

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DOS PACIENTES ADEPTOS DA RELIGIÃO “TESTEMUNHAS DE JEOVÁ” VERSUS RESPONSABILIDADE MÉDICA.

Aluno: Pedro Penna Rosa Orosco

Orientadores: Carlos Alberto Plastino e Fábio Carvalho Leite

Introdução

Atualmente sou membro do grupo de pesquisa (PIBIC) sobre "Estado e Religião na Constituição Brasileira de 1988", sob orientação do professor Fábio Leite.

Desde então, escolhi a partir desse tema genérico trabalhado por nós no grupo do qual faço parte um tópico mais específico como tema de referência para que eu pudesse desenvolver minha pesquisa e meu artigo. Assim, o tema escolhido por mim trata-se de uma questão não tão inovadora, mas extremamente polêmica e que envolve direitos tutelados constitucionalmente. Tal tema diz respeito à realização de procedimentos terapêuticos que incluam transfusão de sangue em pacientes adeptos da religião intitulada "Testemunhas de Jeová", no qual fiz uma análise predominantemente Constitucional, mas também abordando aspectos penais e cíveis da situação presente em tal caso e que contrapõe a objeção de consciência dos adeptos de tal religião à responsabilidade dos profissionais de saúde.

Meu interesse por tal assunto surgiu, pois, a postura das Testemunhas de Jeová de recusa às transfusões de sangue muitas vezes chama à atenção da mídia e causa acalorados debates. Há um interesse no âmbito do jornalismo internacional no sentido de que o nascimento e proliferação de grupos religiosos internacionais existem hoje mediante um universo psico-sociológico distinto, influenciado pela aproximação da barreira imaginária do ano dois mil. O grupo em análise exerce atualmente a sua influência a nível mundial, moldando valores, atitudes, fornecendo à quase cinco milhões de pessoas um modo de vida alternativo ao das sociedades tradicionais e assediando milhões de outras nesse sentido. Infelizmente, não raro às Testemunhas de Jeová são mal interpretadas e acabam sendo tachadas de “fanáticas” e “suicidas”.

Os juristas, de modo geral, têm buscado dirimir o conflito de direitos fundamentais que o tema proporciona por sentirem-se instigados frente à tão complexa situação.

Os profissionais da saúde, por sua vez, ao se encontrarem frente à tão delicada situação sentem-se acuados, pois como médicos, carregam consigo o dever de salvaguardar o direito, *prima facie*, mais essencial de qualquer ser humano: à vida.

Apesar de a questão envolver direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, a Constituição não fornece, *in abstracto*, a solução adequada para enfrentar tal situação, o que torna a hipótese de recusa à transfusão sanguínea por parte das Testemunhas de Jeová um caso de difícil resolução. O fato de a retratada questão envolver também aspectos ligados à religião e à ética faz com que não possa ser objeto exclusivo do discurso jurídico, limitado, por sua natureza, para a efetiva resolução de conflitos desse gênero. Mas isso não quer dizer que nossos juristas não busquem soluções e que em nosso ordenamento jurídico não se determinem soluções para os casos concretos, baseadas em determinados elementos valorativo e conceituais prestigiados pelo julgador em detrimento de outros.

O que pretenderei demonstrar, é que independentemente do ponto de vista lógico-jurídico que se adote, não existem soluções falsas ou verdadeiras, incorretas ou corretas.

Objetivos

1.1 - Realizar uma aprofundada análise das situações comuns aos pacientes adeptos da religião Testemunhas de Jeová, cuja crença religiosa proíbe que alguém da família ou do seu grupo religioso se submeta a transfusão de sangue para intervenções cirúrgicas ou para salvar a vida de alguém em determinadas circunstâncias.

1.2 - Assim, irei desenvolver uma detalhada pesquisa envolvendo a problemática da questão religiosa e sua influência sobre os tratamentos médicos, naquilo que interessa à ciência do Direito em razão dos bens envolvidos serem tutelados pela nossa Constituição e até mesmo em aspecto secundário, pelos nossos Códigos Penal e Civil.

1.3 - Buscarei constatar quais são as atuais possibilidades de tratamentos alternativos à transfusão de sangue e qual o grau de eficiência de cada um, assim como, dentre estes quais são aceitos ou não pelas “Testemunhas de Jeová”. A partir daí analisarei os casos atuais onde o único tratamento possível ainda é a transfusão de sangue ou hemoderivados.

1.4 - O tema objetiva equacionar os conflitos de normas que se impõe nas situações de recusa dos religiosos “Testemunhas de Jeová” em receber transfusão de sangue.

1.5 – Irei explicar quais são os conceitos e dogmas que existem por trás dos motivos religiosos que envolvem a consciência religiosa dos adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”, os levando a recusar o tratamento com sangue ou hemoderivados.

1.6 - Situar em ordem cronológica o embate de Direitos Fundamentais: Direito de Recusa por convicções religiosas *versus* Direito à Vida destacando a evolução ocorrida no direito brasileiro e no direito estrangeiro.

1.7 - Demonstrar os aspectos de direito publico que são relativos ao tema.

1.8 - Realizar uma Análise Penal-Constitucional da conduta do profissional de saúde.

1.8.1 - Analisar a responsabilidade do profissional de saúde no âmbito do Código Penal, abordando duas óticas diferentes que são:

1.8.1.1 - A atipicidade penal da conduta do médico que deixa de realizar a transfusão de sangue em respeito à convicção religiosa do paciente, não se enquadrando no tipo de omissão dolosa.

1.8.1.2 - A situação de urgência: atipicidade penal da conduta do profissional de saúde que, sem o prévio consentimento, realiza a transfusão sanguínea, presente a circunstância do perigo iminente.

1.9 - Analisar a Responsabilidade do profissional de saúde no âmbito do Código Civil

1.10 - Analisar a questão sob a ótica médica, uma abordagem geral, demonstrando como a situação afeta a relação médico-paciente, especialmente como hospitais e clínicas médicas se posicionam em relação a pacientes “Testemunhas de Jeová”, a validade do termo de consentimento do paciente, e, as implicações legais que os médicos estarão sujeitos”. E buscar descobrir como se posicionam o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais de Medicina (CRM's) frente a tais situações, através de uma ampla pesquisa dentre estes, tentando descobrir se os CRM's são obrigados a seguir o posicionamento do CFM presente em sua Resolução nº. 1021 de 26 de Setembro de 1980, ou se podem se posicionar contrariamente, já que me parece que as decisões do CFM não tem peso de Lei.

1.11 - Fazer um estudo particular dos seguintes casos especiais:

1.11.1 - A situação de inconsciência do doente

Dentro deste, duas situações diferentes merecem ser analisadas nessa circunstância, conforme o paciente tenha ou não manifestado antecipadamente a sua vontade, nomeadamente quando se apresente com o documento denominado “Declaração Médica Antecipada/Isenção”, ou não o possua.

1.11.2 - Existência de manifestação antecipada da vontade

Nessa hipótese atribui-se uma objeção formal que foi tomada quando o paciente, maior de idade e capaz, encontrava-se em condições de decidir sobre a sua vida, tratando-se de uma

recusa de consentimento para um tratamento específico que poderá vir a ser-lhe administrado, com consciência das eventuais conseqüências.

1.11.3 - Inexistência de manifestação antecipada da vontade

O consentimento refere-se à escolha atual do doente que – a decisão de recusa em receber tratamento de sangue ou derivados – e não à presunção sobre as escolhas que o doente faria ou poderia fazer se estivesse consciente, cuja prova, de resto, se revela particularmente difícil de produzir tendo em vista, especialmente, o rigor do regime legal que informa o consentimento esclarecido. Nesse caso merece destaque a situação se aos familiares poderá ou não ser reconhecida qualquer forma de autoridade delegada para tomar a decisão sobre a recusa de receber sangue ou derivados.

1.11.4 - A incapacidade do doente

Quanto a administração de sangue e derivados em adultos a que se não reconheça capacidade para tomar autonomamente uma decisão, tal como ocorre nas pessoas que têm deficiências mentais

1.11.5 - Doentes menores

Dentro desse tópico tentar dividir os menores em dois grupos, sendo um de menores de 14 anos e o outro Maiores de 14 e menores de 18 anos, analisando dentre a jurisprudência nacional e a de outros países se há uma idade mínima a partir da qual o menor poderá ter reconhecida capacidade para afirmar a respectiva vontade maiores de 14 e menores de 18 anos

1.12 - Por fim, analisar o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema, especialmente quanto a conduta do médico frente a aplicação do tratamento apesar da recusa, verificando as conseqüências pessoais (perante a família, aos “irmãos de fé” e, à própria consciência do paciente) que tal ato promoveu.

Metodologia

O fato de o tema hora apreciado ser um tema que diz respeito ao conflito presente entre direitos fundamentais de notória grandeza (direito à vida versus direito de recusa por convicções religiosas), faz com que o referido tema possua larga amplitude. E tal conflito entre direitos fundamentais se dá quando, no momento do exercício destes direitos, há o confronto entre os mesmos ou, entre eles e outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Além disso, o referido tema envolve ainda, não apenas aspectos jurídicos, mas também questões de ética profissional, saúde pública, crença, psicologia, entre outros, por isso parece óbvio, pois, afirmar que a matéria posta em exame, extremamente delicada, não encontra uniformidade nas orientações jurisprudencial e doutrinária. Assim, o presente trabalho será desenvolvido basicamente pela pesquisa bibliográfica, pela pesquisa de artigos na Internet e em revistas jurídicas, pela pesquisa jurisprudencial dentre os Tribunais, pela pesquisa de monografias e teses tanto de mestrado quanto de doutorado e pela pesquisa interdisciplinar, por meio das fontes citadas anteriormente, entre as áreas: jurídica (direito constitucional, penal e cível), religiosa (artigos, material doutrinário, bibliografia, dentre outros) referentes às questões que envolvem o conflito de normas na recusa em receber tratamento por meio de transfusão de sangue ou de hemoderivados por integrantes da religião “Testemunhas de Jeová”, por meio do levantamento das discussões que o tema tem proporcionado e médica (através de pesquisas científicas sobre tratamentos alternativos, códigos de ética médica, regulamento interno de hospitais, posicionamento do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais de Medicina, dentre outros). Assim como também recorrerei ao uso dos métodos dedutivo e analítico para compor a sistemática de pesquisa, bem como o uso de direito comparado.

Conclusões

Embora não seja do conhecimento do público leigo, o fato é que nas últimas décadas a medicina tem evoluído a ponto de propiciar alternativas seguras e eficazes às transfusões de sangue. Do mesmo modo, às Testemunhas de Jeová organizaram uma rede internacional de “Comissões de Ligação com Hospitais” (COLIH), a qual atualmente trabalha com cerca de 100.000 médicos ao redor do globo em programas de desenvolvimento de tratamentos e técnicas cirúrgicas sem sangue. Mas apesar dos esforços e dos avanços da medicina ainda existem doenças que só são combatidas com a administração de tratamentos por meio de transfusão de sangue ou de hemoderivados.

A Constituição Federal de 1998 fala em seu título II sobre os Direitos e Garantias Fundamentais que nós cidadãos podemos dispor, disciplinando ainda em seu Capítulo I os Deveres e Direitos Individuais e Coletivos. Portanto, tal questão que envolve adeptos da religião intitulada de “Testemunhas de Jeová” diz respeito a nosso interesse devido a constatação que um grande e considerável contingente de pessoas está morrendo por se recusarem a receber o tratamento no qual se faz necessário e imprescindível a transfusão de sangue ou hemoderivados, sendo este tipo de tratamento totalmente indispensável no que se refere à manutenção de tais vidas, que se recusam ao tratamento por alegarem que este não condiz com seus dogmas religiosos.

Ao determinar que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” e garantir “*a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”, o artigo 5º, caput da nossa Constituição, assegura que tais direitos representam princípios básicos do Estado Democrático de Direito, senão dizer que também representam fundamentos norteadores para toda a sistemática da hermenêutica constitucional, possibilitando-nos afirmar que são instrumentos indispensáveis aos operadores do Direito. O Direito à vida, assegurado como garantia constitucional, ressaltado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entra em embate diretamente com outro direito fundamental, quer seja a liberdade, num amplo aspecto considerando o *caput* do artigo 5º, e, especificamente à liberdade religiosa, prevista no inciso VI, do referido dispositivo. O conflito de princípios fundamentais se instaura nas situações concretas vividas diariamente em hospitais, quando paciente cuja convicção religiosa não permite o tratamento que utilize transfusão de sangue. Dessa realidade, surgem as indagações: até que ponto, o indivíduo pode dispor de sua vida para preservar a liberdade de sua consciência religiosa? Será aceitável que nosso ordenamento jurídico possa permitir que por convicções religiosas um adepto de tal religião não queira se submeter à realização de determinado tratamento terapêutico, recusando-se a receber a transfusão sanguínea ou de derivados necessários à preservação de sua vida? Além disso, o médico frente a tal situação pode não realizar a transfusão de sangue ou de hemoderivados utilizando como argumento a recusa manifestada pelos responsáveis por aquele paciente?

Devido a vital importância dos Direitos Fundamentais, repousa a dificuldade de se resolver os conflitos gerados quando a preservação de um direito fundamental agride a integridade de outro direito de mesma natureza.

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 sanguíneos, 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.¹

Mas a recusa ao tratamento com sangue ou hemoderivados gera conseqüências muito graves que por sinal acabam refletindo sobre toda sua família e atinge principalmente o trabalho e a consciência dos médicos envolvidos em tal situação e que têm sua profissão fundamentada e juramentada no dever de proteger a vida de quem quer que seja independente de crença ou convicção religiosa. E assim também se posicionou o Conselho federal de Medicina a partir da Resolução nº. 1021 de 26 de Setembro de 1980, no sentido de que se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

As questões religiosas, quando interferem nos tratamentos medicinais, devem ser meticulosamente analisadas, pois seus desdobramentos afetam diretamente à vida das pessoas envolvidas.

Frente à recusa baseada em concepções religiosas, o médico se encontra em complexa situação, visto que, sua formação faz com que deva sempre se posicionar para salvar vidas alheias, contudo ao proferir a transfusão contrariando a livre vontade do paciente, poderá estar se sujeitando às conseqüências de natureza cível e penal, pela intervenção não consentida no corpo do paciente.

Diante da necessária realização de transfusão sanguínea em paciente que recuse a se submeter a tal procedimento, a responsabilidade do médico requer análise cuidadosa por envolver, além de matéria constitucional, aspectos da esfera penal com grande possibilidade de reflexos na seara da reparação civil. Aqui, deve-se destacar a opinião de Luigi Ferrajoli, o qual, em texto onde disserta sobre direitos vitais e políticas de morte indica como sendo primeira conquista jurídica dos anos noventa a forma constitucional conferida à democracia pela austeridade das constituições, concluindo que graças a ela a natureza do direito positivo foi alterada, não sendo mais apenas regulador, mas disciplinados por vínculos jurídicos que condicionam sua validade ao respeito, não somente das normas procedimentais sobre sua formação, mas também daquelas essenciais acerca de seus conteúdos, ou seja, a observância dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos pelas constituições.² O autor diz que uma segunda conquista jurídica deste período originou-se da instituição da Organização das Nações Unidas, fazendo com que o direito internacional passasse de uma

¹ DIXON, LANG e LANGE apud SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim. A ética médica e o respeito às crenças religiosas.

² BAIGÚN, David. et al. Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. 1. ed. Buenos Aires: Del Porto, 2005, p. 640.

relação baseada em pactos entre Estados ilimitadamente soberanos, para um ordenamento jurídico supra-estatal, cujo um dos fundamentos são os direitos fundamentais de todos os seres humanos.³

Daí pode-se notar que sobre os aspectos que envolvem a questão do conflito de normas ocasionado pela recusa a tratamento por meio de transfusão de sangue ou hemoderivados em razão de crença religiosa incide diretamente nas questões de direitos humanos fundamentais. Logo, o fato de a Constituição proteger diversos bens jurídicos relevantes pode envolver relações conflituosas.

Para a idéia de que é necessário desentranhar o real significado da lei é importante interpretar cada um dos Direitos Fundamentais, visto que através desse processo se torna viável à aplicação da norma com objetivo de ensejar a melhor solução possível nos casos concretos.

A ausência de hierarquia entre os princípios e direitos fundamentais torna a problemática ainda mais controversa. Para muitos o direito a vida seria irrenunciável e deveria ser intocável e protegido. Para outros, a liberdade exprime o direito mais particular do indivíduo, merecendo ser encarado com respeito e privilégio. Ao apreciar a vida humana como bem jurídico, isso nos leva 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.⁴

Adotando o mesmo posicionamento, Gisele de Carvalho, 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 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.”⁵

³ Idem.

⁴ KAUFMANN, Arthur apud CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, vol. 18, 2001, p. 119.

⁵ Idem.

Alexandre de Moraes diz que o direito à vida é: “o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”⁶, ressaltando que referido direito proclamado na Constituição Federal deve ser assegurado pelo Estado, “em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.⁷

Para José Afonso da Silva, a vida objeto do direito fundamental no texto constitucional não é considerada apenas em seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica.

“(…) sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte.”⁸

É nesse contexto que o referido autor conclui que: “tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (...) ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos”.⁹ No mesmo sentido, André Ramos Tavares, afirma quanto ao direito a vida: “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isso, o direito humano mais sagrado”.¹⁰

Também deve ser levado em consideração a majestosa força do princípio da dignidade humana como valor preponderante, objetivando guiar a decisão final acerca da prevalência de um direito fundamental, conforme disciplina o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Este princípio propõe um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem, assegurando o direito à integridade moral e ao mínimo ético à todas as pessoas apenas por sua existência no mundo.

Nosso Constituinte ao escolher tal princípio como fundamento do nosso Estado de Direito Democrático e Social, deu a ele status de fonte normativa dos demais direitos fundamentais. Mas não é demais frisar que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo tolerada a preponderância de um direito fundamental sobre outro em decorrência da constatação de sua maior chance de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, no caso concreto, porém no embate de direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana como limite e fundamento do exercício dos demais direitos acaba prevalecendo sobre os demais no momento da concretização daqueles valores positivados.

Em relação ao direito fundamental à liberdade, este abarca direitos fundamentais a liberdades específicas, dentre estas, a liberdade de religião que consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa, não se esgotando no plano da crença individual, meramente subjetiva, de foro íntimo, mas abarca a prática religiosa, também denominada de liberdade de culto. Não existe verdadeira liberdade de religião se não se reconhecer o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito à liberdade religiosa pressupõe a sua livre manifestação.

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 10.

⁷ MORAES, Alexandre de. op. cit. p. 31.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 196.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 196.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 491.

Assim, respeitados os preceitos de ordem pública, há o direito dos cidadãos manifestarem sua opção religiosa, sendo garantido o direito de recusa à prática de atos atentatórios contra as suas convicções pessoais. A liberdade resulta na possibilidade de recusa por convicções religiosas também com fundamento na garantia de liberdade de consciência e de crença.

No conceito jurídico, consiste na faculdade ou no poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas.

Neste ponto, grifa-se o argumento de José Afonso da Silva, ao afirmar que a liberdade tem um caráter evolutivo: “(...) a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é a conquista constante”.¹¹

E como ensina Celso Ribeiro Bastos, “no contexto mesmo da liberdade de pensamento, há que se destacar a liberdade de opinião cuja característica é a escolha pelo homem de sua verdade, não importando em que domínio: ideológico, filosófico ou religioso”¹² e destaca a liberdade de consciência como sendo expressão da liberdade de opinião quando tem como objeto: a moral e a religião. A intenção é, então, garantir a liberdade de espírito sob a ótica religiosa e moral. “Deve-se diferenciar a liberdade de consciência com a de crença. Estas não se confundem na medida que “uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma”¹³

Por conseguinte, é necessário perceber o direito à liberdade de consciência e de crença como diferentes, mas que se identificam ao passo que nossa Constituição protege a recusa à prática de determinados atos devido à autonomia individual, que pode se consubstanciar em motivações de ordem religiosa ou não. Define-se, assim, que a recusa dar-se-á por motivos de foro íntimo, materializado em convicções pessoais, e será garantida, desde que não contrarie a ordem pública ou não importe em ofensa a outro valor que, considerando o caso concreto, se imponha como superior e, assim, prevaleça.

José Afonso da Silva caracteriza as formas de liberdade em cinco grupos, em razão do Direito Constitucional Positivo, situando a Liberdade Religiosa no grupo da Liberdade de Pensamento.¹⁴

Do conjunto de dispositivos indicados vê-se que a liberdade de religião carrega em seu interior alguns elementos conceituais, que definem o seu regime jurídico, baseados na liberdade de fé e de confissão religiosa; direito ao exercício de qualquer religião (liberdade de culto); liberdade de associação religiosa; dever de neutralidade do Estado, que não só deve possuir caráter laico como também não pode favorecer, financiar ou embaraçar o exercício de qualquer religião; ensino religioso de caráter facultativo.

Apesar de previsto em nossa Constituição, é necessário à leitura do direito à liberdade religiosa a seguinte ponderação: a Constituição reconhece expressamente a liberdade de agir segundo a consciência e crença, porém, há certos requisitos para reivindicar escusas amparadas na liberdade religiosa, quais sejam, se a crença ou convicção for alegada para exonerar o indivíduo de obrigação, encargo, ou serviço imposto pela lei.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.p. 231.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas. p. 497.

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.p. 231.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 234.

*“De outro lado, há privação desse direito a partir do momento em que houver recusa de cumprimento de obrigação alternativa determinada em lei (art. 5º, VIII)”*¹⁵. Extraímos ainda lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in litteris*,

“Consagra, outrossim, a Constituição a liberdade de culto, forma outra por que se extravasam as crenças íntimas (art. 5º, VI). A liberdade do culto religioso é garantida, bem como os locais de seu exercício e as liturgias, na forma determinada pela lei. Assim, a lei definirá o modo de proteção dos locais consagrados aos cultos e às cerimônias. No Direito anterior, a liberdade religiosa estava submetida ao respeito à ordem pública e aos bons costumes (EC n. 1/69, art. 153, §5º)”¹⁶.

Encontramos na doutrina penal brasileira posicionamentos antagônicos. Segundo artigo de Carlos Ernani Constantino, seu entendimento prevê, no caso de médico omitir-se em aplicar a transfusão de sangue em pessoa que esteja em perigo de vida ou saúde, independentemente de sua convicção religiosa, prática de crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135, do Código Penal.¹⁷

Divergindo dos posicionamentos ora expostos, Celso Ribeiro Bastos afirma que nos casos que envolvem consideração de ordem religiosa, é preciso fazer a vontade do paciente, *“que independe da melhor solução do ponto de vista técnico do profissional envolvido”*¹⁸. Segundo seu entendimento, a declaração formal feita pelas “Testemunhas de Jeová” constitui-se de ato jurídico plenamente válido e isenta os médicos de responsabilidade por quaisquer resultados adversos resultantes da recusa do tratamento hemoterápico.

Rodrigo Iennaco de Moraes e Rodrigo Esteves Santos Pires dizem que: *“se a conclusão obtida ao se conjugar os arts. 146, §3o, I, e 13, §2o, “a”, ambos do Código Penal, for no sentido do dever de intervenção, independentemente da manifestação de vontade do paciente, a conduta do médico que realizar a transfusão estará amparada por causa de exclusão da tipicidade, prevalecendo a indisponibilidade do direito à vida. Em sentido oposto se reconhece que o direito à vida é inviolável, mas se reconhece que por conta da autodeterminação motivada pela fé o direito à vida é disponível por parte do seu titular que não autoriza o tratamento com sangue ou derivados, nesse caso nenhuma conduta seria exigível do médico a não ser buscar tratamentos alternativos caso esses existam e estejam a disposição mesmo que a consequência seja a morte do paciente.”*¹⁹

Questionando a constitucionalidade do art. 146, §3o, I e II, do Código Penal o autor Luiz Greco diz que nesse artigo ao se declarar impunível o constrangimento do paciente quando praticado em “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 296.

¹⁶ Idem.

¹⁷ CONSTANTINO, Carlos Ernani. Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro. *Revista Jurídica* n° 246, abril, 1998, p. 2.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer Penal: direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 787, p. 506, maio 2001.

¹⁹ MORAES, Rodrigo Iennaco de apud PIRES Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: Religião, ética e discurso jurídico-penal. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/default.asp. Acesso em 15/04/2008.

de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” (inciso I); e se praticado “para impedir suicídio” (inciso II), o legislador está optando por proteger a vida do indivíduo mesmo contra ele próprio e que não se deve admitir a constitucionalidade de tais dispositivos porque nessas situações a questão jurídica é em princípio clara e não haverá punibilidade porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade. Para melhor esclarecer seu posicionamento Greco exemplifica dizendo, que se um indivíduo possui câncer mas se recusa a se deixar operar a operação não poderá ser feita, além disso, é muito comum que uma pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, porque este só iria adiar um pouco sua morte. E esses posicionamentos devem ser respeitados porque 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.²⁰

Tais reflexões nos levam a reconhecer que a recusa a tratamento sanguíneo ou com hemoderivados através da alegação de conceitos religiosos pode causar inúmeras implicações jurídicas, exigindo ponderações que busquem orientação em ramos diferentes do Direito pátrio e alienígena, como também em regras específicas produzidas pelos Conselhos de Medicina, em âmbito profissional. Devemos também pesquisar as normas que fundamentam o credo religioso dos seguidores “Testemunhas de Jeová”, produzindo assim um estudo detalhado sobre essa delicada questão. Tais questões merecem aprofundada pesquisa, a qual deve se pautar na análise geral e específica, não somente quanto à postura dos médicos, pacientes e familiares, como também a atuação do Ministério Público, principalmente, quando o paciente for menor de idade.

Referências

- 1 - “A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas”, Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina, Vol.6, nº 1, 1998.
- 2 - “Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão”, Conselho Federal de Medicina, Setembro de 1998.
- 3 - BAIGÚN, David. et al. Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. 1. ed. Buenos Aires: Del Porto, 2005.
- 4 - BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 5 - BARROSO, Luís Roberto e Ana Paula Barcellos. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In Dos Princípios Constitucionais- Considerações em Torno das Normas Princípiosológicas da Constituição. org. George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 6 - BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas.
- 7 - BASTOS, Celso Ribeiro. Parecer Penal: direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, v. 787, maio 2001.

²⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte especial. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006

8 - BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

9 - BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte especial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

10 - CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Transfusão de Sangue. Juris Síntese nº18, jul/ago, 1999. CD-ROOM.

11 - CONSTANTINO, Carlos Ernani. Transfusão de Sangue e Omissão de Socorro. Revista Jurídica nº 246, abril, 1998.

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

13 - MORAES, Rodrigo Iennaco de apud PIRES Rodrigo Esteves Santos. Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: Religião, ética e discurso jurídico-penal. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/default.asp. Acesso em: 15 abr. 2008.

14 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

15 - GIMENES, Nilson Roberto da Silva. O Direito de Objeção de Consciência às Transfusões de Sangue. Tese de Mestrado. BAHIA, S. J. C. Disponível em: http://servicos.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/estudos/dados1/2006/28001010/026/2006_026_28001010015PO_Teses.pdf. Acesso em 15 nov. 2007.

16 - GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte especial. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006

17 - JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte especial. v. 2. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

18 - KAUFMANN, Arthur apud CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. São Paulo: IBCCRIM, vol. 18, 2001

19 - KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil Médico. 5.ed. rev. e atual. à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

20 - LEME, Ana Carolina Reis Paes. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6545>. Acesso em: 02 abr. 2006.

21 - LOPEZ, Ana Carolina Dode. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>. Acesso em: 02 abr. 2006.

22 - MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

23 - SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, Editores, 2002.

24 - MURIEL, Christine Santini. Aspectos Jurídicos das Transfusões de Sangue. v. 706. ano 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto 1994.

25 - TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.