

**A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E O EXERCÍCIO DA MEDICINA: UMA CRÍTICA
À DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO
HABEAS CORPUS Nº 268.459/SP**

Matheus Gonçalves dos Santos Trindade¹

Karina Mombelli Sant'anna²

Michel Hepp Ribeiro Sanchez³

RESUMO: Este artigo visou investigar os direitos fundamentais que permeiam a relação médico-paciente, especialmente quando envolve a necessidade de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Além disso, apresenta-se a definição de objeção de consciência e, após lançadas as bases teóricas, analisa-se a conformidade da decisão proferida no Habeas Corpus nº 268.459 com a sua realidade fática e com a realidade normativa brasileira.

Palavras chave: Objeção de consciência; Direito Médico; Liberdade religiosa.

Abstract: This article aimed to investigate the fundamental rights that permeate the doctor-patient relationship, especially when it involves the need for blood transfusion in Jehovah's Witnesses. In addition, the definition of conscientious objection is presented and, after the theoretical bases have been published, the conformity of the decision pronounced in Habeas Corpus nº 268.459 with its factual reality and Brazilian normative reality is analyzed.

Keywords: Objection of conscience; Medical Law; Religious freedom.

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é analisar a conformidade teórica e fática da decisão proferida no Habeas Corpus nº 268.459 pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso que versa o referido remédio heroico ocorreu no ano de 1993, quando Juliana, adolescente de 13 anos, faleceu por

¹ Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, UNIASSELVI. Especializando em Direito Penal Econômico pela PUC-MG. OAB/RS Nº 101.928. E-mail: matheus@trindademombelli.com.

² Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. OAB/RS Nº 104.861. E-mail: karina@trindademombelli.com.

³ Especialista em Direito Civil e Processual Civil Pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializando em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduando em Políticas Públicas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. OAB/RS 107.132. E-mail: michel@trindademombelli.com

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

estar em um quadro de anemia falciforme e não ter sido realizada transfusão de sangue nela por ela e a família serem Testemunha de Jeová.

Na oportunidade, os médicos do hospital requereram o consentimento dos genitores de Juliana para que pudessem efetuar a transfusão de sangue, procedimento que salvaria a vida da menina, tendo os pais recusado com fundamento na objeção de consciência pela crença religiosa. A situação se agravou quando a genitora da adolescente chamou ao hospital o médico da família, também Testemunha de Jeová, que ameaçou os médicos que cuidavam do caso que iria processá-los caso eles optassem por realizar o procedimento. Permanecendo o impasse, a menina veio a falecer.

A partir disso, os genitores e o médico da família foram denunciados por homicídio, tendo o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do *writ* em questão, trancado a ação penal sob o fundamento de que a responsabilidade de intervenção era tão somente dos médicos do hospital, motivo pelo qual seria sobre eles que recairia o resultado morte da menina.

Diante desse contexto, este artigo tem como propósito analisar os direitos fundamentais que baseiam a objeção de consciência, passando, em um segundo momento, para a definição do fenômeno, para que, por derradeiro, seja analisada se a decisão proferida pelo Tribunal Superior está em consonância com os ditames legais e fáticos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS BASILARES AO TEMA

Tem-se na Constituição Federal o marco democrático do país, eivado de direitos, garantias e deveres fundamentais. Das diversas dimensões que possuem os direitos fundamentais, merecem maior atenção à temática os direitos tidos de primeira dimensão, considerados como liberdades públicas, sendo caracterizados, de mesma forma, como direitos de resistência frente ao Estado.

Os mencionados direitos de primeira dimensão possuem, na sua incumbência constitucional, um caráter dúplice, sendo o primeiro, de plano jurídico-objetivo, uma exposição de mandamentos de viés negativo para o poder público, restringindo a sua atuação em âmbito jurídico individual. O segundo plano, por seu turno, de caráter jurídico-subjetivo, tem o condão de possibilitar o exercício positivo dos direitos fundamentais, bem como exigir ações do Estado

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

para evitar investidas por parte dele ou de terceiros que firam as liberdades negativas (CANOTILHO, 1999). Em outras palavras, as salvaguardas fundamentais obrigam o Estado – detentor do monopólio da força – não só a se abster de violá-las, mas também a procurar formas de promoção e efetivação delas, impondo a adoção de uma atuação ativa em desfavor de acometimentos e coação de terceiros a elas (FELDENS, 2012).

Dentre os direitos fundamentais que se destacam na presente temática estão, sem dúvidas, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à liberdade de consciência e crença., sendo necessário, assim, traçar um liame entre as suas definições e correlações.

2.1. A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme dispõe o inciso III do artigo 1º da Carta Magna, sendo um direito de difícil conceituação, considerando o avanço filosófico e o âmbito de proteção da norma fundamental (SARLET, 2005). Tal afirmação, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, ocorre em razão de a dignidade da pessoa humana tratar de questões que não dizem respeito à existência humana propriamente dita, mas também atuar em outros campos como a integridade física, vestuário, alimentação, propriedade e até mesmo à vida. Diante desse contexto, propõe o citado autor que seja analisada a dignidade pelas suas dimensões ontológica, caráter de intersubjetividade, contexto histórico-cultural, como limite e dever do Estado e forma minimalista do homem, para que posteriormente se possa chegar a uma possível conceituação da dignidade da pessoa humana.

A dimensão ontológica remete que a dignidade não pode ser inventada, conferida ou subtraída, pois se trata de um direito que é intrínseco a cada ser humano. O caráter intersubjetivo, por sua banda, está ligado à face comunitária da dignidade, pois, considerando que ela é intrínseca a cada indivíduo – dimensão ontológica –, ela só estará plenamente satisfeita quando respeitada, de modo a satisfazer as normas fundamentais que dela correm, motivo pelo qual há um limite – mas não eliminação – da esfera individual em prol do bem comunitário, em especial o respeito às pessoas que convivem na comunidade (SARLET, 2005). O contexto histórico-cultural se torna um elemento em razão de que a dignidade da pessoa humana está

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

sempre em constante evolução, assim como a sociedade, se adaptando às mudanças culturais do tempo para a máxima efetivação dos ditames constitucionais, sendo ela, nas palavras de Edilson Pereira de Farias, uma “categoria axiológica aberta”, tendo em vista o pluralismo e multiplicidade de valores que se exteriorizam nas democracias contemporâneas (FARIAS, 1996).

Nesse contexto de diferentes dimensões acima mencionado, é cediço que a dignidade da pessoa humana, assim como os direitos fundamentais de primeira dimensão⁴ anteriormente conceituados, possui o caráter dúplice de, por um lado, impor uma restrição negativa de intervenção do Estado e, por outro, compelir o ente público a adotar políticas positivas que possibilitem uma existência digna sem a interferência de terceiros particulares (SARLET, 2005). Por fim, diante das dimensões da dignidade da pessoa humana apresentadas, torna-se nítido que o ser humano digno não é aquele reduzido a mero objeto do Estado – forma minimalista do homem -, pois cabe a esse segundo a não-intervenção à dignidade, a promoção de mecanismos de defesa desse direito e da promoção da convivência em sociedade, de modo a não haver direitos fundamentais absolutos e respeitar o núcleo essencial deles. Assim, traçadas as linhas básicas das dimensões da dignidade, assim conceitua Ingo Wolfgang Sarlet tal direito fundamental:

O que se percebe, é que onde não haver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não haver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de um mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2005)

Destarte, como se percebe na definição acima, a dignidade da pessoa humana não é um fim em si só, um conceito puro de um único instituto, mas perpassa diversos direitos fundamentais essenciais à existência do homem, como, no trabalho, a vida e a liberdade de consciência e crença, de modo que a sua compreensão é essencial para a sequência do estudo,

⁴ A dignidade da pessoa humana pode ser considerada tanto um direito de primeira dimensão quanto de segunda dimensão, considerando que ela também compõe direitos sociais como um meio ambiente adequado que promova uma vida digna, um trabalho digno ao ser humano, etc, de modo que não podemos classifica-la apenas como um direito fundamental de primeira dimensão.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

pois essa norma fundamental se comunica no seu conteúdo com o direito à liberdade de consciência e crença, assim como com o direito à vida.

2.2. O direito à vida

O direito à vida está alicerçado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, e carrega consigo, assim como a dignidade da pessoa humana, uma dúplici dimensão, podendo ser vislumbrado como uma liberdade negativa ou sob a ótica de um direito prestacional positivo oponível perante o Estado.

Sua face de liberdade negativa está consubstanciada no direito da pessoa em permanecer viva, não cabendo ao Estado lhe retirar a vida. Um exemplo claro da irradiação desse viés no sistema jurídico brasileiro está consubstanciado na vedação de pena de morte no país, disposta no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal.

No que tange à característica de direito prestacional por parte do Estado, esta existe em decorrência da íntima ligação do direito à vida com a dignidade da pessoa humana, o que culminou na necessidade de determinação pelo constituinte um “nível mínimo de vida”, ou seja, no direito à uma vida digna, podendo-se sustentar tal afirmação com base em outros direitos constitucionalmente previstos, como alimentação adequada, moradia, vestuário, saúde, educação, cultura, lazer etc (TAVARES, 2013).

Além das dimensões do direito à vida, a Constituição Federal dispôs proteção especial a determinados grupos de pessoas, como é o caso da criança e do adolescente, tornando um dever fundamental dos familiares, da sociedade e do Estado, zelar a vida desses indivíduos com absoluta prioridade, nos termos expostos pelo artigo 227, *caput*, da Constituição brasileira.⁵

Conforme já se vislumbrou na introdução, um dos *locus* da presente análise, no que tange ao direito à vida, reside no dever fundamental de zelo dos pais com a vida da adolescente que veio a falecer. Todavia, antes de se ingressar, de fato, no cerne da questão, ainda é

⁵ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

necessário delimitar os institutos do direito fundamental à liberdade de consciência e crença, bem como discorrer acerca do conceito de objeção de consciência.

2.3. O direito à liberdade de consciência e crença

O direito à liberdade de consciência e crença está alicerçado no artigo 5º, inciso VI, da Carta Maior⁶, e possui a qualidade de direito fundamental que protege não apenas a evolução da consciência, mas também as manifestações que nela se sustentam (HERINGER JÚNIOR, 2007). Tal dispositivo resguarda, em outras palavras, a liberdade de pensamento e a convicção íntima, podendo o indivíduo manifestar o seu ponto de vista e juízos acerca dele próprio e no que diz respeito ao ambiente em que ele vive (MENDES, 2012). Além de resguardar os pensamentos e convicções internas do ser humano, esse direito fundamental salvaguarda a prerrogativa de crença – que está inserida nas convicções íntimas –, seja ela no sentido de aderir à uma religião – o que será melhor abordado a seguir -, recusar todas elas – adotar o ateísmo -, ou, até mesmo, criar a sua própria religião (SILVA, 2009).

Especificamente no que concerne à liberdade religiosa, conforme leciona Jayme Weingartner Neto, é importante frisar que ela não teria, *prima facie*, arrimo expresso na Constituição Federal, existindo tal direito fundamental através da conjugação de diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo, a garantia de assistência religiosa em entidades civis e militares de internação, a não supressão de direitos em face de crença ou religião, bem como a liberdade de consciência acima referida, dentre outros (WEINGARTNER NETO, 2007). Forçoso grifar, outrossim, que o dispositivo constitucional que protege a liberdade de consciência e crença resguarda os locais destinados à prática religiosa e os seus rituais.

Nesse sentido, a gama de proteção da norma constitucional trazida à baila, como bem ressalta Konrad Hesse, não se limita apenas à construção e solidificação da consciência ou crença do indivíduo, mas também avança ao âmbito de atuação dele, ou seja, protege aquela decisão baseada nas convicções internas, seja ela calcada na fé ou convicção consciente (HESSE, 1998). Nesse cenário, pode haver a extensão dos efeitos protetores da norma

⁶ Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fundamental para isentar o agente de penalização no caso de que, baseado em sua crença interna, ele descumpra alguma norma vigente.

Todavia, mesmo que exista a proteção constitucional supramencionada para além da ordem interna do indivíduo, é imprescindível reconhecer, como bem destaca Bruno Heringer Júnior, que “[...] a ordem jurídica não pode ter a sua validade condicionada à adesão interna dos destinatários das normas” (HERINGER JÚNIOR, 2007), por se considerar que a norma jurídica é aplicável a todos, e não depende de qualquer julgamento interno do seu destinatário a respeito da sua moralidade para que tenha validade. É necessário recordar que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal estabelece que todos serão tratados de forma igualitária perante à lei, de forma que qualquer tratamento desigual poderia, em tese, ferir tal disposição constitucional.

Não obstante, conforme o magistério do mencionado doutrinador, o dever geral de observância das normas válidas pode ser relativizado pela ação dos aludidos direitos fundamentais, de modo a afastar, no caso em concreto, a aplicação de regra válida e vinculante à toda sociedade, desde que exista razões que ultrapassem o próprio fundamento de aplicação da norma, permitindo, destarte, que não se cumpra determinada norma por alguns indivíduos para não lhes gerar conflito de consciência, sem que isso gere, contudo, uma situação de desigualdade entre indivíduos da mesma sociedade, como será demonstrado no tópico a seguir (HERINGER JÚNIOR, 2007).

Por essa razão, ainda que haja na doutrina a diferenciação entre liberdade de consciência e crença, sendo a primeira entendida como liberdade de alçada privada, ao passo que a segunda seria exclusivamente religiosa (VIEIRA; FONTES, 2011); ou também diferenciando que a primeira seria a perspectiva de crer ou não em algo, ao passo que a segunda seria a faculdade de escolha do objeto a ser acreditado (BASTOS, 1992); o mesmo tratamento no caso de escusa de obrigação legal por objeção de consciência é oferecido a ambos diretos, até mesmo porque a crença religiosa pertence à liberdade de foro íntimo, motivo pelo qual não merece maior aprofundamento neste trabalho tal diferenciação.

Definidos os direitos fundamentais em colisão diante do tema abordado, passa-se à análise da objeção de consciência.

3. A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA: DAS PERSPECTIVAS À CRÍTICA AO HABEAS CORPUS 268.459 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Viu-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, possuindo diversas dimensões de aplicação, tanto de caráter de não intervenção quanto de promoção de proteção do sujeito frente ao Estado. Vislumbrou-se, outrossim, que o direito à vida possui duas dimensões, sendo a dimensão positiva a que se comunica com a dignidade da pessoa humana, estabelecendo, assim, que não basta ser garantida a vida, mas deve a vida ser minimamente digna. Por último, visitou-se os ditames dos direitos à liberdade de consciência e de crença, tendo já sido delineado que o tratamento de ambos é igualitário quando se aborda o tema da objeção de consciência, cerne do ensaio, que agora será definido e delimitado.

Agora, passa-se à análise da objeção de consciência, com a conceituação do instituto, definição de consentimento e, com todos esses alicerces, ao enfrentamento do *writ* em questão.

3.1 A objeção de consciência

O instituto da objeção de consciência, segundo Bruno Heringer Júnior, pode ser conceituado como:

[...] comportamento geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivos de consciência, ao cumprimento de dever legal, no marco das configurações de mundo constitucionalmente possíveis, com intenção imediata de alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela ordem jurídica mediante a compatibilização das normas jurídicas em conflito. (HERINGER JÚNIOR, 2007)

Com efeito, como se percebe na definição acima, tratando-se de objeção de consciência, não é a intenção do objetor diretamente mudar a lei válida e vigente, mas sim a descumprir e se isentar de punição pelo descumprimento. O fenômeno da objeção ocorre em razão de determinada norma jurídica entrar em conflito diretamente com as crenças mais profundas do indivíduo – devendo elas serem prévias ao conflito -, sejam elas de cunho ético, cultural, político, religioso, entre outros, de modo que esse litígio lhe cause um dano de existencial, uma divergência tão forte ao ponto de poder lhe causar a ruptura do ser caso seja cumprida a imposição legal (HERINGER JÚNIOR, 2007). Ou seja, o comportamento pretendido pela lei

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

conflita com algo irrenunciável para o objetor (MENDES, 2012), de modo que, conforme leciona Claus Roxin, estaria o sujeito agindo como se estivesse em estado de necessidade – nesse caso, interior, dentro da consciência do indivíduo -, pois atua sob forte pressão psíquica (ROXIN, 1997).

Nessa conjuntura, percebe-se que, dos campos supra aludidos que podem gerar tensão para fins de objeção de consciência, é no aspecto religioso que reside o *locus* preferencial do problema, considerando a diversidade religiosa experimentada na modernidade (HERINGER JÚNIOR, 2007). Ainda que algumas das outras searas mencionadas possuam dispositivos expressos na Constituição ou na legislação ordinária a respeito da objeção de consciência, melhor atenção merece, diante do presente tema, a objeção por crença religiosa, em especial as Testemunhas de Jeová e o procedimento de transfusão sanguínea.

Especialmente no que toca às Testemunhas de Jeová, é possível extrair a vedação religiosa à transfusão de sangue no capítulo Gênesis, 9:4, da Escritura Sagrada, que dispõe “a carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis.”, dentre outras passagens bíblicas. Baseados no citado trecho, os adeptos a essa religião acreditam que, em havendo a troca de sangue – elemento que para a religião ele é equiparado à vida -, a pessoa ficará impedida de prestar o testemunho de seu Deus Jeová, motivo pelo qual o adepto será banido da religião (ODY, 2009).

A objeção de consciência das Testemunhas de Jeová consiste em não realizar a transfusão de sangue com o objetivo de perseguir a sua fé, pois, do contrário, serão banidos da sua religião. Veja-se, portanto, que não se trata só de um conflito de liberdade religiosa e vida, que nesse caso estão em colisão não entre sujeitos diversos, mas sim de um mesmo titular, sendo que não há hierarquia entre os direitos em colisão (BARROSO, 2010). O problema tampouco se restringe ao conflito entre a autonomia privada do indivíduo e o dever do Poder Público de zelar pela vida.

O litígio atrai, além dos elementos aludidos, a incidência da dignidade da pessoa humana, que, como já anteriormente destacado, não se trata unicamente de estar biologicamente vivo, mas também que a pessoa disponha do mínimo existencial, que não se satisfaz somente com os bens e demais itens necessários para a existência física (GIACOMOLLI, 2008). Assim, para o objetor que seja compelido a realizar o procedimento de transfusão, talvez lhe tirem a

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

dignidade de sua vida no plano terrestre – expulsão da religião – bem como a eternidade que ele acreditava buscar ao se filiar na religião adotada, decisão esta que não cabe ao Estado tomar (HENRINGER JÚNIOR, 2007).

Veja-se que o Poder Público não pode, em nome da preservação da vida, obrigar uma pessoa a ser submetida à tratamento médico degradante ou agressivo, como o caso de quimioterapias, por exemplo, em respeito à dignidade da pessoa humana. O mesmo raciocínio é aplicável nos casos de objeção de consciência em que o indivíduo não busca a morte em si, mas o respeito à sua convicção ou crença, sendo válida, por conseguinte, a recusa do tratamento, como no caso a transfusão de sangue (HENRINGER JÚNIOR, 2007).

Nesse contexto, assim se posiciona Luis Roberto Barroso acerca da possibilidade, ou não, da objeção de consciência calcada no fundamento religioso para recusar a transfusão de sangue:

Relembre-se, como já assinalado, que a ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. (BARROSO, 2010)

Destarte, pode-se concluir no tópico que, diante da recusa à transfusão de sangue por uma Testemunha de Jeová alegando objeção de consciência, não cabe ao médico, tampouco ao Estado, obriga-la a se submeter ao tratamento, ainda que isso possa colocar em risco a sua vida. Todavia, tal assertiva, assim como o tema em questão, não é absoluta, sendo necessária a verificação de alguns requisitos, em especial o consentimento na recusa, o que merece ser abordado em um tópico específico.

3.2. O problema do consentimento e a necessária crítica ao Superior Tribunal de Justiça pela decisão no Habeas Corpus 268.459/SP

Para que se possa sustentar a possibilidade de recusa no tratamento de transfusão de sangue, é elementar discorrer acerca do consentimento, pois, em se tratando de recusa que gera risco de morte, tal aceção é de suma importância para consolidar, ou não, a esfera de não intervenção do paciente. Torna-se necessária para a validade da recusa a verificação do consentimento genuíno do objeto, sendo imprescindível a existência de aspectos relacionados à capacidade do sujeito, à liberdade de escolha e à decisão comunicada (BARROSO, 2010).

No que concerne à capacidade do sujeito, deve ele, titular do direito fundamental ser civilmente capaz e estar em plenas faculdades mentais para a expressão da recusa – não podendo fazê-la, portanto, em caso de estar com a psique afetada, seja por uso de drogas, situações traumáticas etc. -, além de ser ela personalíssima e expressa, de modo a não ensejar dúvidas acerca da sua vontade, devendo ser, outrossim, atual e anterior ao procedimento médico, podendo ser revogável. Por derradeiro, no que concerne ao consentimento, é importante destacar que ele deve ser livre de qualquer ameaça ou coação, devendo, outrossim, o objeto estar ciente do seu quadro de saúde e as consequências da recusa do tratamento (BARROSO, 2010)

Observa-se dos requisitos acima expostos a capacidade civil como exigência para que seja válida a recusa do tratamento, bem como ela deve ser personalíssima. Portanto, não há como os genitores, familiares, tutores e curadores oferecerem uma rejeição válida de tratamento quando se tratar de criança, adolescente ou incapaz. Acresce-se a essa constatação, ainda, o fato de que a vida da criança e do adolescente possui prioridade absoluta, sendo um dever dos garantidores, da sociedade e do Estado protegê-la.⁷

De igual sorte, a legislação infraconstitucional, mais especificamente no artigo 5º do Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90 –, estabelece que nenhuma criança ou adolescente será alvo de negligência, sendo punido conforme a lei qualquer agente que, por ação ou omissão, desatenda seus direitos fundamentais.

⁷ Vide artigo 227 da Constituição Federal.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

É exatamente nesse sentido que pecou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* 268.459 de São Paulo, pois considerou que a responsabilidade penal pelo fato era exclusivamente dos médicos, quando na realidade os fatos e até mesmo o direito conduzem o raciocínio para um destino diferente.

O contexto fático apontava, por um lado, para necessidade de intervenção médica de urgência, com a efetuação de transfusão de sangue em uma adolescente de apenas 13 anos e, de outro lado, a relutância dos genitores em consentir com a prática, havendo em especial o agravamento da situação quando a genitora da menina, inconformada com a insistência do hospital, chamaram ao recinto o médico da família, também Testemunha de Jeová, que ameaçou os médicos e o hospital que, caso fizessem a intervenção médica, seriam duramente processados.

Veja-se que não se trata, no caso em tela, de uma simples recusa dos pais em consentir com a transfusão de sangue de sua filha, pois sendo assim, como destaca Claus Roxin, não caberia punição penal deles por omissão de socorro, tampouco por tentativa de homicídio, tendo em vista que a ausência de consentimento poderia ser superada pela nomeação de um tutor ou pela ação da equipe médica (ROXIN, 1997).

Ocorre que, no precedente em análise, houve por parte dos genitores a realização de ações concretas – e não somente omissão – com a finalidade de frustrar o procedimento, o que modifica a possibilidade médica de realização de intervenção trazida pelo autor alemão. De fato, é de se entender que não se pode falar em dolo direto no resultado morte por parte dos genitores, considerando que eles levaram a adolescente ao hospital possivelmente esperando que os tratamentos alternativos surtisserem efeito, como bem destacam os votos vencedores no acórdão analisado. O raciocínio explanado pelo voto superou, ainda, os dizeres dos pais, que insistiam em referir que preferiam que a filha morresse a dar o consentimento para a realização da transfusão de sangue.

Todavia, não há como, no caso em testilha, responsabilizar criminalmente os médicos pelo resultado morte, considerando a grande influência externa que foi perpetrada na realidade fática, o que relativiza alguns preceitos legais dispostos. Veja-se.

Com o abandono do paternalismo médico denunciado por Luis Roberto Barroso nos meados do século XX, mais especificamente a partir da consolidado a partir do surgimento do

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Código de Nuremberg, de 1947, iniciou-se uma ruptura da cultura até então alicerçada, momento em que se passou a observar o princípio da autodeterminação da pessoa, de modo que os médicos deveriam observar as ponderações de seus pacientes durante o tratamento, devendo haver o consentimento informado para a realização de procedimentos e práticas médicas. Dessa forma, o paciente deixou, como já amplamente ventilado, de ser apenas um objeto, passando a se tornar um sujeito de direitos fundamentais, em especial pelo respeito à dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2010).

Especificamente no Brasil, a resolução 1.021 de 1980 do Conselho Federal de Medicina dispõe, na sua segunda disposição, que cabe ao médico, em havendo risco de vida, realizar a intervenção mesmo sem consentimento do paciente (POLICASTRO, 2010). Tal disposição legal, *s.m.j*, está em dissonância com a esquadra histórica, considerando o abandono do paternalismo, e sequer foi recepcionada pela nossa Constituição Federal, tendo em vista a construção já delineada a respeito dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade de consciência e crença.

A resolução 1.931 de 2009 do Conselho Federal de Medicina, por sua vez, prevê no seu artigo 22 que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” Novamente se percebe que no caso do *writ* se tentou obter a anuência dos genitores, e quando não se obteve sucesso, houve ainda a influência externa de um médico da família também religioso, o que frustrou a ação da equipe médica, resultando na morte da adolescente.

Exatamente pela abordagem supramencionada, posiciona-se no presente trabalho no sentido de que não houve responsabilidade criminal por parte dos médicos, pois o resultado morte não se deu exclusivamente pela omissão imprópria do artigo 13, §2º, do Código Penal, tendo em vista que eles agiram por diversas vezes no sentido de obter o consentimento dos pais, frustrando o ato com a chegada de terceiro – médico da família -, que os coagiu a não prosseguirem com o tratamento.⁸

⁸ É sabido que, em caso de ação, os médicos não seriam responsabilizados criminalmente por constrangimento ilegal, considerando o disposto no artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal brasileiro, o que demonstra ainda mais o poder de influência das ameaças proferidas pelo médico Testemunha de Jeová.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Mais prudente seria, no caso em debate, que o hospital tivesse ingressado em juízo na busca da nomeação de um tutor à adolescente, de modo a se eximir de eventual responsabilidade cível posterior. Todavia, ainda que a instituição tenha se quedado inerte, isso não conduz ao raciocínio automático de incriminação dos médicos pela morte da adolescente, considerando os fatores delineados.

4. CONCLUSÃO

A objeção de consciência faz parte do direito fundamental da liberdade de consciência e crença, mas também possui ligação direta com a dignidade humana e, quando se trata da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, comunica-se com o direito à vida. A liberdade de crença da referida religião teve grande avanço com o reconhecimento da possibilidade de rejeição de tratamento, desde que aquele que o rejeita possua capacidade civil e psicológica para isso, bem como tenha ciência do seu quadro clínico e das consequências de seus atos.

Diferente é o caso do Habeas Corpus nº 268.459 do Superior Tribunal de Justiça, onde a recusa foi lançada impedindo o tratamento de uma adolescente, inclusive havendo condutas ativas por parte dos membros familiares para que não fosse realizado o procedimento. Tal conduta afrontou o dever constitucional de proteção integral da adolescente e condiciona os responsáveis à sanção penal pelo resultado.

Todavia, considerando que houve o entendimento por parte da Corte Superior que os pais não tinham dolo no resultado morte, capitulação esta que havia sido lançada pela acusação, não cabe no caso em concreto responsabilizar os médicos do hospital pelo resultado, pois o dever de ação deles também restou frustrado pelos atos dos objetores.

Conclui-se, após a exposição dos alicerces da objeção de consciência e à luz do caso em concreto, que deveria o hospital, no momento dos fatos, ter ingressado em juízo para resguardar o interesse da adolescente, considerando inclusive a presença de um médico Testemunha de Jeová no hospital para impedir a transfusão sanguínea. Porém, tal inação por parte do não pode gerar, nesse contexto fático, a responsabilidade criminal dos médicos, pois eles foram impedidos de agir.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. **Ciência Jurídica**, v. 24, n. 153, p. 287-326, maio/jun. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2014. Art. 22. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf> Acesso em: 01 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014, p. 4. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 01 jan. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**: justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações e críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ODY, Cesi Cristiani. **Liberdade religiosa e constrangimento ilegal**: os casos de transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Porto Alegre, 2009.

Volume 6 – Número 2 (2019) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 3ª Ed., Rev., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general - tomo 1 fundamentos. la estructura de la teoria del delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. Comentário ao artigo 5º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; FONTES, Rômulo Fernando Novais. Objeção de consciência: a legítima recusa a tratamento médico. **Revista eletrônica FEOL - REFEOL**, v. 01, 2011. Disponível em: <
[http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes).pdf)> Acesso em: 02 de janeiro de 2018.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.