

TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ:
RELIGIÃO, ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO-PENAL

Rodrigo Iennaco de Moraes y Rodrigo Esteves Santos Pires

CIENCIAS PENAIAS

Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciencias Penais

Vol. 2

Brasil, Ano 2, n. 2, janeiro – junho 2005

Editora Revista Dos Tribunais

<http://www.cienciaspenales.net>

2. DOCTRINA NACIONAL

2.10

TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: RELIGIÃO, ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO-PENAL

RODRIGO IENNACO DE MORAES

Promotor de Justiça em Minas Gerais. Mestre em Ciências Penais
pela Universidade Federal de Minas Gerais.

RODRIGO ESTEVES SANTOS PIRES

Advogado. Ex-Procurador Geral da Universidade Federal de Juiz de Fora.
Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema: o conteúdo normativo do direito à vida em sede de hermenêutica constitucional – 2. Ética médica e religião – 3. A conduta do médico numa perspectiva penal constitucional: 3.1 Responsabilidade penal do médico: 3.1.1 Realização da transfusão: indiferença penal do constrangimento para salvar a vida do paciente; 3.1.2 Não realização da transfusão: isenção penal da omissão dolosa em respeito à autodeterminação do paciente – 4. Conclusões.

Palavras-chave: Vida – Ética – Direito Penal.

1. Colocação do problema: o conteúdo normativo do direito à vida em sede de hermenêutica constitucional

Em casos de internação hospitalar com indicação cirúrgica, pode o corpo clínico se deparar com situação de difícil e complexa solução, com inegáveis reflexos jurídicos. Cuida-se de hipótese em que pacientes “Testemunhas de Jeová” recusam-se a receber transfusão de sangue, a despeito do resultado potencial ser a morte. Sabemos que o Estado brasileiro é laico (art. 5.º, VI e VIII, CF/88), não possuindo mais religião oficial, ao contrário do que sucedia na Constituição de 1824.

A questão, não apenas por envolver aspectos ligados à ética e à religião, não pode ser objeto exclusivo do discurso jurídico, limitado, por sua natureza, para a efetiva pacificação de conflitos desse gênero. Isso não significa, lado outro, que no âmbito jurídico não se busquem e não se determinem soluções para os casos concretos, no cotidiano forense, sempre baseadas em determinados elementos conceituais e valorativos – prestigiados pelo julgador em detrimento de outros. O

que se pretende mostrar, no presente trabalho, é que do ponto de vista do discurso lógico-jurídico, não há, intrinsecamente, soluções corretas ou erradas, verdadeiras ou falsas, qualquer que seja o ponto de vista adotado.

Parece óbvio, pois, afirmar que a matéria posta em exame, extremamente delicada, não encontra uniformidade nas orientações jurisprudencial e doutrinária, donde emergem duas linhas de raciocínio nitidamente díspares, quais sejam, (i) a que vislumbra, no *iminente perigo de vida*, a necessária autorização para que se proceda à transfusão de sangue, e (ii) a que, tomando por base o entendimento segundo o qual a Constituição Federal assegura apenas a *inviolabilidade* do direito à vida (encarando-o, portanto, como disponível por parte de seus respectivos titulares), empresta valor absoluto à autodeterminação do paciente “Testemunha de Jeová” que, por sua convicção religiosa,¹ não autoriza ou recusa a transfusão.

Defensor do segundo entendimento, Celso Ribeiro Bastos leciona:

“o conteúdo jurídico do direito à vida, pois, orienta-se por assegurar a inviolabilidade desta como um bem jurídico da maior grandeza. [...] Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a *inviolabilidade* do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicamente ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v. g., de sua privacidade. [...] No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a inviolabilidade do direito à vida (art. 5.º, *caput*)”²

Argumenta o ilustre constitucionalista, ainda, com a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de “lei proibitiva da opção individual em realizar transfusão de sangue. Nem há, igualmente, legislação impondo aos médicos a desconsideração da vontade individual do cidadão. Também, nessa mesma linha, é preciso considerar que o suicídio (ou melhor, sua tentativa) não tem punição jurídica alguma.”³

Isso porque, segundo o entendimento dominante, as liberdades públicas, constitucionalmente asseguradas, só podem sofrer limitações em leis formais e materialmente votadas pelo Poder Legislativo, ou até mesmo em atos normativos de outra envergadura, e desde que tais leis ou atos estejam igualmente em compasso formal e material com o texto constitucional.

As limitações aos Direitos Fundamentais encartilhados na Carta Magna devem ser veiculadas por Lei Ordinária, e isto por expressa convocação constitucio-

⁽¹⁾ Gênesis 9: 3,4; Levítico 17: 13,14; Atos 15: 19-21.

⁽²⁾ 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, p. 493.

⁽³⁾ BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 493.

nal (reserva legal simples ou reserva legal qualificada), o que não significa dizer que, à minguada de expressa previsão constitucional de reserva legal, seja interdita aos órgãos competentes a edição de normas de limitação de direitos fundamentais, de objetivação de seu conteúdo (art. 5.º, II, CF/88, cláusula de reserva legal subsidiária).⁴ E mais, hipóteses há em que essas limitações não decorrerão sequer de leis formal e materialmente votadas pelo legislativo, vez que provenientes de órgãos outros constitucionalmente legitimados para tanto, como é o caso, v. g., das universidades públicas brasileiras, por decorrência do princípio constitucional da autonomia universitária e do fenômeno da *delegificação* (ou “deslegalização”, que quer significar a possibilidade de inovação na ordem jurídica sem a necessidade de intermediação de leis formal e materialmente votadas pelo legislativo).

Destarte, decisão médica diametralmente oposta à vontade individual, exercitada em sua esfera de liberdade e decorrente de convicção religiosa intangível à atuação do Estado, seja Legislador, Juiz ou Administrador, ou do próprio profissional médico, implicará ofensa à Constituição, notadamente ao disposto no art. 5.º, VIII, da Lei Maior.⁵

A apreciação da vida humana como bem jurídico conduz à idéia de que outros valores tutelados constitucionalmente lhe sejam confrontados. Surge, daí, a discussão acerca da disponibilidade do bem jurídico *vida*, comumente concluindo-se que se trata de bem *inalienável, indisponível e irrenunciável*. Há quem procure distinguir renúncia e disposição do direito à vida. Arthur Kaufmann diz que:

“A vida humana há que ser concebida como um direito altamente pessoal, de modo que não se compreende por que tal direito deva ser *juridicamente* [...] irrenunciável. À objeção de que essa postura conduz a um individualismo extremo cabe opor que a tese de que o homem está obrigado frente à comunidade a manter-se com vida se apóia num questionável coletivismo de proveniência desconhecida. É certo que o indivíduo tem obrigações frente à comunidade, mas apenas enquanto vive; entretanto, não tem frente à comunidade a obrigação de viver.”⁶

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gisele de Carvalho, citando Romeo Casabona, escreve que a renúncia ao direito implica renúncia à exigibilidade do cumprimento dos deveres de respeito e proteção por parte do Estado e demais particulares. Nessa trilha, o direito à vida seria irrenunciável. Mas daí extrai que “a disposição do direito à vida não implica necessariamente uma renúncia”, pois quem dispõe da própria vida mantém o domínio do fato e do bem jurídico. Isso não significaria, porém, que dessa disponibilidade se pudesse aferir a licitude da

⁽⁵⁾ Para o aprofundamento da matéria: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

⁽⁶⁾ Exceção feita à chamada escusa de consciência, isto é, ao não cumprimento de prestação alternativa fixada em lei.

⁽⁶⁾ KAUFMANN, Arthur *apud* CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. v. 18, p. 119.

intervenção de terceiros no momento da disposição, que estaria limitada apenas ao titular do direito: “a disponibilidade frente a terceiros importaria verdadeira renúncia ao direito à própria vida”. E conclui:

“Como nenhum direito deve ser interpretado como absoluto e incondicionado, também esse direito a dispor da própria vida encontra-se submetido a algumas restrições. Daí porque o homicídio, ainda que mediado pelo consentimento da vítima, e o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são criminalizados perante a atual legislação, embora as formas omissivas desses delitos, em situações especiais e desde que presente a recusa consciente e responsável do titular do bem jurídico, devam permanecer impunes por razões de ordem constitucional, em atenção ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.”⁷⁷

2. Ética médica e religião

Do ponto de vista deontológico, o respeito à autonomia do paciente, um dos pilares da ética médica, encontra na convicção religiosa uma de suas facetas.

Sobre o assunto, Zelita Souza e Maria Isabel Miorim de Moraes discorrem:

“Para que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável segundo o ‘seu próprio plano de vida [...], embasado em crenças, aspirações e valores próprios’, ele precisa ser corretamente informado das intenções e recomendações de seu médico e ter uma visão clara de como tais recomendações afetam seus próprios valores. Então, é dada ao paciente a possibilidade de consentir ou não no tratamento proposto. [...] o consentimento esclarecido não é meramente um conceito jurídico, mas também – e sobretudo – ético e moral. [...] o entendimento religioso das Testemunhas não proíbe de modo absoluto o uso de componentes sangüíneos, como a albumina, as imunoglobulinas e os preparados para hemofílicos; cabe a cada Testemunha decidir individualmente se deve aceitar esse tipo de tratamento [...]. Da mesma forma, a circulação extracorpórea e a hemodiálise são prontamente aceitas, desde que se use como *primer* soluções isentas de sangue [...]. As Testemunhas de Jeová [...] admitem que ‘a questão [...] envolve os princípios mais fundamentais sobre os quais baseiam suas vidas. A relação com seu Criador e Deus está em jogo’. [...] As crenças das Testemunhas de Jeová – que recusam transfusões de sangue por motivos religiosos ou médicos – servem de fundamento para um sistema moral, para um conjunto de juízos deontológicos sobre o que se deve ou não fazer. Segundo esse sistema, a recusa às transfusões constitui uma regra de conduta a ser observada, ainda que a sociedade a ignore ou menospreze.”⁷⁸

⁷⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 119-120.

⁷⁸ DIXON, LANG e LANGE *apud* SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim. *A ética médica e o respeito às crenças religiosas*.

Instado a analisar caso concreto, ocorrido em dezembro de 2002, o Conselho de Ética Médica do Hospital Universitário da Universidade Federal de Juiz de Fora, ao solicitar parecer do setor jurídico, assim opinou: a) todo esforço deve ser feito no sentido de respeitar a vontade do paciente; b) se no ato cirúrgico ou pós-operatório configurar-se situação de perigo iminente de vida, sendo a transfusão de sangue ou derivados o único recurso disponível, deve-se proceder ao ato de transfundir.⁹

De qualquer forma, o grande desafio que se afigura é a conciliação entre o tratamento médico e o respeito às crenças religiosas do paciente. A ética médica exige tanto a utilização dos recursos científicos disponíveis quanto o respeito à autonomia e aos valores religiosos do paciente. Até porque, conforme salienta Garizabal, citado pelas professoras Zelita Souza e Maria Isabel Moraes:

“Atribuir a idéia de suicídio aos casos de recusa de transfusões de sangue é fruto duma ‘confusão’. [...] ‘O mero fato de recusar um tratamento não pode ser considerado como uma maneira de morrer. O suicida que deseja morrer [...] cumpre a decisão de acabar voluntariamente com a vida. Ao contrário, e por finalidade à sua consciência, abster-se de usar um meio curativo não significa a intenção de matar-se. Sua vontade é outra.’ Na verdade, ao escolher tratamento isento de sangue, as Testemunhas de Jeová não estão exercendo o direito de morrer, mas o direito de escolher a que tipo de tratamento se submeterão.”¹⁰

Até porque, deve-se reconhecer, nenhum tratamento pode prometer, inexoravelmente, salvar a vida, em determinadas circunstâncias, não obstante o emprego de todos os recursos científicos disponíveis.

⁹⁾ A Procuradoria Geral da UFJF, na ocasião, emitiu parecer com o seguinte dispositivo: “I – se ainda não há *iminente perigo de vida para a paciente*, mas apenas indicação de cirurgia, esta só deverá realizar-se com seu consentimento prévio e expresso ou com sua expressa ciência em texto onde reste consignado, sem margem a dúvidas, que, na hipótese de ocorrência de iminente perigo de vida com a intervenção, a *transfusão de sangue será efetivamente realizada*, se outros meios terapêuticos não se mostrarem capazes de impedir a ocorrência do evento danoso, qual seja, a morte; II – em qualquer caso, haver-se-á de facilitar à paciente, de forma expressa, a não submissão à cirurgia, com o seu consequente desligamento do Hospital; III – em hipóteses outras, caracterizadoras de situações de urgência e/ou emergência, quando a transfusão de sangue revelar-se o *único método terapêutico disponível e eficaz a que se impeça a ocorrência do evento danoso* (a morte do paciente), a transfusão deverá ser realizada independentemente de sua vontade, ou de seu representante legal, sempre com amplo esclarecimento quanto à situação e ao porquê da imprescindibilidade da intervenção contrária a suas convicções religiosas; IV – se se optar por aceitar a recusa da transfusão, a responsabilidade será da equipe médica.”

¹⁰⁾ GERIZABAL MM. *El rechazo de la sengre*. Sobre las libertades de conciencia y de religión. Madrid: Defensoria del Pueblo, 1996, 77-88 *apud* SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Maria Isabel Dias Miorim, op. cit.

3. A conduta do médico numa perspectiva penal constitucional

O art. 146, § 3.º, I, do Código Penal, parece deixar claro que a conduta do médico que realiza intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, está excluída do âmbito de proteção da norma penal incriminadora expressa no tipo de injusto do constrangimento ilegal.

De outro norte, concluir se, à luz do disposto no art. 13, § 2.º, *a*, do Código Penal, a omissão do médico em respeito à opção convicta do paciente é penalmente relevante quando podia e devia agir para evitar o resultado (a morte do paciente), repousa em responder, primeiro, se tem ele (o médico) o dever de cuidado, proteção e vigilância imposto pela lei, que significaria obrigação de intervir diante de iminente perigo de vida, no caso, determinada pelos arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica. Mas também responder, depois, se esse dever se sobrepõe, numa perspectiva constitucional, ao respeito que deve guardar à autodeterminação do paciente, em atenção às convicções religiosas.

Se a conclusão que se extrair da conjugação dos arts. 146, § 3.º, I, e 13, § 2.º, *a*, ambos do Código Penal, for no sentido do dever de intervenção, independentemente da manifestação de vontade do paciente, a conduta do médico que realiza a transfusão estará amparada por causa de exclusão da tipicidade, prevalecendo a indisponibilidade do direito à vida.

No entendimento contrário, julgando-se prevalente a inviolabilidade do direito à vida, mas reconhecida sua disponibilidade pelo titular em atenção à autodeterminação motivada pela fé, uma vez não autorizada – por motivos de convicção religiosa – a transfusão de sangue, nenhuma conduta seria exigível do médico a não ser buscar tratamentos alternativos, se existentes, ainda que o resultado fosse a morte do paciente. Nesse caso, a conduta do médico estaria alcançada pelo âmbito de proteção típica do art. 121, *c/c* o art. 13, § 2.º, *a*, ambos do Código Penal? A realização da transfusão contra a vontade do paciente seria típica de constrangimento ilegal (art. 146, *caput*, CP)?

Gisele de Carvalho, a respeito, recorda que a Constituição Federal assegura, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5.º, VI). De outro lado, vida também é *direito* fundamental. Cuida-se, então, de discutir a consideração da vida humana como direito absoluto ou relativo, cuja disponibilidade traria, em sede constitucional, reflexo na responsabilidade penal do terceiro que não impede sua disposição pelo titular, podendo fazê-lo.

Antes de aderir a uma ou outra corrente, prefere-se, neste ensaio, demonstrar que ambas soluções têm respaldo jurídico, sendo viáveis tecnicamente quanto à estrutura do discurso que as fundamentam. Sendo assim, em se confirmando tal assertiva, a conduta do médico estaria juridicamente amparada, em qualquer das hipóteses, para fins de responsabilidade penal. Isso, longe de representar a incongruência do sistema normativo, serve de constatação à limitação do discurso jurí-

dico-penal para resolução dos conflitos que repousam em sede pré-jurídica, com apoio em concepções filosóficas, éticas e religiosas que não cabem na estreiteza do método técnico-jurídico.

3.1 Responsabilidade penal do médico

3.1.1 Realização da transfusão: indiferença penal do constrangimento para salvar a vida do paciente

Na perspectiva do tecnicismo jurídico, que serviu de inspiração inclusive ao legislador do Código Penal brasileiro, pode-se afirmar que é dever do profissional médico utilizar-se de todos os meios de que dispõe para a preservação da vida do paciente, sob pena de responder criminalmente, à luz do que dispõem os arts. 13, § 2.º, *a* e 146, § 3.º, 1, do estatuto repressivo pátrio. A propósito, Luiz Regis Prado leciona que:

“Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). Há conflitos entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor.”¹¹

Analisando a norma não incriminadora permissiva do art. 146, § 3.º, sustenta Damásio de Jesus tratar-se de “causas excludentes da tipicidade do fato e não da antijuridicidade.” O Código Penal diz que esses fatos “não se compreendem na disposição” que define o constrangimento ilegal. Logo, diz o consagrado autor, “se os fatos não se encontram compreendidos na norma penal incriminadora, são condutas atípicas [...], diante da inadequação entre os fatos e a norma de incriminação.”¹² Desenvolvendo, a princípio, acertado raciocínio, complementa de maneira obscura, dizendo que seriam, na verdade, casos de estado de necessidade de terceiro elevados à categoria de causa excludente da tipicidade. Semelhante é a posição de Bitencourt:

“A intervenção do médico, sem consentimento, ou a coação, nas circunstâncias descritas, estão excluídas da adequação típica contida no *caput* do art. 146, ou seja, a intervenção médica para evitar iminente perigo de vida ou a coação de

⁽¹¹⁾ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 272. No sentido do texto, já se decidiu que “uma vez comprovado o efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue” (TACRIM/SP, HC, Rel. Marrey Neto, RJD 7/175).

⁽¹²⁾ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte especial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 220.

qualquer pessoa para impedir o suicídio são *atípicas*. A *iminência de perigo de vida* ou de *suicídio* constitui causa *excludente de tipicidade*. [...] O fundamento da previsão é o *estado de necessidade (de terceiro)*, mas a *existência da previsão* em si constitui causa de exclusão da adequação típica. São, digamos, hipóteses em que o *estado de necessidade* funciona não como excludentes da antijuridicidade, mas da tipicidade, em razão de expressa previsão legal. [...] antes de serem antijurídicos, são atípicos, por não haver correspondência entre as situações excepcionais e a norma incriminadora.”¹³

O art. 146, § 3.º, ao determinar que a intervenção médica ou cirúrgica, justificada por iminente perigo de vida, *ainda que sem consentimento do paciente ou representante*, bem como a coação para impedir suicídio não estão compreendidas na disposição do art. 146, *caput*, configura *causa especial de exclusão da tipicidade*. O legislador, nesses casos, em momento valorativo concomitante à incriminação do constrangimento ilegal (art. 146, *caput*), retirou do alcance da proibição normativa as condutas especificamente delineadas no § 3.º do mesmo art. 146. Teleologicamente, o legislador ponderou bens em conflito (liberdade de autodeterminação do paciente ou sujeito passivo *versus* vida). Note-se que a conclusão é extraída do conjunto normativo que o dispositivo legal materializa, levando-nos à conclusão de que o legislador obrou com acerto ao dizer que tais circunstâncias não estariam *compreendidas* no preceito primário da norma penal incriminadora. Noutras palavras, o caso é de exclusão da tipicidade porque as condutas não integram o âmbito de proteção da norma – e não porque simplesmente houve o emprego da expressão “não se compreendem”. Da mesma forma, quem exerce coação física para evitar a prática de suicídio estaria constrangendo alguém, mediante violência, a não fazer o que a lei permite, haja vista que não há dispositivo legal que proíba o suicídio – o comportamento *seria* típico (e formalmente é!), não fosse a norma permissiva corretiva do alcance do tipo fundamental (efeito destipificante).¹⁴

Sobre a situação de recusa aceita pelo médico, sendo também ele Testemunha de Jeová, Luiz Vicente Cernicchiaro comenta:

“O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância a vida (bem jurídico). Daí ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de idéia, o que provoca efeito contrário se instaurado inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento de pena. Em decorrência não configura constrangimento ilegal [...] compeli o médico a salvar a vida do paciente

⁽¹³⁾ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2, p. 426.

⁽¹⁴⁾ IENNAO DE MORAES, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*. Belo Horizonte: Biblioteca do programa de pós-graduação em Direito da UFMG, 2004, p. 87-88.

de perigo iminente e promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim. Aliás, cumpre fazê-lo, presente a necessidade.

O profissional da medicina [...] está submetido ao Direito brasileiro. Tanto assim que as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante ser adepto de “Testemunha de Jeová”, antes de tudo, precisa-se cumprir a legislação vigente no país.”¹⁵

3.1.2 Não realização da transfusão: isenção penal da omissão dolosa em respeito à autodeterminação do paciente

Há quem sustente a possibilidade de prevalência da vontade manifesta pela recusa em submeter-se à transfusão, inclusive com questionamento da constitucionalidade do art. 146, § 3.º, I e II, do Código Penal. A respeito do tema, Luiz Greco, traduzindo artigo de Claus Roxin, escreve:

“Surge aqui um problema, oriundo do art. 146, § 3.º, do CP brasileiro, que, em seus incisos, declara impunível o constrangimento do paciente quando praticado em “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” (inc. I); e se praticado “para impedir suicídio” (inc. II). O legislador brasileiro, ao contrário do alemão, optou por proteger a vida do indivíduo mesmo contra ele próprio, o que – se admitirmos a constitucionalidade de tais dispositivos, algo em si já discutível, ainda mais se lembrarmos a sua matriz ideológica – faz com que não possamos acolher, no nosso direito, sem algumas adaptações o que Roxin diz em seu texto.”¹⁶

Aqui, Luiz Greco se refere ao posicionamento de Roxin, segundo o qual ao médico, diante da recusa do paciente em submeter-se a determinado tratamento, restaria apenas buscar tratamentos alternativos:

“O princípio: quem decide é só o paciente. Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade. Se um canceroso se recusa a deixar-se operar [...], a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isto deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma

⁽¹⁵⁾ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Transfusão de sangue. *Juris Sintese*, n. 18, jul./ago. 1999.

⁽¹⁶⁾ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, out./dez. 2000, nota 36, p. 18-19.

transusão de sangue que lhe salvaria a vida – este caso realmente ocorreu – devem os médicos curvarem-se e deixar a mulher morrer.”¹⁷

Vê-se, pois, que numa perspectiva funcionalista, pode-se admitir a juridicidade da *irresponsabilidade* penal do médico quando, em respeito à convicção religiosa do paciente Testemunha de Jeová, não ministra a transusão, mas adota todas as alternativas de tratamento no intuito de salvar-lhe a vida, observada a *lex arte*. Gisele de Carvalho complementa:

“Em princípio, a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada, sob pena de incorrer o médico nas sanções do delito de constrangimento ilegal, desde que tenha oferecido ao paciente outros tratamentos alternativos, ainda que mais custosos e arriscados. Ausentes outras opções terapêuticas, a pergunta fundamental é se a recusa a receber a transusão pode ser qualificada como atitude suicida. Tem-se, para logo, que as testemunhas de Jeová, ainda que de modo indireto, admitem a possibilidade de superveniência da própria morte, se considerado que ante a extrema urgência da situação, não lhes restam outras opções senão aceitar a transusão ou morrer – fosse o suicídio um ato típico, o elemento psíquico, nessas hipóteses, equivaleria ao dolo eventual. Surgiria assim um conflito de interesses perante o facultativo, que deve escolher entre proteger a vida do paciente ou respeitar sua liberdade religiosa – todavia, considerando-se que a tutela do direito à vida levada à cabo pela Constituição não abrange a manutenção da vida contra a vontade do seu titular em condições desumanas ou degradantes, o princípio da dignidade humana funciona como critério de correção, permitindo que se imponha o respeito à liberdade de crença, sem que se possa falar aqui num delito de omissão de socorro ou de auxílio ao suicídio por omissão. Caso insistisse em consumir a transusão sangüínea, incorreria o médico nas penas do delito de constrangimento ilegal.”¹⁸

É que, num sistema teleológico-normativo de imputação, orientado por critérios de política criminal, será comum ponderar, em atenção ao caso concreto, valores aparentemente contraditórios que repousam, ambos, no nível constitucional, sustentando-se o acerto de opiniões díspares acerca do mesmo tema.

4. Conclusões

Filiamo-nos à corrente dos que vêem, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade *da vida*. Estabelecida essa premissa, a

(17) ROXIN, Claus, op. cit., p. 19. No sentido contrário ao do texto, já se decidiu: “Perigo para a vida ou a saúde de outrem – delito em tese caracterizado – Parente de menor que, por impedimento religioso, não autoriza transusão de sangue prescrita por médico, como medida de urgência – Ciência do risco de vida a que a criança estava exposta – Dolo eventual caracterizado – Justa causa para a ação penal – *Habeas corpus* denegado – inteligência do art. 132 do CP” (TACRIM/SP, RT 647/302).

(18) CARVALHO, Gisele Mendes de, op. cit., p. 162-163. A autora admite a possibilidade de intervenção quando o paciente, em estado de inconsciência, não houver recusado, prévia e expressamente, o tratamento.

ocorrência de iminente perigo de vida se traduz em autorização constitucional para que o médico, independentemente da vontade do paciente (ou de quem o representante), realize a transfusão, quando *cientificamente*, observada a *lex arte*, revele-se como o único meio apto a salvar a vida em iminente perigo de perecimento.

Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positividade ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses.

Desse entendimento não destoa Antônio Junqueira de Azevedo, que, ao estabelecer a intangibilidade da vida humana como pressuposto do princípio em apreço, escreveu:

“O pressuposto de um princípio não é uma consequência do princípio; sua exigência é radical. Um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de moderação para adaptação ao concreto; nesse trabalho, a intensidade da concretização poderá ser maior ou menor. Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa de dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra). Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe concretização radical: ele logicamente não admite atenuação. Se afastado, nada sobra do princípio da dignidade. E esse princípio, se pudesse ser totalmente eliminado, não seria princípio fundamental. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo *caput* do art. 5.º da CF.”¹⁹

Como dito, sem vida não há dignidade, nem liberdade, nem convicção, nada. E se a vida é valor absoluto,²⁰ toda e qualquer conduta tendente a sua preservação encontra, iniludivelmente, esteio constitucional.

Se se haverá de vislumbrar, no valor liberdade, o fundamento de validade da opção pela disponibilidade do direito à vida (emprestando-se ao ato declaratório da opção valor jurídico intocável, vez que lícito seu objeto, não sujeito a forma essencial prevista em lei, e desde que capazes seus subscritores), haver-se-á igualmente de vislumbrar, na intangibilidade da vida como pressuposto do princípio da

⁽¹⁹⁾ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, mar. 2002, p. 19.

⁽²⁰⁾ Não desnatura essa afirmação a exceção prevista no art. 5.º, XLVII, *a*, da CF/88, onde se autoriza expressamente a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada, visto que, em momentos de raríssima excepcionalidade e gravidade, quando as *regras do jogo* mudam vertiginosamente, tem cabida, ao menos em tese, a pena de morte, tendo em vista o que normalmente ocorre com os adversários dos países em guerra.

dignidade da pessoa humana (ainda que essencialmente assegurado como garantia contra a vontade estatal), autorização para que todo e qualquer cidadão intervenha, sempre que possível, no sentido de preservação da vida alheia.

É sem que isso implique a negação da própria liberdade de opção pela morte. Não. Implicará, sim, o reconhecimento constitucional de outro viés da própria liberdade, qual seja, o seu e o nosso direito de intervenção, sempre que possível, *em favor da vida*, de sua preservação, de sua intangibilidade. Se alguém resolve se matar por convicção religiosa, utilizando-se de qualquer meio, que o faça por seus próprios meios e fora da esfera de intervenção daqueles que, também por convicção religiosa, por dever legalmente previsto, ou simplesmente por amor à vida, não se podem curvar passivamente diante de uma vida que, com a utilização dos meios terapêuticos disponíveis (e, frise-se, quando os meios aceitos pelo paciente não se mostrarem eficazes), provavelmente não se ceifaria.

É a dignidade da pessoa humana – que tem na existência da vida seu pressuposto inafastável – o valor fundante de toda e qualquer interpretação constitucional dos direitos fundamentais. A dignidade da vida pressupõe a vida. Somente em atenção à vida e enquanto ela durar fará sentido a positivação da tutela de sua dignidade. É o que se extrai dos ensinamentos da Prof.^a Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no que se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.”²¹

Algumas conclusões, no plano teórico, podem ser enunciadas: 1) a vontade manifesta do paciente “Testemunha de Jeová”, no sentido da recusa da transfusão de sangue, encontra respaldo no disposto no art. 5.º, II, VI, VIII e X, da CF/88, inserindo-se em sua esfera de liberdade, que abrange inclusive a disponibilidade do direito à vida; 2) esta mesma liberdade não tem o condão de aniquilar direito de igual envergadura e garantido a todo e qualquer cidadão que, amparado na dignidade da pessoa humana e no seu pressuposto (intangibilidade da vida), atua em favor de terceiros, ainda que contra suas próprias vontades; 3) em se tratando da-

²¹) ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Rio de Janeiro: Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: Justiça, Realidade e Utopia, 1999. v. 1, p. 77.

queles que possuem dever legal de agir (art. 13, § 2.º, CP), a intervenção em favor da vida não pode ser recusada sob pretexto algum, quando tal intervenção é a única capaz de impedir a ocorrência do evento danoso.

Quanto à terceira e última conclusão, convém o reconhecimento de que traz influência, ainda que inconsciente, da arraigada tradição judaico-cristã, que nos introjeta a idéia de que a vida é bem sagrado, vale dizer, intangível, que não comporta relativismo e subjetivismo (salvo o nosso).

Não há dúvida, então, de que todo o raciocínio jurídico exposto acima, em favor da intervenção contra a vontade do paciente, vem impregnado de uma postura “relativamente autoritária”, no sentido de que se trata de uma opção pré-conceitual, representativa do *volksgeist* que, no caso brasileiro, é influenciado sobremaneira por uma visão de mundo que se sustenta em postulados filosóficos e éticos católicos, independentemente da religião que se professe ou até da própria opção religiosa formal. Sociologicamente, a postura ético-religiosa que permeia o (in)consciente coletivo (com reflexos no discurso jurídico) e que conduz a uma prévia postura sobre o assunto deita raízes na forma como se processou nossa colonização.

No plano da validade interna do discurso jurídico-constitucional, duas soluções são possíveis (o médico não responde por constrangimento ilegal se realizar a transfusão e também não responderia por omissão se, respeitando a convicção religiosa do paciente, ministra tratamento alternativo, que não a transfusão), mas “uma é mais verdadeira que a outra”, porque “a nossa verdade sempre nos parece a única verdade”. Com base numa postura apriorística²² é que se desenvolvem e se sustentam, então, os argumentos que fundamentam, no plano jurídico, uma concepção que é, antes de tudo, filosófica, ética e, quiçá, apenas religiosa.

⁽²²⁾ José Eduardo Faria anota que “todo discurso jurídico é constituído por estratégias que assumem uma aparência lógica e estão destinadas a induzir e regular o juízo coletivo sobre uma situação ou um objeto, não descartando a possibilidade de recorrer a um arsenal de efeitos retóricos para fazer prevalecer suas opções políticas.” (FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito* – os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 47).