



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Limites da Liberdade de Religião no Estado Laico:
A (I)Legitimidade da Recusa de Tratamento Médico por Fundamento Religioso

Suyane Machado Borges

Rio de Janeiro
2015

SUYANE MACHADO BORGES

**Os Limites da Liberdade de Religião no Estado Laico:
A (I) Legitimidade da Recusa de Tratamento Médico por Fundamento Religioso**

Artigo apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

OS LIMITES DA LIBERDADE DE RELIGIÃO NO ESTADO LAICO: A (I)LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR FUNDAMENTO RELIGIOSO

Suyane Machado Borges

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho busca mostrar os limites da liberdade de religião no Brasil, demonstrando que tal direito, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser mitigado quando em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados, notadamente o direito à vida e à saúde, e que o Estado, em razão de seu caráter laico, deve atuar no sentido de preservar os demais direitos quando estes entram em conflito com a liberdade de religião.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Liberdade de religião. Estado laico. Direitos fundamentais. Direito à vida.

Sumário: Introdução. 1. Liberdade de religião e laicidade do Estado. 2. Direito à vida e à saúde. 3. Recusa de tratamento médico: conflito entre a liberdade de religião e o direito à vida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a legitimidade ou não da recusa em receber tratamento médico por razões religiosas, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura igualmente, como direitos fundamentais, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI) e a vida (art. 5º, *caput*).

Tal tema se mostra de extrema relevância para o Direito brasileiro, pois envolve questões relativas à adequada tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo o tema controvertido na doutrina e na jurisprudência.

Buscar-se-á mostrar os limites da liberdade de religião no Brasil, demonstrando-se que tal direito, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser mitigado quando em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados, notadamente o direito à vida e à saúde, e que o Estado, em razão de seu caráter laico previsto

no art. 19, inciso I, da Constituição de 1988, deve atuar no sentido de preservar os demais direitos fundamentais quando estes entram em conflito com o direito a liberdade religiosa.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema. Será desenvolvida pesquisa bibliográfica, baseada em material publicado, principalmente, em livros, artigos e legislações. Além disso, será realizada pesquisa jurisprudencial, analisando-se decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, tratar-se-á da liberdade de religião e da laicidade do Estado brasileiro, demonstrando-se que a Constituição de 1988 assegura a liberdade religiosa como um direito fundamental (art. 5º, inciso VI), e, ao mesmo tempo, traz a necessidade de neutralidade do Estado, assegurando o seu caráter laico (art. 19, inciso I).

No segundo capítulo, será analisado o direito à vida, demonstrando-se que tal direito é a premissa básica dos demais direitos fundamentais, e o direito à saúde, uma vez que a saúde é um bem jurídico intrinsecamente ligado ao direito à vida.

Por fim, no terceiro capítulo, será examinada a legitimidade ou não da recusa de tratamento médico em razão de fundamento religioso, colocando-se em evidência o conflito entre a liberdade de religião e o direito à vida, e demonstrando-se como tal conflito deve ser resolvido.

1. LIBERDADE DE RELIGIÃO E LAICIDADE DO ESTADO

A liberdade religiosa é o princípio jurídico fundamental que regula as relações entre o Estado e a Igreja, em consonância com o direito fundamental do indivíduo de possuir, defender e propagar determinada crença religiosa.

Tal liberdade é assegurada, como direito fundamental, no art. 5º, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Conforme se depreende da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito, a liberdade religiosa inclui a liberdade de crença e a liberdade de exercício do respectivo culto religioso, sendo, ainda, protegidos, na forma da lei, os locais de culto e suas liturgias.

Além disso, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade religiosa também apresenta um aspecto de direito à prestação, na medida em que o art. 5º, inciso VII, da Constituição assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, de modo que, nessas entidades, o Estado deve por o atendimento religioso à disposição dos internos que o desejarem.¹

O art. 5º da Constituição de 1988 estabelece ainda, no inciso VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Tal dispositivo constitucional tem por finalidade evitar que o indivíduo seja compelido pelo Estado a contrariar suas convicções religiosas, porém, se o indivíduo recusar-se a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, ele poderá sofrer a perda ou suspensão dos seus direitos políticos, conforme determina o art. 15, IV, da Constituição.

Ademais, na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa, não podendo o Estado interferir sobre a economia interna das associações religiosas. Nesse

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 461 e 462.

sentido, para evitar que o Estado crie embaraços à liberdade de religião, a Constituição estabelece, em seu art. 150, VI, *b*, a imunidade de impostos sobre os templos de qualquer culto.

No tocante à liberdade religiosa, destaca-se ainda o art. 226, § 2º, da Constituição, que admite que o casamento religioso produza efeitos civis, na forma do disposto em lei.

Contudo, ao mesmo tempo em consagra a liberdade de religião, a Constituição Federal de 1988 traz também a necessidade de neutralidade do Estado, garantindo, assim, a laicidade do Estado brasileiro.

Cumprir destacar, primeiramente, que a laicidade não se confunde com o laicismo, uma vez que a laicidade é característica dos Estados não confessionais que assumem uma posição de neutralidade perante a religião, a qual se traduz em respeito por todos os credos e inclusive pela ausência deles, enquanto o laicismo refere-se aos Estados que assumem uma postura de tolerância ou de intolerância religiosa, ou seja, a religião é vista de forma negativa.

A laicidade foi alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”, e, desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo.²

A Constituição de 1988 consagra o caráter laico do Estado em seu art. 19, inciso I, estabelecendo que:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

² A Constituição de 1934 trouxe a laicidade no artigo 17, incisos II e III, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-a no artigo 32, alínea “b”; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal; no Diploma Constitucional de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69, o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.

Assim, se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a liberdade de religião, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, por outro lado, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais, ou seja, a liberdade religiosa e o Estado laico significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de orientação sexual.

Em outras palavras, significa dizer que concepções morais religiosas, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem servir de base para as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada, não podendo a fé e as orientações morais decorrentes da religião serem impostas a nenhum representado, pois o Estado é neutro.

Nesse sentido, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), reconhecendo a laicidade da República Federativa do Brasil e a necessidade de neutralidade do Estado em relação às religiões:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.³

Ademais, conforme decisão do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, a locução “sob a proteção de Deus” contida no preâmbulo da Constituição não é norma jurídica, de modo que,

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

a despeito do preâmbulo, que é destituído de força normativa, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República.⁴

Destarte, pode-se afirmar, com base na liberdade de religião e na laicidade do Estado previstas na Constituição Federal, que o Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprovava qualquer delas e impede que dogmas religiosos guiem o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais.

2. DIREITO À VIDA E À SAÚDE

O direito à vida é a premissa básica dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que não faria sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.

Tal direito fundamental está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, e é o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no texto constitucional, seguido do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo Pedro Lenza, o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, ou seja, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.⁵

Como decorrência do direito de não ser morto, a Constituição, em seu art. 5º, inciso XLVII, letra “a”, estabelece a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Cumpre destacar que, mesmo por emenda constitucional, é

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 970.

vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de violação da cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV, da CRFB.

Já em relação ao direito de ter uma vida digna, pode-se afirmar que este se encontra intrinsecamente ligado ao conceito de dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil.

Como consequência do direito a uma vida digna, devem ser garantidas as necessidades básicas do ser humano, sendo proibida a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III, da CRFB). Ademais, a Constituição veda a aplicação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”).

Em razão da importância do direito à vida, a Constituição estabelece, em seu art. 227, que é "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida".

O direito à vida encontra-se previsto também em diversos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção sobre os Direitos das Crianças.⁶

Ao direito à vida, encontra-se diretamente vinculado o direito à saúde. Pode-se afirmar que a saúde é um bem jurídico indissociável do direito à vida, uma vez que, para que se tenha uma vida digna, é necessária a garantia do direito à saúde.

⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, declara, em seu art. 4, que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida", que "esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" e que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, dispõe que "o direito à vida é inerente à pessoa humana" e que "este direito deverá ser protegido pela lei", além de dispor que "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida". A Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, assevera que "os Estados partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida" e estabelece que "os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança".

O direito à saúde se insere no campo dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, estando previsto no art. 6º da Constituição Federal. Trata-se de um direito indisponível, assegurado à generalidade das pessoas.

Nesse sentido, a Constituição estabelece, em seu art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nos termos do art. 197, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ademais, a Lei n. 8.080/90, estabelece, em seu art. 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.⁷

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no AgRg no AI n. 734.487, de relatoria da Ministra Ellen Grace, decidiu que o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço e que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁸

A tutela do direito à saúde apresenta duas perspectivas, sendo uma de preservação e a outra de proteção. A preservação da saúde se relaciona às políticas de redução de risco de uma

⁷ A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 734.487. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

determinada doença, num contexto geral, enquanto a proteção à saúde se caracteriza com direito individual de tratamento e recuperação de um determinado indivíduo.

Destarte, pode-se afirmar que o direito à vida, e seu desdobramento em direito à saúde, trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.

3. RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO: CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE RELIGIÃO E O DIREITO À VIDA

A compreensão da relevância do direito à vida é importante para o entendimento de alguns temas da atualidade que giram em torno desse postulado.

Atualmente, um dos temas que mais suscitam polêmica é a legitimidade ou não da recusa de tratamento médico por fundamento religioso, notadamente a recusa das testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue em razão de suas convicções religiosas.

Nesse caso, se não houver risco de vida para o paciente e este estiver em condições de manifestar validamente sua recusa em receber o tratamento, é legítima tal recusa, devendo prevalecer a sua liberdade de crença, uma vez que tal direito é assegurado pela Constituição, e a submissão forçada aos cuidados médicos implicaria em afronta a dignidade humana.

Entretanto, tratando-se de uma situação de iminente risco de vida para o paciente e este recusa o tratamento, surge um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionalmente assegurados: a liberdade de religião e o direito à vida. A solução de tal conflito gera inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Para que se possa solucionar tal conflito, primeiramente, cumpre destacar que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto. Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não

são ilimitados, encontrando seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição.

Assim, em caso de tensão entre dois direitos fundamentais, cabe o sopesamento de um sobre o outro, para que se decida qual deve prevalecer no caso concreto, em um verdadeiro juízo de ponderação de valores.

A técnica da ponderação consiste em apurar os pesos ou a importância relativa que devem ser atribuídos a cada elemento em disputa, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro, aplicando-se para isso os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destarte, no conflito entre a liberdade de religião e o direito a vida, a inviolabilidade do direito à liberdade religiosa prevista pelo inciso VI do art. 5º da Constituição Federal não pode ser tida como absoluta, e, no juízo de ponderação, exige-se a prevalência do direito à vida, uma vez que, conforme já explicitado anteriormente, tal direito constitui pressuposto à existência e ao exercício dos demais direitos fundamentais.

Em outras palavras, considerada a situação de iminente risco de vida, o alcance do equilíbrio pressupõe o reconhecimento da necessidade de prevalência do direito à vida, o que se configura como a solução mais razoável no âmbito do Estado Democrático de Direito, laico por definição constitucional.

Cumprido ressaltar que a própria Constituição reconhece o caráter relativo da liberdade de crença, ao estabelecer, em seu art. 5º, inciso VIII, que não pode se invocar motivo de crenças religiosas para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

No caso, o suposto atentado à liberdade de crença é tolerado em função da preponderância do direito à vida, pois, nestes casos, não há manifestação válida e consciente

que seja forte suficiente para se sobrepor à preservação da vida. O princípio da dignidade humana, neste caso, deve ser aplicado no sentido de se preservar a vida do paciente.

Nesse contexto, depois de solucionado o conflito e considerando-se o direito à vida como preponderante, surgem duas questões controvertidas: a primeira diz respeito à responsabilidade do médico em face da recusa do paciente em receber o tratamento e a segunda à responsabilidade dos pais ou responsáveis que não autorizam a realização do tratamento daquele que não tem capacidade para consentir.

A primeira questão a ser suscitada é como deve agir o médico nessa situação, ou seja, o médico, diante do risco de morte do paciente que recusa o tratamento, deve ou não respeitar sua vontade de não realizar o tratamento necessário para salvar sua vida.

Na doutrina, autores como Rogério Greco sustentam que, no caso de ser imprescindível a transfusão de sangue, mesmo sendo o indivíduo maior e capaz, se este se recusar a recebê-la por causa de suas convicções religiosas, tal comportamento deve ser considerado como uma tentativa de suicídio, devendo o médico intervir mesmo sem o consentimento do paciente.⁹

Nesse caso, o médico estará amparado pelo art. 146, § 3º, inciso I, do Código Penal, que dispõe que não se configura como constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida”.

Do mesmo modo, também com fundamento no dispositivo legal acima mencionado, se o paciente não possuir capacidade para consentir e os pais ou responsáveis legais não permitirem a transfusão, o médico também deve agir, realizando o tratamento mesmo contra a vontade dos pais, se houver risco de morte.

⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial. V. II.* 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 214.

Nesse sentido, tem-se a Resolução n. 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, que determina:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.¹⁰

Segundo decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida na Apelação Cível n. 70020868162, não é necessário o ajuizamento de demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. A Quinta Câmara Cível do Tribunal entendeu que o médico tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento do paciente, ainda que não haja consentimento dele ou de seus familiares, restando assim ementado o julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido.¹¹

Cumprido ressaltar ainda que, se o médico não realizar o tratamento e em razão disso o paciente vier a falecer, o médico deverá ser responsabilizado pelo crime de homicídio, uma vez que, na forma do art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, o médico possui o status de garantidor da vida e saúde do paciente, tendo, por lei, a obrigação legal de intervir em caso de eminente risco de morte:

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

¹⁰ BRASIL. Resolução CFM n. 1.021/80. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Assim sendo, não há se falar em responsabilização cível ou penal dos profissionais de saúde que submeterem o paciente a tratamento contra a sua vontade ou de seus familiares, uma vez que é dever do médico intervir, fazendo tudo que estiver ao seu alcance, para salvar a vida do paciente.

Superada a controvérsia acerca da responsabilidade do médico, a segunda questão que suscita grande polêmica e merece análise é a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais que não autorizam e até mesmo impedem o tratamento do paciente, e, em razão disso, este vem a falecer.

Nesse caso, conforme leciona Greco, embora a Constituição Federal garanta o direito à liberdade de crença, os pais ou responsáveis devem responder pelo crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), na modalidade comissiva por omissão, uma vez que, conforme determina o art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, os pais ou responsáveis daquele que não tem capacidade de consentir são considerados garantidores, tendo, portanto, o dever de agir para evitar a produção do resultado lesivo.¹²

Recentemente, a controvérsia acerca deste tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do Habeas Corpus n. 268.459/SP, julgado em 02/09/2014 pela Sexta Turma do Tribunal, e assim ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (...) (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. (...) 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 decisivo, 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

¹² GRECO, op. cit., p. 215.

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, sobrepassaram 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 entendiam 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.¹³

Nesse julgado, o STJ tratou tanto da questão da responsabilidade do médico que não realizou o tratamento quanto da responsabilidade dos pais que não autorizaram a transfusão de sangue no filho menor, tendo este vindo a óbito.

Em relação à responsabilidade do médico, o STJ entendeu que não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal na realização da transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de sua família, se estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor de idade, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode a liberdade de crença prevalecer sobre o direito à vida.

Contudo, em relação à responsabilidade dos pais, o STJ decidiu não haver tipicidade na conduta dos pais que, por convicção religiosa, não consentiram com a realização da transfusão de sangue no filho menor, o que resultou na sua morte. O Tribunal entendeu que os pais, ao levarem sua filha para o hospital, mostraram que com ela se preocupavam, e, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue, sendo tal

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301061165&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>>. Acesso em: 22 set. 2014.

manifestação indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida da paciente.

Tal entendimento, no entanto, não parece ser o mais correto, uma vez que, conforme leciona Rogério Greco, caso fosse aceita a alegação de liberdade de crença para eximir os pais da responsabilidade pela morte do filho, tal direito também poderia ser alegado para acobertar a ação de seguidores de religiões que apregoam o sacrifício de seres humanos.¹⁴

Assim sendo, com a devida vênia a posição adotada pelo STJ, se, da recusa em consentir com o tratamento resultar a morte do filho, os pais devem responder pelo crime de homicídio, pois, como dito anteriormente, estes são garantidores, tendo o dever de agir para evitar o resultado danoso, não sendo possível a invocação da liberdade de religião para se eximir de tal dever.

CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos expostos e analisados no presente trabalho, pode-se concluir que, no confronto entre o direito à vida e o direito à crença religiosa, deve prevalecer o direito a vida, uma vez que tal direito constitui pressuposto à existência e ao exercício dos demais direitos fundamentais e atitudes de repúdio ao direito à própria vida vão de encontro à ordem constitucional.

Assim sendo, chega-se a conclusão de que não é legítima a recusa de tratamento médico por fundamento religioso, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo o direito à vida primário e antecedente a todos os demais direito.

¹⁴ GRECO, op. cit., p. 215.

Nesse sentido, não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal na realização da transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de sua família, se estiver o médico diante de urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor de idade, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida.

Dessa forma, em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 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.

Ademais, ressalta-se que, se o médico não realizar o tratamento e da falta deste resultar a morte do paciente, o médico deverá ser responsabilizado pelo crime de homicídio, porquanto a recusa do paciente é ilegítima, e o médico é garantidor da vida e saúde do paciente, tendo, por lei, a obrigação legal de intervir em caso de eminente risco de morte.

Por fim, conclui-se também que, se o paciente não possuir capacidade para consentir e vier a falecer em razão da negativa dos pais ou responsáveis em autorizar o seu tratamento por motivos de crença religiosa, estes também deverão responder pelo crime de homicídio, por ser ilegítima tal recusa e por serem os pais garantidores dos filhos, na forma do art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, tendo, portanto, a obrigação legal de agir para zelar pela vida e pela saúde destes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Resolução CFM n. 1.021/80. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 268.459. Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301061165&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 734.487. Relatora Ministra Ellen Grace. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70020868162. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Volume II. 6. ed. rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.