é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 1995): [...] SE IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS.

professar a fé respectiva”.(SILVA NETO , 2008, p.28). De acordo com Bodo Pieroth (2012, p. 446):

O particular tem de poder orientar a sua conduta global pelo seu credo. Juntamente com a religião e com a ideologia, com o credo e igualmente também com a consciência de uma pessoa, está protegida a sua identidade, não devendo a pessoa ser lançada no conflito entre os imperativos do Estado e os imperativos do seu credo e também da sua consciência, e eventualmente sucumbir nesse conflito.

A segunda dimensão deste direito, isto é a liberdade refere-se à possibilidade de associar-se com os demais indivíduos da coletividade a fim de propagar a sua crença, visa, portanto, proteger as atividades religiosas que não foram abarcadas pela liberdade individual. No entanto, deve-se ressaltar que esta garantia não tem o fito de permitir toda e qualquer prática das confissões religiosas, “funcionando como um escudo protetor contra a fiscalização e intervenção do Estado, atrás do qual tudo pode ser realizado, não importando se direitos são violados. Ela visa proteger, sim, [...] mas também impõe limites às condutas das religiões”. (STERNICK, 2006, p.63).

Em razão do corte epistemológico a que se propõe o presente artigo, necessário se faz reter atenção para o direito à liberdade religiosa como garantia individual, de modo a explanar seu grau de autoridade quando em conflito com o direito à vida. Sabe-se que o Estado não pode intervir na autonomia do indivíduo de viver sua própria vida, ou mesmo dispor do seu próprio corpo, se contrário ao que ele acredita, baseando-se na dignidade da pessoa humana.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p.32) a dignidade humana se trata da delimitação da atuação dos poderes estatais e da sociedade como um todo, representado cada ser humano em sua unicidade ou mesmo o conjunto destes e sua totalidade. Tal direito não se restringe somente em sua dimensão defensiva, mas também é um dever prestacional de dignidade. No que tange aos limites, implica que “a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças”. Com relação ao dever de prestação “decorrem deveres concretos [...] de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”.

Os juristas que seguem essa corrente, entre eles Celso Ribeiro Bastos (2000) e Jayme W. Neto (2007) baseiam seus entendimentos no artigo 5º, VI, VII, VIII, da Constituição Federal e na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), artigo 11, itens 1 e 2º.

O Estado, ao realizar a transfusão de sangue em desconformidade com a vontade do sujeito, prática irreversível, violenta à vida privada e à intimidade. Na realidade, “mascara-se [...] a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão” (BASTOS, 2000, p.19). Da mesma forma que se utilizam do “recurso argumentativo aos ‘motivos humanitários’ da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos”. (BASTOS, 2000, p.19). Segundo Celso Ribeiro Bastos (2000, p.19),

(...) a Lei Suprema dita um requisito para que exista a restrição à liberdade. Esta restrição consiste na necessidade de lei, com o que fica implícito que a restrição à liberdade pode existir. É dizer, as leis dotadas de caráter genérico e abstrato definem diversas situações, deixando uma margem de liberdade, ou melhor, um espaço para fazer ou não fazer alguma coisa.

Diante do exposto, entende-se que o argumento da prevalência da liberdade religiosa como excludente do crime culturalmente motivado tem razões suficientes para defender seu ponto de vista. No entanto, a seleção de uma dessas correntes para pacificar a situação no ordenamento jurídico pátrio se faz necessária. Deve-se reiterar, por fim, que não há na legislação brasileira, direito ou garantia absoluta. Mediante juízo abstrato sempre um direito irá prevalecer em detrimento de outro.

3.3. Adequando o conflito de direitos fundamentais ao caso dos Testemunhas de Jeová

Inegável, portanto a existência de três entendimentos, quais sejam, **a)** a vida é direito absoluto, devendo ser realizada a transfusão de sangue independentemente da vontade do paciente; **b)** o procedimento só deve ser realizado de forma compulsória em caso de iminente perigo de vida; **c)** a liberdade individual prevalece, principalmente no que tange a liberdade

⁹ Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

religiosa e, sendo assim, não se pode realizar qualquer intervenção sem o consentimento do paciente ou de seus tutores/responsáveis.

Após a solidificação pelo STF de que nenhum direito fundamental é absoluto, isto é, prevalece em relação a qualquer outro em análise abstrata, além dos casos em que a jurisprudência e a própria legislação, ao longo do tempo, suprimiu o direito à vida por outras garantias consideradas mais relevantes ao caso específico, é raro encontrar algum estudioso que defenda a vida como direito não condicionado a qualquer outro, de característica suprema, intangível. Portanto, a primeira corrente é pouco utilizada atualmente.

Por outro lado, majoritariamente, como por exemplo, Rogério Greco e Cezar Roberto Bitencourt¹⁰, entendem que o princípio da inviolabilidade da vida se sobrepõe, mediante juízo entre as garantias contrapostas. Sendo assim, é dever do profissional utilizar de todos os meios adequados para preservar a vida do paciente, resguardando os meios alternativos até que se verifique o iminente perigo de vida, sob pena de responder criminalmente pelo resultado.

Por fim, o entendimento minoritário consiste na ilicitude da intervenção de terceiros, *in casu*, do médico, no momento da disposição da vida de seu paciente. Quando alguém disponibiliza a terceiros o direito de viver, renúncia à própria vida. (KAUFMANN, 2007). Neste diapasão, entende-se que o paciente não estaria exercendo o direito de morrer, mas de escolher qual tratamento será submetido. Ainda, a corrente minoritária fundamenta suas ideias na inexistência de lei que traga a obrigação de viver, no ordenamento jurídico pátrio.

4. O dever legal do médico no ordenamento jurídico pátrio

O artigo 146, parágrafo terceiro, inciso um, do Código Penal, traz uma norma não incriminadora, que permite “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Para pacificar a discussão, o Código de Ética Médica (BRASIL, Conselho Federal de Medicina, 2009) propõe que, no caso de recusa para o recebimento de transfusão sanguínea, primeiramente, deve-se observar a necessidade desta para a manutenção da vida da pessoa. Se

¹⁰ “O mesmo pode ocorrer com as “Testemunhas de Jeová”, especialmente nas transfusões de sangue, cuja negativa decorre de motivos religiosos. A transfusão determinada pelo médico, quando não houver outra forma de salvar o paciente, está, igualmente, amparada pelo disposto no art. 146, § 3º, do CP. Eventual violação da liberdade de consciência ou da liberdade religiosa cede ante um bem jurídico superior que é a vida, na inevitável relação de proporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados”. (BITENCOURT, 2012, p. 343-344).

caso for absolutamente necessário para a sua sobrevivência, o procedimento deve ser realizado mesmo mediante a recusa, nos termos da Resolução 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1980). No entanto, se o ato for somente útil ou conveniente, a vontade da pessoa deve ser preservada e respeitada, não realizando a transfusão. Isto porque, segundo o art. 32, “f”, do Código de Ética Médica, é vedado ao médico exercer autoridade de maneira a limitar o direito do paciente a resolver sobre sua pessoa ou seu bem-estar.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro permite que clínico realize a intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou seu representante legal, quando existir iminente perigo de vida, representado pela perda de 25% a 30% do volume sanguíneo, face ao risco de choque hipovolêmico. Neste, devido à perda sanguínea, o coração fica incapaz de fornecer sangue para o corpo. (LEIRIA, 2009)

Sendo assim, a conduta é excluída do âmbito de proteção da norma penal incriminadora expressa no tipo de injusto do constrangimento ilegal e, posteriormente, de forma mais específica para a transfusão de sangue, regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina 1.021/80.

Ainda, ressaltando que os artigos 46 e 56 do Código de Ética Médica determinam a obrigação do médico de intervir em caso de iminente perigo de vida, da mesma forma, o ordenamento jurídico tipifica a conduta do médico não tome as providências cabíveis, respondendo, por exemplo, em caso de resultado morte, pelos art. 121 c/c art. 13, parágrafo segundo, “a”, do Código Penal. Por fim, é de se salientar que, caso da omissão do médico não sobrevier nenhum resultado, não há responsabilização na ordem penal.

5. A responsabilidade dos pais ou tutores

Visto que o entendimento doutrinário e jurisprudencial com relação à responsabilidade penal dos médicos é mais pacífico, busca-se, neste momento, discutir a responsabilidade dos pais, pelo resultado, em caso de negativa para que o procedimento seja realizado.

Quando o médico recomenda a transfusão de sangue ao menor Testemunha de Jeová cujos pais ou responsáveis legais rejeitam esse tratamento, o que diz o Direito? Como já visto, o médico deve executar obrigatoriamente o procedimento, ainda mais sendo menor impúbere, isto é, menor de 18 anos. Neste norte segue o entendimento doutrinário:

Assim, a recusa do representante legal não pode ser considerada válida, para a finalidade de se impedir o tratamento médico convencional. A liberdade de crença, para prevalecer no caso, deve ser absolutamente inequívoca e livre. A crença, ainda que possa ser manifestada publicamente, é interna e personalíssima à própria pessoa; a decisão de não se submeter a tratamento médico, que pode salvar-lhe a vida terrena em nome de uma vida divina também. Mesmo se houver comprovação de que é adepto de determinada religião (por exemplo: Testemunhas de Jeová) não significa que o paciente debilitado aprove todos os seus dogmas e mandamentos. Um católico, ainda que fervoroso praticante, pode se utilizar de métodos anticoncepcionais. Da mesma forma, um adepto das Testemunhas de Jeová pode não estar disposto a correr risco de vida por sua religião. (TERAOKA, 2010, p. 163-165)

E os pais? Terão responsabilidade por negar que o procedimento seja realizado no menor ou tutelado, se está negativa for realmente relevante para que advenha o resultado? Isto foi o que aconteceu no caso Juliana Bonfim, em 1993, que será explanado no item 6.

Há quem entenda ser totalmente legítima a recusa dos pais, inclusive retirando a autoridade do médico para realizar o procedimento e, ainda, imputando a ele e ao hospital onde ocorreu a internação, responsabilidade:

Sabe-se que o pátrio poder inclui a tomada de decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela. Não se pode negar, pois, a tomada de decisões pelos pais, desde que os filhos sejam atingidos pela incapacidade jurídica de decidirem por si mesmos. A decisão sobre não submeter-se a determinado tratamento médico, como visto, é perfeitamente legítima e, assim, inclui-se, como qualquer outra, no âmbito da decisão dos pais quando tratar-se de filho menor de idade. Por fim, cabe a análise da responsabilidade do médico ou do hospital que submete compulsoriamente a tratamento médico o paciente que o recusou sob a alegação de liberdade de crença. (BASTOS, 2001, p.504-505)

Em posicionamento contrário, inclusive de caráter minoritário, Rogério Greco (2015, p.209 – 210), entende que os pais não possuem capacidade para consentir, tendo em vista que são considerados garantidores, conforme art. 13, parágrafo segundo, do CP. Sendo assim, é dever deles levar a efeito tudo o que esteja ao seu alcance a fim de evitar resultado lesivo:

Agora, o que fazer com os pais que não autorizam a necessária transfusão de sangue [...] entendemos que, nesse caso, deverão os pais responder pelo delito de homicídio, uma vez que gozam do status de garantidores, não podendo erigir em seu benefício a dirimente relativa à inexigibilidade de condita diversa. [...] Se permitíssemos esse raciocínio, outras seitas [religiões] que apregoam sacrifícios de seres humanos, até mesmo mediante sua vontade expressa nesse sentido, também agiriam acobertadas por essa excludente de culpabilidade.

Ressalta-se que se houvesse a possibilidade de permitir que as religiões, mediante liberdade de consciência religiosa, viessem a apregoar outros tipos de sacrifício humanos, o direito estaria preparado para suprimir o direito à vida em detrimento a liberdade religiosa?

6. O caso de Juliana Bonfim da Silva

De acordo com Recurso em Sentido, impetrado no Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 1993), em julho de 1993, dois dias após entrar no hospital, Juliana veio a falecer por assistolia ventricular, crise vâsculo-oclusiva e anemia falsifome. Durante os dias em que a vítima permaneceu no hospital, os pais foram advertidos da inexistência de outro método para salvá-la senão a transfusão de sangue. No entanto, mesmo sabendo de tais circunstâncias, Hélio Vitória da Silva e Idelir Bonfim de Souza, “preferiam ver a filha morta a deixá-la receber a transfusão”.

Ainda responde por crime omissivo impróprio, José Augusto Faleiros Diniz, médico, amigo da família e igualmente crédulo da religião Testemunha de Jeová. No decorrer dos fatos, como consta no acórdão, o pai da vítima estava sendo convencido por parte da equipe médica do Hospital São José. No entanto, com a chegada do referido médico, além de influenciar o Hélio e Idelir a mudar de ideia, ele ameaçou os demais médicos presentes de serem processados caso realizassem os procedimentos necessários sem a anuência dos pais.

O Desembargador Relator fez os seguintes questionamentos para iniciar a sua fundamentação: “a recusa dos apelantes em consentir (ou, no caso de José Augusto, a participação indireta, mas segundo a denúncia, decisiva nessa recusa) influenciou no resultado, mesmo não impedindo o tratamento? É dizer: ante a recusa, o tratamento, mesmo podendo ser realizado, pode ter sido retardado o suficiente para, antes que os médicos se decidissem a fazê-lo tenha se tornado, quando menos concausa, da morte da vítima?”.

Reitera as palavras do Procurador de Justiça, o Desembargador, para fundamentar sua resposta. Para estes, a conduta dos sujeitos ativos representaram indiscutível condição ao advento da morte da vítima. Portanto, a recusa constitui fato relevante que poderia, sim, ter mudado a realidade dos acontecimentos e, desta forma, corroboram com a existência de dolo eventual.

Nesse diapasão, ressaltando a competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri, articula o Desembargador, “tratando-se, como se trata, de questões fáticas de que existem indícios bastantes de autoria, não resta senão deixar a solução a cargo do corpo de jurados.”

Sendo assim, entenderam o Juiz de Primeira Instância e os Desembargadores do TJSP, que deveria ser deixada para o Júri Popular a absolvição ou condenação dos sujeitos ativos, respondendo assim, os pais pelo art. 121, *caput*, combinado com o art. 61, II, e, e o médico pelo art. 121, *caput*, ambos do Código Penal.

Por meio do *Habeas Corpus* nº 268.459, a decisão está sob responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça (STJ), neste momento, com dois votos a favor da absolvição dos pais da vítima e pela condenação somente do médico.

O segundo voto foi dado em Agosto de 2014 e repercutiu na mídia brasileira gerando novamente a discussão se o princípio da liberdade religiosa se sobrepõe ao princípio da inviolabilidade à vida. E ainda, se é possível afastar a culpabilidade dos pais com base na responsabilidade estabelecida pela lei ao médico.

7. O entendimento jurisprudencial internacional acerca do tema: Caso A.C versus Manitoba julgado pela Suprema Corte do Canadá

No ano de 2009, no caso *A.C versus Manitoba*, a Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, 2009) ordenou que fosse realizada a transfusão de sangue em uma adolescente, Testemunha de Jeová, mesmo contrariando suas crenças. No caso, discutia-se liberdade religiosa em contraposição ao direito à vida, essencialmente por se tratar de pessoa com 14 anos e 10 meses.

Isso porque, no referido país, a legislação denominada como Manitoba, autoriza o procedimento em crianças menores de 16 anos, mesmo sem o consentimento da mesma e de seus responsáveis, tendo em vista o melhor interesse destas e também considerando que nestas idades não é possível ter consciência da natureza e das consequências do tratamento.

No caso, a criança já tinha passado por atendimentos psicológicos, e todos demonstraram que a mesma estava ciente em não realizar tal tratamento, isto é, demonstrada estava a sua capacidade. Visto isso, o diretor da “Childand Family Services”, resignado e entendendo que a menor necessitava de proteção, procurou o Poder Judiciário canadense. Em

contrapartida, os pais e a menor requeriam a inconstitucionalidade de tal lei, com respaldo na liberdade;

Ocorre que o juiz poderia decidir realizar a intervenção independentemente de comprovação de consciência da menor acerca das consequências de sua negativa. Portanto, em maioria, a Suprema Corte entendeu pelo dever de realizar o procedimento.

Interpreted in a way that sufficiently respects his or her maturity in a particular medical decision-making context.” [para. 3] Acknowledging that “maturity” is difficult to measure, the majority held that a full assessment of maturity is required in determining the child’s best interests. According to the majority opinion, “[i]t is a sliding scale of scrutiny, with the adolescent’s views becoming increasingly determinative depending on his or her ability to exercise mature, independent judgment. The more serious the nature of the decision, and the more severe its potential impact on the life or health of the child, the greater the degree of scrutiny that will be required. (LEDDY, 2009)

No Canadá, diferentemente do Brasil, após 16 anos é possível que seja recusado o procedimento da transfusão de sangue, sendo o médico obrigado a acatar a decisão do paciente, sem sofrer quaisquer sanções jurídicas.

8. Considerações finais

Observou-se que o direito à vida é tido como a garantia constitucional de maior peso abstrato, ocupando posição preferencial quando em contraposição à liberdade religiosa, visto que associa-se com a existência de todos os outros direitos fundamentais, além da própria essência de uma sociedade – o ser humano. Diante do pluralismo jurídico existente, considera-se que questões ideológicas não podem prevalecer em detrimento à vida, ainda mais se este bem jurídico for de um sujeito considerado incapaz ou relativamente capaz.

A discussão pautada em aspectos multiculturais leva a crer que, diante de iminente perigo de vida, deve-se realizar a transfusão de sangue em pessoa Testemunha de Jeová. Apesar de sua posição religiosa, prevalece a titularidade do *direito à vida* – universal, indisponível e inato a todos os seres humanos.

Assim, apesar da coexistência destas normas jurídicas e culturais/religiosas, não se pode utilizar a *cultural defense*, com o lastro no direito à liberdade religiosa v.g., a fim de justificar um delito culturalmente motivado. Se assim fosse, possibilitar-se-ia esta violação a

todas as demais crenças, como é o caso do homicídio de crianças indígenas em razão de deficiência física ou mental, ou mesmo da *jihad* realizada pelo Estado Islâmico *v.g.*

A responsabilidade penal do médico pela omissão é taxativa e indiscutível, tendo respaldo tanto na legislação quanto na jurisprudência brasileira. Quanto aos pais, inseridos na sociedade e conhecedores da legislação pátria, devem sofrer sanção penal igualmente, pois ninguém é titular da vida de outrem e, sendo a conduta relevante para o resultado lesão corporal ou morte, devem responder na medida de suas culpabilidades.

9. Referências bibliográficas

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Francisco de. O tratamento arbitrário e o problema das Testemunhas de Jeová. v. 46, *Secretaria de Segurança Pública*, 2001, p. 213–247.

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. 90, n.787, 2001.

_____. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Parecer Jurídico*. São Paulo, 2000.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Código de Ética Médica*. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/campanha.asp>> Acesso em 12 jan. 2014.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1931*, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/campanha.asp>> Acesso em 12 jan 2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.452*. Relator Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 12 maio 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *Autos nº 2003.71.02.000155-6*, Rio Grande do Sul, Relator: Vânia Hack de Almeida, 24 outubro de 2006.

BROECK, Jeroen Van. Cultural Defense and Culturally Motivated (Cultural Offences). v.9. *European Journal of Crime*. 2001.

- CANADÁ. Supreme Court. Case number 31955. *A.C v. Manitoba*. 26 jun.2009. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7795/index.do>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. v.18. São Paulo: Boletim IBCCRIM, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 11.ed. vol. II. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- KAUFMANN, Arthur. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, v.18., 2007, p.199.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa – O caso dos pacientes Testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. *Revista Direito Público*, IDP, Brasília, v.1, n.16, 2007, p.13-21.
- KYMLICKA, Will. *Cidadania Multicultural: uma teoria liberal de los derechos de las minorias*. Tradução: Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós Iberica, 1995.
- LEDDY, Jennifer M. Life in the balance: Supreme Court of Canada weighs the rights of mature adolescents to refuse medical treatment. *Church Law Bulletin* n° 26. 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.carters.ca/pub/bulletin/church/2009/chchlb26.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2015.
- LEIRIA, Cláudio da Silva. Religiosos têm direito a negar transfusão de sangue. *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue?pagina=26>>. Acesso em 25 jan 2015.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho Martel. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Público). Universidade do Rio de Janeiro. Orientador: Luis Roberto Barroso, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. São Paulo: Conceito, 12. ed., 2011.
- PORFÍRIO, Fernando. *Médicos e pai de adolescente morta vão a júri*. Consultor Jurídico (CONJUR). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-30/tj-sp-manda-medico-pais-adolescente-morta-juri-popular>>. Acesso em 15 out. 2014.

- PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Tradução António Francisco de Souza e António Franco. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n° 595000373*, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, 28 de março de 1995.
- SÁ, Fabiana Costa Lima de. *A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová*. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v.3, n.1., 2000.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão 02810775*, Recurso Em Sentido Estrito n° 993.99.085354-0, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STERNICK, Daniel. *Estado e religião na Constituição brasileira de 1988*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2006, p.63. Disponível em: <https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2006/relatorio/CCS/Dir/DIR_06_Daniel_Sternick.pdf>. Acesso em 17 fev. 2016.
- SOCIEDADE TORRE DE VIGIA BÍBLICAS E TRATADOS. *Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová*. São Paulo: Watchtower Bible and Tract Society of New York, 1995
- SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008
- TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p.282, 2010.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, culto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.