

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v18i3p167-179> Jurisprudência em Perspectiva/
Comentário

Eduardo Rocha Dias¹
Mariane Paiva Norões¹

RESPONSABILIDADE PENAL DE PAIS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ POR RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

*Criminal responsibility of parents Jehovah's Witnesses for
refusing medical treatment to children and adolescents*

¹Universidade de Fortaleza. Fortaleza/CE, Brasil.

Correspondência: Mariane Paiva Norões. *E-mail*: marianenoroes@hotmail.com.

Recebido: 05/10/2017. Revisado: 24/01/2018. Revisado novamente: 22/02/2018.
Aprovado: 23/02/2018.

RESUMO

Examina-se, neste estudo, decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n. 268.459/SP, proferida em 02 de setembro de 2014, que discutiu a responsabilidade penal dos pais por recusa de transfusão sanguínea em paciente menor de idade. A metodologia utilizada foi do tipo documental-bibliográfico, com pesquisa pura de abordagem qualitativa, descritiva e exploratória. O referido *habeas corpus* aborda o caso de uma adolescente de 13 anos, que deu entrada no hospital em virtude de grave estado de saúde provocado por anemia falciforme. O quadro clínico da paciente exigia, com urgência, transfusão de sangue para salvar sua vida. Todavia, seus pais, por razão de convicção religiosa da seita Testemunhas de Jeová, assinaram declaração recusando o referido tratamento, dando, assim, ensejo ao óbito da menor impúbere. O fato gerou precedente judicial no STJ, permitindo ao médico fazer a transfusão de sangue sempre que o paciente menor de idade estiver em iminente perigo de morte, independentemente da escolha religiosa de seus representantes legais. Conclui-se que o caso no *Habeas Corpus* n. 268.459/SP é marcado por uma colisão entre o direito à vida da criança e do adolescente e o direito à liberdade de consciência e de crença dos pais, que foi ponderada pela Sexta Turma do STJ.

Palavras-Chave

Direito à Vida; Liberdade de Crença; Responsabilidade Penal; Testemunhas de Jeová; Transfusão de Sangue.

ABSTRACT

This study examines the decision of the Sixth Chamber on Brazil's Superior Court of Justice (SCJ) in *Habeas Corpus* 268.459/SP, issued on September 2, 2014, which discussed the criminal responsibility of parents for refusing a blood transfusion to a minor patient. The methodology used was of the documentary-bibliographic type, with pure research of qualitative, descriptive and exploratory approach. The aforementioned *habeas corpus* addresses the case of a thirteen-year-old girl who was admitted to the hospital due to a serious health condition caused by sickle cell anemia. The patient's clinical condition urgently required blood transfusion to safeguard her life. However, her parents, due to their belief in Jehovah's Witness cult, signed a declaration that refused such treatment, thus leading to the girl's death. This fact gave rise to a judicial precedent in the SCJ, allowing doctors to conduct blood transfusions whenever minor patients are in imminent danger of death, regardless of the religious choice of their legal representatives. It is concluded that the *Habeas Corpus* case is marked by a collision between the right to life of the child and the adolescent and the right to freedom of conscience and belief of the parents, which was considered by the Sixth Chamber of the SCJ.

Keywords

Right to Life; Freedom of Religion; Criminal Responsibility; Jehovah's Witnesses; Blood Transfusion.

EMENTA

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em *habeas corpus*, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisiva, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepassam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendia ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue – pois tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de

medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. (HC 268.459/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014)

Introdução

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou e julgou o *Habeas Corpus* (HC) n. 268.459/SP (2013/0106116-5), que trouxe o caso de menor impúbere vítima de homicídio doloso por omissão de tratamento médico, deflagrado pela recusa de seus pais, testemunhas de Jeová, à transfusão de sangue. O fato que deu ensejo à jurisprudência em exame envolve aspectos jurídicos, filosóficos e religiosos, questões de ética profissional, saúde pública, entre outros.

Os valores envolvidos na problemática são a vida e a liberdade religiosa, os quais estão, respectivamente, previstos no artigo 5º, *caput* e inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988)¹. Pela literalidade dos dispositivos constitucionais, compreende-se que tanto a liberdade quanto a vida são bens invioláveis. Porém, a própria Constituição Federal brasileira relativizou esses direitos. A título de exemplo, o direito à vida será limitado nos casos de guerra declarada, ocasião em que a pena de morte é permitida, conforme o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da CF/1988. Já a liberdade religiosa pode ser restringida quando do descumprimento de obrigação legal imposta a todos e da recusa em cumprir prestação alternativa, segundo o artigo 5º, inciso VIII, da CF/1988.

Em razão do caráter relativo do direito à vida e da liberdade religiosa, a colisão entre esses princípios é passível de solução no caso concreto. Ocorre que o atendimento hospitalar aos menores de idade representa a maior preocupação. Por isso, buscou-se, a partir da decisão do STJ no HC n. 268.459/SP, verificar qual dos princípios – direito à vida e liberdade religiosa – irá prevalecer no caso de transfusão de sangue em pacientes menores de idade cujos pais são Testemunhas de Jeová, e se há responsabilização penal dos pais por negativa de autorização de transfusão sanguínea em crianças e adolescentes.

A metodologia de pesquisa, quanto à abordagem ou à natureza do estudo, é do tipo bibliográfico e documental, uma vez que a investigação foi realizada com base em livros, legislação pátria, artigos científicos de periódicos nacionais e na decisão do STJ no HC n. 268.459/SP. Por fim, quanto à finalidade da pesquisa, o presente

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

trabalho apresenta cunho descritivo e exploratório, porque busca expor, explicar e descrever os aspectos éticos, jurídicos e religiosos da recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, bem como o dever do médico de salvar vidas, à luz da ordem jurídica brasileira.

I. Testemunhas de Jeová e recusa à transfusão de sangue

A seita religiosa Testemunhas de Jeová foi fundada em 1870, por Charles Russel, na cidade de Pittsburgh, localizada no estado da Pensilvânia, Estados Unidos da América². Segundo *Nilton Bezerra do Vale e José Delfino*³, os seguidores dessa crença cristã não aceitam a transfusão sanguínea, nem mesmo a autotransfusão, porque acreditam que esse tratamento é similar ao ato de “comer sangue” e, segundo suas convicções religiosas, a Bíblia orienta abster-se de sangue por qualquer via. Do contrário, as testemunhas de Jeová sustentam que irão perder a vida eterna, pois o sangue transfundido é uma comida proibida por Jeová, porquanto as torna impuras. Algumas passagens da Bíblia justificam essa posição, por exemplo: “Gênesis” (9, 3-4), “Levítico” (7, 27; 17, 10; 17, 14), “Atos dos Apóstolos” (15, 20) e “Deuteronômio” (12, 24-25)⁴.

Além disso, as testemunhas de Jeová não admitem que ninguém de sua família se submeta à transfusão de sangue, seja em intervenção cirúrgica, seja para salvar alguém em circunstâncias especiais⁵. No entanto, ao optarem livremente pela não transfusão de sangue, não significa que os membros desse segmento religioso defendam a morte; eles admitem tratamentos alternativos. Porém, por razão de corte epistemológico, não se aprofundarão às terapias alternativas disponíveis.

²VALE, Nilton Bezerra do; DELFINO, José. As nove premissas anestesiológicas da Bíblia. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, Natal, v. 53, n. 1, p. 127-136, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rba/v53n1/v53n1a15.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942003000100015>.

³Ibid.

⁴Gênesis 9, 3-4: “Tudo o que se move e vive vos servirá de alimento; eu vos dou tudo isto, como vos dei a erva verde. Somente não comereis carne com a sua alma, com seu sangue.” Levítico 7, 27: “Todo aquele que comer sangue, seja que sangue for, será cortado de seu povo”. Levítico 17, 10: “A todo israelita ou a todo estrangeiro, que habita no meio deles, e que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, e exterminá-lo-ei do meio de seu povo”. Levítico 17, 14: “porque a alma de toda carne é o seu sangue, que é sua alma. Eis por que eu disse aos israelitas: não comereis sangue de animal algum, porque a alma de toda carne é o seu sangue; quem o comer será eliminado”. Atos dos Apóstolos 15, 20: “Mas que se lhes escreva somente que se abstenham das carnes oferecidas aos ídolos, da impureza, das carnes sufocadas e do sangue”. Deuteronômio 12, 24-25: “Não beberás, pois, o sangue, mas derramá-lo-ás sobre a terra como água. Não o sorverás, para que sejas feliz, tu e teus filhos depois de ti, por terdes feito o que é reto aos olhos do Senhor”. (BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos e Maredsous (Bélgica). 1. ed. São Paulo: Ave Maria, 2009).

⁵MATTOS, Jadir de; STÜRMER, Kátia Rejane; COSTA, Joselaine da. Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita Testemunhas de Jeová. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 6, n. 1/3, p. 131-152, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>>. Acesso em: 29 out. 2017. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v6i1-3p132-152>.

No que tange aos aspectos jurídicos que justifiquem a recusa à transfusão de sangue, lembre-se de que, superada a etapa do chamado “paternalismo médico”, cada vez mais se atribui relevância à autonomia do indivíduo para decidir sobre tratamentos aos quais quer ou não se submeter⁶. O artigo 15 do Código Civil brasileiro ressalta que ninguém “pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”⁷. Ou seja, quer por razões ligadas a crenças religiosas, quer em virtude da liberdade e da autonomia individuais, pode haver recusa a tratamentos médicos. O consentimento informado constitui fundamento para afastar a responsabilidade civil e penal de profissionais de saúde.

O problema que se coloca é quando estiver em jogo não a vida de um sujeito adulto, mas de uma criança ou adolescente. Por um lado, deve-se respeitar o consentimento livre e esclarecido dos responsáveis legais pela criança ou adolescente – ou mesmo do menor, caso possa exprimir suas preferências⁸. Por outro lado, não se pode deixar de considerar outros valores presentes no ordenamento jurídico. Sob a perspectiva ética, o chamado princípio da beneficência⁹ impõe também agir no sentido de fazer o bem e evitar danos, somente podendo ser afastado caso haja outros valores mais fortes ou de igual peso¹⁰. A CF/1988, em seu artigo 227, impõe à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com “absoluta prioridade”, dentre outros, os direitos à vida e à saúde. Então, sempre se deverá priorizar a vida da criança e do adolescente? A manifestação de vontade de seus responsáveis ou do próprio menor não deve ser considerada?

Para a solução dessas questões envolvendo a transfusão de sangue em pacientes menores de idade cujos pais são adeptos da seita religiosa Testemunha de Jeová, o melhor seria analisar um caso concreto. Deste modo, passa-se, no tópico seguinte, à análise do caso da adolescente Juliana Bonfim da Silva e da decisão da Sexta Turma do STJ no HC n. 268.459/SP.

⁶DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁸VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, v. 6, n. 2, p. 221-234, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1311>>. Acesso em: 15 set. 2017. <https://doi.org/10.25110/rcjs.v6i2.2003.1311>.

⁹O princípio da beneficência está expresso no Capítulo 1, inciso II, o qual dispõe: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. Resolução n. 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁰LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 66 n. 200, p. 279-313, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y971c2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017. VIEIRA, Tereza Rodrigues. op. cit., p. 221-234.

II. HC n. 268.459/SP

A denúncia do Ministério Público, transcrita no relatório da decisão do HC n. 268.459/SP¹¹, relata que, na madrugada do dia 21 de julho de 1993, a adolescente Juliana Bonfim da Silva foi internada no hospital por apresentar um agravamento de seu estado de saúde em consequência da anemia falciforme. A adolescente de 13 anos foi submetida a exames clínicos, onde se constatou uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exigia, com urgência, uma transfusão de sangue. Esse diagnóstico foi apresentado aos pais da adolescente, que, apesar dos esclarecimentos feitos pelos médicos do hospital, recusaram-se a permitir a transfusão de sangue, invocando preceitos religiosos da seita Testemunhas de Jeová, da qual são adeptos. Por conseguinte, a paciente veio a falecer entre 4h10min e 4h30min do dia 22 de julho de 1993.

O Ministério Público apresentou denúncia contra os pais da menor, incurso no crime de homicídio doloso. O juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente recebeu a denúncia e, posteriormente, proferiu sentença de pronúncia, em 1997, para os réus serem submetidos a julgamento pelo tribunal do júri. Os acusados, inconformados, interpuseram recurso em sentido estrito, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, negado provimento.

O processo se arrasta por duas décadas e, neste tempo, sucessivos recursos foram impetrados pelos acusados. Inclusive, o STJ foi instado a se manifestar no HC n. 268.459/SP. Por meio deste *mandamus*, os impetrantes pleiteavam a desconstituição da pronúncia. A Sexta Turma do STJ, em 2 de setembro de 2014, sob a relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, não conheceu do *habeas corpus*, mas expediu ordem de ofício para extinguir a ação penal em relação aos acusados.

A ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto, compreendeu que não houve fato típico a ensejar o prosseguimento da marcha processual, em razão de o artigo 22 do Código de Ética Médica¹² (CEM) prescrever que, “em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou dos familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida”. A ministra explicou, ainda, não ignorar a existência de manifestação de vontade dos pais, exprimindo sua concepção religiosa, porém o concurso de outras condicionantes valorativas – como o dever jurídico do médico de salvar vidas – afastou a expressão penal de sua conduta, despindo-a, assim, de tipicidade¹³.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Habeas Corpus n. 268.459*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília-DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293470&num_registro=201301061165&data=20141028&formato=PDF>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹²O artigo 22 dispõe 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”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina, cit.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ, cit.

Soma-se a esse entendimento o fato de a paciente ser menor de idade. Segundo a ministra relatora, a ausência de consentimento dos pais não representa óbice à transfusão de sangue. Pelo contrário, o artigo 227 da CF/1988 e o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴ estabelecem que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde. Logo, se houvesse falha, teria sido dos médicos responsáveis pela internação, que não cumpriram seu dever de salvar a adolescente, por meio do único tratamento de que dispunham.

Nesse sentido posiciona-se o ministro Sebastião Reis Júnior. Para ele, tratando-se de paciente menor de idade, “o direito à vida se impõe ao direito à crença religiosa dos pais”¹⁵. Sendo assim, como não prevalece a vontade dos pais, deveriam os médicos responsáveis pelo atendimento da menor intervir para salvar a vida da paciente, em razão de imposição legal (art. 22, CEM) e de ausência de responsabilização por constrangimento ilegal (art. 146, § 3º, inc. I, CP)¹⁶, caso assim agissem.

O ministro Rogério Schietti Cruz, por sua vez, concorda parcialmente com o voto da ministra relatora. No que convergem, o referido ministro defende que, no caso apreciado, o bem “vida” sobrepõe-se ao bem “liberdade religiosa”, com base no princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente, presente no artigo 227 da CF/1988. Todavia, reputa típica, ilícita e culpável a conduta dos pais da adolescente, porquanto, não fosse a recusa de tratamento por eles empreendida, os médicos responsáveis pelo atendimento teriam realizado a transfusão sanguínea na adolescente e, provavelmente, salvado sua vida. Desse modo, os pais assumiram o risco do evento criminoso, ainda que não o desejassem.

Não obstante, o ministro insiste no reconhecimento da responsabilidade penal dos médicos que atenderam a adolescente. Para ele, os médicos “incorreram em omissão relevante e determinante para o resultado morte”, pois, mesmo diante de conflito de interesses, não poderiam descumprir o dever jurídico de salvar vidas¹⁷. Assim, haveria responsabilidade concorrente dos médicos com os pais (art. 29, CP)¹⁸ para o crime de homicídio.

¹⁴BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ, cit.

¹⁶Art. 146, §3º, I: “Não se compreendem na disposição deste artigo: I – intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ, cit.

¹⁸Art. 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*, cit.

Não participou do julgamento o ministro Nefi Cordeiro.

Por fim, a Sexta Turma do STJ decidiu não conhecer do pedido de *habeas corpus*, pela impossibilidade da via eleita. No entanto, por voto da maioria, concedeu ordem de ofício para extinguir a ação penal, em razão da atipicidade do comportamento imposto aos pais da adolescente que, tendo levado sua filha ao hospital, mostraram que com ela se preocupavam. Os médicos do hospital, contudo, crendo que a transfusão de sangue se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente deste procedimento, mas, antes, deveriam cumprir seu dever profissional de salvar sua vida.

Portanto, da decisão examinada conclui-se que, em caso de iminente risco de morte, os médicos devem realizar a transfusão de sangue em crianças e adolescentes mesmo contra a vontade dos pais e a despeito da crença religiosa por eles professada. Passa-se, no tópico seguinte, à análise da legislação brasileira acerca da responsabilidade dos representantes legais que negam autorização de tratamento médico em pacientes menores de idade.

III. Responsabilidade penal dos pais

No caso da adolescente Juliana Bonfim da Silva, a ausência de transfusão sanguínea na paciente resultou no evento morte. Em regra, o omissente não deve responder pelo resultado, pois não o provocou. Todavia, há a omissão penalmente relevante, que é aquela constituída pelos elementos *non facere* (não fazer) e *quod debeat* (aquilo que tinha o dever jurídico de fazer). Não basta o “não fazer”, é necessário também que, no caso concreto, exista uma norma determinando o que deveria ser feito. O artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal (CP) prevê três hipóteses em que está presente o dever jurídico de agir: (a) ter por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; (c) com sua conduta anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Se a omissão enquadrar-se em alguma dessas hipóteses do artigo 13, parágrafo 2º, do CP, estar-se-á diante de uma infração do dever jurídico de agir, e o agente poderá responder por homicídio, doloso ou culposo, segundo a omissão dolosa ou culposa. Esses casos são os chamados crimes omissivos impróprios, também conhecidos como omissivos impuros, espúrios, promíscuos ou comissivos por omissão¹⁹.

Para a tipificação dos crimes omissivos impróprios, não basta o dever de agir e a possibilidade de fazê-lo, sendo necessária outra condição, qual seja, que o sujeito seja “garantidor” de sua não ocorrência. Esse dever de impedir o resultado é indispensável para a configuração de um crime comissivo por omissão.

¹⁹BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts. 121 a 212). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

Os artigos 227 e 229 da CF/1988 e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) impõem aos pais o dever de assistir os filhos menores, amparando-os nas enfermidades. Os pais são “garantidores” do acesso de seus filhos aos serviços de saúde e, assim, da não ocorrência do evento morte. Quando os pais de Juliana Bonfim da Silva a levaram ao hospital, cumpriram o dever legal de cuidado. Além disso, não se pode olvidar de que, em caso de iminente risco de morte, é inócua a negativa de concordância de tratamento médico tanto pelo paciente quanto por seu representante legal, conforme está previsto no artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do CP e no artigo 22 do CEM. Não obstante, a recusa de tratamento pelos representantes legais do paciente retardou a possibilidade de qualquer intervenção médica, contribuindo, de maneira relevante, para o desenvolvimento da cadeia causal. Logo, os pais seriam responsáveis pela morte da adolescente.

Os artigos 22 e 31 do CEM atribuem, ainda, ao médico o dever profissional de salvar vidas, ou evitar que se produza o resultado morte. Destaque-se, porém, que de tal norma não decorre um dever de salvar vidas a todo custo, o que levaria à admissão da distanásia. Não se defende a obstinação terapêutica, mas o dever de adoção de procedimentos ordinários capazes de salvar vidas. Por outro lado, é de se criticar a invocação de dispositivos do Código de Ética Médica como fundamento para tal dever de salvar vidas ou para criar uma posição de garante. Os códigos de ética destinam-se a estabelecer deveres de ordem profissional de determinadas profissões. A posição de garante há de ser buscada em outros dispositivos, como os artigos 121 do CP e 227 da CF/1988.

No caso analisado, os médicos responsáveis pelo atendimento da adolescente conheciam a gravidade do quadro clínico da paciente e o único tratamento – transfusão de sangue – que poderia salvá-la, todavia não empreenderam esforços suficientes para realizar a devida terapia, o que torna sua omissão relevante e determinante para o resultado morte da paciente. Desse modo, os médicos concorreram com os pais, nos termos do artigo 29 do CP, para o crime de homicídio (art. 121, *caput*, CP).

A questão é ainda mais grave quando se trata de criança ou adolescente. Além da previsão do artigo 227 da CF/1988, a Convenção sobre os Direitos da Criança, elaborada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e promulgada pelo Brasil mediante o Decreto n. 99.710/1990, dispõe que “1. Os Estados-Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2. Os Estados-Partes asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (art. 6º)²⁰.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente acrescentou ao CP causa de aumento de pena no crime de homicídio doloso contra criança e adolescente

²⁰BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

até 14 anos de idade, conforme previsão do artigo 121, parágrafo 4º, parte final, do CP: “Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos”.

Sobre este dado legal, *Cezar Bitencourt*²¹ alerta que, “embora essa previsão incluída pelo ECA tenha endereço certo – os grupos de extermínio –, sua aplicação atinge todos os sujeitos ativos, quando o homicídio for praticado contra menor de 14 anos, majorando a pena em um terço”.

Considerando o caso concreto e os dispositivos supracitados do CP, do CEM e do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que a conduta dos pais de recusar tratamento médico imprescindível à vida e à recuperação da saúde da criança e do adolescente pode ser considerada típica. Apesar de os ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior creditarem a responsabilidade pela morte da adolescente, exclusivamente, aos médicos envolvidos no seu tratamento, demonstrou-se que é possível, à luz do ordenamento jurídico vigente, discutir a responsabilidade dos pais, incurso no crime de homicídio doloso (art. 121, *caput*, CP), bem como o aumento da pena em um terço, em razão de ter sido praticado contra pessoa menor de quatorze anos de idade (art. 121, §4º, parte final, CP).

Considerações finais

A CF/1988 e a legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil (art. 15) e o CP (art. 146, *caput*), resguardaram o princípio da autodeterminação do paciente na relação médico-paciente. Desse modo, todo tratamento médico e intervenção cirúrgica depende de consentimento do paciente, ou, em caso de incapaz, do seu responsável legal.

Todavia, em casos de pacientes em iminente perigo de morte, o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do CP e os artigos 22 e 31 do CEM dispensam o consentimento do paciente e/ou de seu representante legal para realizar a transfusão de sangue e salvaguardar a vida do paciente. Agindo desse modo, o médico estaria amparado do ponto de vista ético-profissional, não podendo ser incurso no crime de constrangimento ilegal.

No caso concreto examinado (HC n. 268.459/SP), a adolescente Juliana Bonfim da Silva dependia da realização de transfusão sanguínea, com urgência, para salvaguardar sua vida. Entretanto, a ação médica foi retardada pela manifestação de vontade dos pais contrária ao tratamento, em razão de convicções religiosas da seita Testemunhas de Jeová. Poucas horas depois do atendimento inicial prestado pelo hospital à adolescente, deu-se sua morte. A culpabilidade por este resultado criminoso deve recair sobre os pais.

²¹BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. op. cit., p. 117.

A Sexta Turma do STJ, por unanimidade, decidiu que, em caso de iminente risco de morte, o direito à vida sobrepõe-se à liberdade religiosa no que se refere à conduta dos médicos. No entanto, por voto da maioria, a liberdade religiosa foi igualmente respeitada com relação aos pais, cujo comportamento de recusar tratamento à paciente menor de idade foi declarado pela Corte como atípico. Ou seja, os pais foram inocentados, mesmo declarando uma vontade que resultara na morte da filha. Os direitos fundamentais, assim, não se excluíram, mas foram ponderados pelo STJ de modo diverso do que pode se extrair do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao papel dos pais como “garantidores” da saúde e da vida de seus filhos, fazendo desta decisão um importante precedente judicial.

Não deixa de ser curioso que, caso o médico não observe a vontade e as crenças religiosas da criança ou adolescente e de seus responsáveis legais, salvando-lhe a vida mediante realização de transfusão, poderá não escapar de eventual responsabilização civil. Considere-se a situação do paciente integrante da seita Testemunhas de Jeová que venha a ser dela excluído em razão de ter recebido a transfusão e que alegue que seu círculo de amizades e familiar foi afetado, levando a experimentar grande dor e sofrimento, afetando seus projetos e minando mesmo seu desejo de viver. Caberiam danos morais ou mesmo materiais? Poder-se-ia falar de hipótese de *wrongful prolongation of life* ou *wrongful living*? Ou de exercício regular de um direito – mesmo de um dever – de salvar a vida que afastaria o dever de indenizar? Eis, sem dúvida, tema interessante também a ser desenvolvido em torno do problema ora examinado.

Referências

BÍBLIA. *Bíblia Sagrada*. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos e Maredsous (Bélgica). 1. ed. São Paulo: Ave Maria, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 66 n. 200, p. 279-313, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y971c2.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MATTOS, Jadir de; STÜRMER, Kátia Rejane; COSTA, Joselaine da. Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita Testemunhas de Jeová. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 6, n. 1/3, p. 131-152, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>>. Acesso em: 29 out. 2017. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v6i1-3p132-152>.

VALE, Nilton Bezerra do; DELFINO, José. As nove premissas anestesiológicas da Bíblia. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, Natal, v. 53, n. 1, p. 127-136, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rba/v53n1/v53n1a15.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942003000100015>.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos éticos e jurídicos da recusa do paciente testemunha de Jeová em receber transfusão de sangue. *Revista de ciências jurídicas e sociais da Unipar*, v. 6, n. 2, p. 221-234, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1311>>. Acesso em: 15 set. 2017. <https://doi.org/10.25110/rcjs.v6i2.2003.1311>.

Eduardo Rocha Dias - Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal); professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Fortaleza/CE, Brasil.

Mariane Paiva Norões – Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR); especialista em Direito Civil pela Anhanguera Educação e Participação; pesquisadora-bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogada. Fortaleza/CE, Brasil. *E-mail*: marianenoroes@hotmail.com.