

ESTUDO DE CASO SOBRE O HABEAS CORPUS Nº 268.459 – SP E A APLICAÇÃO DOS DIFERENTES INSTITUTOS DO CONSENTIMENTO¹

Gabriela Motta Regio²

Resumo: O presente artigo visa analisar a decisão do Habeas Corpus nº 268.459 – SP, impetrado em 2014 em favor de Hélio e Ildelir, genitores de Juliana, morta em 1993 face a negativa de transfusão de sangue, invocados por preceitos religiosos do grupo Testemunhas de Jeová. Para melhor esclarecimento das teses utilizadas pelos ministros que decidiram o caso, detalha-se alguns conceitos citados, empreendendo, com maiores particularidades, um estudo hermenêutico sobre o instituto do consentimento do ofendido. Partindo-se da pesquisa documental em fontes primárias, como legislações atuais e históricas e os fundamentos das decisões da referida ação, bem como da utilização de fontes secundárias bibliográficas, faz-se a reconstrução do contexto em que se deu o julgamento, minuciosa-se os diferentes institutos e formas do consentimento, e, posteriormente, examinam-se os elementos constitutivos das decisões estabelecidas pelos ministros votantes. Dessa sorte, interpreta-se a decisão, a partir da análise do acórdão da corte suprema (Supremo Tribunal de Justiça). E, assim, tomando como referencial teórico as obras de Juarez Figueiredo Dias, Luiz Regis Prado e Vinicius Sporleder de Souza, utilizadas como suporte para analisar os fundamentos das decisões adotadas pelos Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Rogério Schietti Cruz. Revelando, conseqüentemente, a necessidade de predominância e respeito aos direitos fundamentais próprios, estes, porém, permanecendo assegurados pelo Estado em casos onde não esteja formada a capacidade civil do agente. Evidencia-se a relevância do caso à importância jurídica brasileira, sobretudo, ao modo de percepção e melhor forma de ação diante dos preceitos utilizados por adeptos da religião Testemunhas de Jeová.

Palavras-chave: Consentimento do ofendido. Habeas corpus. Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Direitos fundamentais.

Introdução

A religião encontra espaço em todos os lugares, culturas e tempos. Há relatos e dados desde os povos pré-históricos da religiosidade humana.

¹ Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Dr. Marcelo Caetano G. Peruchin. Prof. Dr. Marcus Viniciu Boschi e Prof. Dr. Átilo Antônio Cerqueira, em 18 de novembro de 2015.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: Gabriela.regio@hotmail.com

O modo como cada religião é cultuada pelas diferentes crenças é motivo de diversos estudos, que procuram entender os seus fundamentos. Muitas crenças apresentam hábitos específicos, repassados de geração a geração, seguidos sem que, muitas vezes, seus adeptos conheçam a origem e a motivação.

Cabe ressaltar que entre as várias formas de expressar a religião, encontra-se o culto das Testemunhas de Jeová. Os adeptos desta organização, a veem muito mais do que um ideal de crença. Para seus seguidores, fazer parte da organização é considerado um estilo de vida e uma preparação do corpo para após a morte.

Entre seus diferentes hábitos voltados a seguir o que prega a Bíblia, as Testemunhas de Jeová recusam-se a comemorar datas de aniversário, natal e ano novo, também rejeitam saldar bandeiras, símbolos nacionais, governantes terrenos e cantar hinos, além de não admitirem receber sangue alheio em seus corpos. A abstinência de sangue impróprio demonstra uma purificação da alma para os praticantes, e o passaporte para a entrada no paraíso, com isso, a preferência da morte à aceitação da transfusão é normal aos seus olhos e a sua cultura religiosa.

O interesse pelo tema deste artigo, surgiu com a leitura de uma recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde foi julgado um Habeas corpus em que por empate dos ministros votantes, os pais de uma menina de treze anos, morta após negativa de transfusão de sangue e inércia da equipe médica, foram excluídos do processo penal do qual haviam sido denunciados por homicídio doloso na forma comissiva. Desta forma, se viram livres de um processo judicial que perdurava a mais de vinte anos.

É crucial compreendermos os conceitos e crenças dos Testemunhas de Jeová, assim como o progresso do entendimento jurisprudencial acerca deste tipo de situação, onde apenas uma transfusão de sangue, inviável para este tipo de paciente, pode salvá-lo. Também é de extrema importância mostrar o outro lado do caso, e entender porque os médicos deveriam ter agido para evitar o resultado morte da paciente, e como estes devem agir na busca do consentimento do ofendido para determinados tratamentos. Além de ser imprescindível um estudo mais detalhado do instituto do consentimento do ofendido que diz respeito ao Direito Penal e do Consentimento Informado que pertencente à Bioética, ambos com relações e sobreposições, porém, diferentes em seu contexto.

Com o propósito de entender as diversas faces do caso que absolveu os pais movidos por suas crenças, e considerou culpado a equipe médica responsável pela paciente, se torna crucial esmiuçar as teses defendidas por dois ministros votantes do Habeas Corpus, estes com ideias quase que em sua plenitude opostas entre si, defenderam seus pontos de vista utilizando argumentos capazes de trazer inúmeras dúvidas a maioria dos leitores quanto a que lado defender.

Neste sentido, cabe trazer o embasamento doutrinário e jurisprudencial, como forma de esmiuçar a interpretação do caso feita por cada Ministro integrante do julgamento sob análise. Buscando assim, justificar e/ou afrontar as decisões exaradas nos respectivos votos.

1 O PERÍODO: 1993

É importante entender a cronologia dos fatos e compreender seus desdobramentos. Desse modo, é indispensável voltarmos ao tempo dos acontecimentos que deram causa à morte de Juliana Bonfim da Silva, em seus exíguos 13 anos de idade.

Juliana sofria de anemia falciforme, tendo apresentado agravamento no seu estado de saúde na madrugada do dia 21 de julho de 1993, quando foi então levada por seus genitores Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bonfim de Souza para o hospital São José, no estado de São Paulo, onde foi internada. Juliana foi submetida a exames clínicos, tendo sido constatada uma quantidade insuficiente de componentes hemáceos em seu organismo, situação que exigia com urgência uma transfusão sanguínea.³

Ao apresentarem o diagnóstico de Juliana aos seus pais, os médicos ressaltaram a importância de que fosse imediatamente realizada a transfusão sanguínea. Contudo, os genitores, ambos adeptos do grupo religioso Testemunhas de Jeová, rejeitaram o tratamento prescrito, invocando preceitos religiosos.⁴

Com o agravamento do quadro de saúde de Juliana, uma das médicas tentou convencer Hélio a autorizar a transfusão de sangue, e ao tempo em que estava quase conseguindo a autorização, Ildelir comunicou o fato ao médico José Augusto Faleiros, amigo da família e também adepto do mesmo grupo religioso, em busca de orientação ao devido procedimento. José Augusto foi então até o hospital ostentando a condição de membro da “Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová”, e influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão, intimidando os médicos presentes e os ameaçando com processos judiciais caso efetuassem o procedimento.⁵

Mesmo cientificados sobre a gravidade do caso e ausência de alternativas aptas a garantir a vida da paciente, os genitores de Juliana mostraram-se irredutíveis em sua decisão. A mãe de Juliana chegou, inclusive, a dizer que preferia ver sua filha morta à deixa-la receber a transfusão.⁶

No entendimento dos pais da paciente, caso esta recebesse a transfusão, seria impedida de ingressar no paraíso. Assim, a mãe de Juliana firmou declaração assumindo a responsabilidade pela recusa da transfusão de sangue.⁷

Desta forma, entre 4h10min e 4h30min do dia 22 de julho de 1993, Juliana veio a falecer em consequência de “assistolia ventricular, crise vasoclusiva e anemia falciforme”.⁸

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 3. Acesso em: 01 jul. 2015.

⁴ Id., ibidem.

⁵ Id., p. 3-4.

⁶ Id., p. 4.

⁷ Id., ibidem.

⁸ Id., ibidem.

1.1 O PROCESSO CRIMINAL

Em 22 de julho de 1997 José Augusto Faleiros Diniz, o médico, amigo da família de Juliana foi denunciado com incurso no art. 121, caput, do Código Penal: “matar alguém”, por conseguinte homicídio simples, na modalidade dolosa. No caso dos genitores de Juliana, Hélio e Ildelir, ambos foram denunciados com implicação do artigo 121, caput, c.c. artigo 61, II, “e” do Código Penal: “matar alguém, ter o agente cometido o crime: contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.”⁹, ou seja, aos pais foi imputado o crime de homicídio doloso, com a agravante de ter sido contra descendente.

Após a interposição de todos os recursos cabíveis, foi interposto o Habeas Corpus, de nº 268.459 – SP, este na forma de sucedâneo recursal inominado, apresentando questões diversas daquelas que foram apresentadas anteriormente.¹⁰

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do último Habeas corpus (de nº 268.459 - SP), deixou claro em seu voto a impropriedade da via eleita, pois, após terem sido julgados todos os recursos cabíveis, não foi a escolha certa o Habeas corpus ser usado como sucedâneo recursal. Porém, a Ministra se mostrou favorável as ideias expostas no novo Habeas corpus.¹¹

A tese inicialmente versada pela ministra, foi de que o caso se trata de temática que inspira discussão que normalmente ultrapassa os limites estritamente jurídicos, acarretando um debate que mistura a filosofia, a moral e a religião. Assim, mesmo chegando a uma saída profunda e completa do caso, sempre haverá alguém que discorde da decisão, por se tratar de um caso extremamente difícil.

Neste horizonte, a Ministra apresentou a convicção que entendia mais justa para o caso concreto. De início, utilizou-se do fato de que o destrinçar do caso já se arrastava a duas décadas “por causa de algumas peculiaridades processuais, pertinentes à prova técnica, que paralisaram o feito no curso do sumário de culpa, para a realização de exame de corpo de delito indireto”¹², havendo ainda, “no recurso em sentido estrito, a conversão do julgamento em diligência, da mesma forma, para complementação de perícia”.¹³ Motivos estes que tornaram o processo demasiadamente prolongado. Fica claro para a ministra que apenas a existência de um processo penal correndo em desfavor a alguém já representa uma penalidade, ainda mais sendo ele perdurado por vinte anos, e tendo a intenção de declarar os réus

⁹ BRASIL, legislação. **Código Penal**, Lei 7.209/1984. Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 4. Acesso em: 01 jul. 2015.

¹⁰ Id., p. 13.

¹¹ Id., p. 14.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 14. Acesso em: 04 jul. 2015.

¹³ Id., ibidem.

como assassinos da própria filha. A ministra fundou este entendimento de penalidade já caracterizada, na doutrina de Carnelutti.¹⁴

Chamou atenção ainda para o fato de os pais de Juliana não apresentarem comportamentos desumanos, de pessoas que não possuíam bons sentimentos pela filha, muito pelo contrário, apresentavam terem sofrido uma perda extremamente dolorosa, selada por um imperativo religioso, onde era impossível a realização de tratamento optando pela transfusão de sangue.¹⁵

A ministra embasou sua tese, colacionando primeiramente o entendimento do professor e Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso:

As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas [Gênesis, 9:3-4, Atos 15:28-29].

Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra a sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).¹⁶

Ilustrou ainda, publicações realizadas pelas próprias testemunhas de Jeová. E salientou os riscos que poderiam causar uma transfusão de sangue, colacionando em seu voto uma recente decisão daquela Corte, que havia julgado um caso de transfusão de sangue que teria fomentado a doença da hepatite C no paciente. Neste caso em questão a corte se colocou favorável ao impetrante (o qual teria recebido o sangue contaminado).¹⁷

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 14. Acesso em: 04 jul. 2015.

¹⁵ Id., p. 15.

¹⁶ BRASIL, legislação. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 15. Acesso em: 04 jul. 2015.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora:

A tese da ministra ainda mostrou exemplos de decisões tomadas em casos semelhantes pelo mundo, trazendo registros de alguns países, entre eles o recente caso da Argentina, em que a opção religiosamente determinada foi respeitada.¹⁸

No caso da Argentina, uma mulher de 71 anos, após sofrer um grave acidente, se recusou a receber transfusão de sangue por ser adepta às testemunhas de Jeová, a família dela também se colocou contra a transfusão, vindo a mulher a morrer logo após. O comitê do hospital informou que os profissionais que atendiam a mulher tiveram que admitir sua expressão de vontade, nos termos da Lei 26.529, que trata dos direitos do paciente em sua relação com os profissionais e instituições de saúde. Argumentando ainda que a paciente dispunha de consciência ao chegar ao hospital, e que deixou claro sua recusa ao tratamento com transfusão de sangue.¹⁹

Em casos antecedentes o judiciário argentino já havia adotado a mesma posição, face a recusa de transfusão por parte do paciente, o seu genitor recorreu ao judiciário pleiteando a realização do tratamento, tendo a Corte respeitado a decisão do paciente. Neste caso específico, o paciente recebeu alta do hospital inteiramente recuperado.²⁰

Em idêntico trâmite, a justiça de Uruguaiana, do Rio Grande do Sul, respeitou o direito de uma Testemunha de Jeová de não se submeter a transfusão de sangue. Neste caso, uma mulher de 46 anos sofreu um acidente de carro e negou-se a receber transfusão de sangue, estando lúcida ao chegar ao hospital. Mesmo com a tentativa do médico de convence-la a salvar a própria vida, ela se manteve irredutível a sua decisão, e veio a falecer momentos depois.²¹

Foi citado também o caso de um paciente na Inglaterra, que mesmo sendo adolescente à época do fato, teve sua vontade atendida e não recebeu a transfusão.²² Já na Austrália o entendimento foi outro, o poder Judiciário australiano, em um caso envolvendo um paciente menor de idade, decretou que fosse realizada a transfusão de sangue, indiferente da opção religiosa.²³

Voltando ao fato que move o estudo em questão, a ministra defendeu a opinião formada pelo voto do desembargador que teve seu voto vencido em acórdão do recurso em sentido estrito. A ministra frisa: “nesta assentada, pretendo ver convertida na *ratio* da concessão da ordem”, nele, o desembargador Nuevo Campos defendia a tese de que o dever legal de realizar a transfusão era dos médicos que acompanhavam o caso, e que a conduta dos pais não possuía tipicidade penal, pois, havendo a hipótese de iminente risco de vida para Juliana, a vontade dos pais não possuía qualquer efeito inibitório da

Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 14. Acesso em: 04 jul. 2015.

¹⁸ Id., p. 18-19.

¹⁹ Id., ibidem.

²⁰ Jornal El País: www.elpais.com.uy, consultado em 16/01/2014. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, p. 19-20.

²¹ Id., p. 20.

²² Jornal The Guardian: www.theguardian.com, consultado em 16/01/2014. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)** p. 21.

²³ Jornal Telegraph: www.telegraph.co.uk, consultado em 05/07/2015. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

adoção do imprescindível procedimento de transfusão de sangue. Salientando ainda que no “Estado Democrático de Direito, não há direito individual fundamental que comporte exercício absoluto, pois tal importaria em sobreposições e conseqüentemente em anulações dos sobrepostos”. Nuevo Campos salienta que deve haver equilíbrio entre os direitos individuais fundamentais, pois caso haja conflitos entre eles, o remédio será ponderá-los, iniciando por encontrar a causa do caso concreto e “seus reflexos na aplicação das normas colidentes, para verificação do ponto do equilíbrio indispensável à efetividade de todas as disposições constitucionais incidentes no caso concreto”.²⁴

Concluiu Nuevo Campos que no caso em questão, considerando o risco de vida que sofria Juliana, o equilíbrio para ser alcançado demandaria do predomínio ao direito à vida, e que a “questão de natureza religiosa” já tinha sido objeto de Resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1.021/80), que narra em seu artigo 2º: “Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis”, não sendo, portanto, o caso em questão, uma novidade para a equipe médica.²⁵

Além do voto do desembargador Nuevo Campos, veio na mesma trilha (ainda na pauta dos embargos infringentes) o voto do desembargador Souza Nery que, citou, entre outras, a Constituição Federal em seu inciso 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 dos locais de culto e suas liturgias”.²⁶ Concluindo que se a liberdade de crença é inviolável, não cabe ao cidadão que à exerce e só pelo fato de exercê-la, sofrer algum tipo de desrespeito, ainda que seja aparentemente amparada pela Lei.²⁷

Baseado nos ensinamentos da obra de Wilson Ricardo Ligiera – Responsabilidade Médica diante da Recusa de Transfusão de Sangue, citou um importante trecho:

O direito à prática da religião professada envolve, indubitavelmente, o direito de viver de acordo com os seus preceitos. Diante disso, por mais que não concordemos com a crença de uma pessoa, temos que respeitar as suas decisões embasadas na fé. Isso também se aplica nos casos de escolha de tratamento médico.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 23-24. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁵ Id., p. 24.

²⁶ BRASIL, legislação. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 24-25. Acesso em: 05 jul. 2015.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 25. Acesso em: 06 jul. 2015

Podemos, por exemplo, achar absurda a recusa de sangue por uma Testemunha de Jeová, ou inaceitável o comportamento de um pentecostal que não vai ao médico na crença de que Jesus irá curá-lo, ou mesmo do espírita que, ao invés de se submeter a uma cirurgia, prefere que lhe seja realizada uma "operação espiritual".

O fato é que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, pouco importa a crença da pessoa e o modo como ela decide conduzir sua vida, desde que, é claro, ela não ocasione prejuízos a terceiros.²⁸

Para o desembargador Souza Nery, portanto, a recusa dos pais foi absolutamente irrelevante para o tratamento médico que a vítima deveria ter recebido. Neste contexto, os médicos deveriam ter agido sob o manto de seu Código de Ética e do Código Penal Brasileiro, este último dispõe em seu artigo 146, § 3º, inciso I, que é “atípica a conduta do médico que realiza intervenção mesmo que cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.²⁹

Cabe citar relevante posicionamento do Conselho Federal de Medicina, que, através da resolução nº 1.246/88, de 8 de janeiro, aprovou que o Código de Ética Médica, conte-se, em seu artigo 46, a proibição do médico de “[e]fetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente, ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida”.³⁰ Arrematou o desembargador que admitir a responsabilidade penal dos pais de Juliana, seria o mesmo que não cumprir os mandamentos constitucionais (transcritos anteriormente), limitando assim, os atos dos pais ao uso de sua liberdade religiosa.³¹

Apesar do voto dos dois desembargadores serem favoráveis a Hélio e Ildelir, eles não foram a maioria à época do recurso julgado.³²

A ministra, por outro lado, se mostrou discordante da opinião da maioria na origem, fundamentando seu entendimento em conceitos da Bioética. Argumentando, ainda, que a prática do crime descrito no artigo 121 do Código Penal³³ com a redação “matar alguém” não caberia aos pais de Juliana. Ressaltemos os princípios fixados pelos estudos da Bioética, utilizados pela ministra:

O primeiro princípio tradicionalmente fixado pelos estudos de bioética é o da beneficência, normalmente aliado ao da não-maleficência. Trata-se de deontologia ligada à tradicional visão hipocrática, de que ao médico incumbe o dever de fazer o bem e não causar danos.

²⁸ LIGIERA, Wilson Ricardo. Responsabilidade Médica diante da Recusa de Transfusão de Sangue. São Paulo: Ed. Nelpa, 2009. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 26. Acesso em: 06 jul. 2015

³⁰ Id., p. 25.

³¹ Id., p. 26.

³² Id., ibidem.

³³ BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: 07 jul. 2015.

Outro primado fundamental, na matéria, é o princípio da autonomia, pelo qual é de se respeitar as decisões do paciente, concernentes ao tratamento a ser manejado. O consentimento informado é considerado, hoje, um dos grandes temas da bioética.³⁴

Além do raciocínio da Bioética, a Ministra também cita a Resolução 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, “que trata das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”, elucidadas como:

O conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.³⁵

O fato de à época dos acontecimentos não estar em vigor a diretriz citada acima, faz dela um subsídio explicativo para a tese da ministra.³⁶ Neste cenário, a ministra destaca que a situação era de urgência e não poderiam ser esquecidos os comandos do Código de ética Médica.³⁷

Ressalta ainda, que as Testemunhas de Jeová também usam de perspectivas científicas para condenar a transfusão sanguínea. Conforme ensina o Professor Titular da USP, Álvaro Villaça de Azevedo:

Ao optarem por tratamentos médicos alternativos, as Testemunhas de Jeová não estão abdicando de seu direito à vida. Estão exercendo o seu direito de escolha de tratamento médico, cujo fundamento é o direito à vida com dignidade; a junção do meramente existir com a liberdade e a autonomia, cujo resultado lhes confere a condição de seres humanos.³⁸

Com esta lição do renomado civilista, a ministra reafirma sua tese inicial de que os pais não tinham intenção na morte da filha, pois à levaram ao hospital assim que perceberam princípios da doença.³⁹

Além de considerar que o ponto de que a conduta dos pais não foi direcionado ao resultado morte, pois eles levaram Juliana ao hospital para receber o devido atendimento, a ministra considerou

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 26. Acesso em: 07 jul. 2015.

³⁵ BRASIL, Legislação. Conselho Federal e Medicina. Resolução 1.995/2012. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**. p. 27.

³⁶ Id., ibidem.

³⁷ Id., ibidem.

³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, p. 27-28.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 28. Acesso em: 08 jul. 2015

outro ponto que salientou como de extrema importância: o fato de que a Constituição Federal em seu artigo 227, redige que é “dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, ...”⁴⁰, tendo, com isso, uma preocupação normativa especial que confere atenção a criança e ao adolescente, inclusive no que tange à saúde. Sendo assim, não caberia apenas aos pais ou responsáveis o consentimento para a única forma de preservar a vida da adolescente.⁴¹

Utilizando o conceito de culpabilidade de Claus Roxin, a Ministra remata seu raciocínio sobre o caso:

Segundo o magistério do professor Alemão além de limite da pena, na aferição da culpabilidade cumpre ter como vetor político criminal a ideia de "necessidade de pena", à luz da finalidade preventiva. Ensina o doutrinador que a "fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.⁴²

Com esse raciocínio foi finalizado o entendimento da ministra, a qual não concedeu da ordem do Habeas corpus, mas o expediu de ofício, afim de extinguir a ação penal em relação a Hélio e Ildelir.⁴³

Após o voto da ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, foi dado vista ao ministro presidente da sessão, Sebastião Reis Junior, que em seu sucinto voto-vista colocou-se totalmente favorável ao voto da ministra, não conhecendo, portanto, do habeas corpus impetrado, mas expedindo ordem de ofício.⁴⁴

⁴⁰ BRASIL, legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**. p. 28.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 29. Acesso em: 08 jul. 2015.

⁴²ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal. Trad. Luís Greco. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**. p. 29-30.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 31. Acesso em: 08 jul. 2015.

⁴⁴ Id., p. 32.

1.1.1 Voto-Vista Ministro Rogério Schietti Cruz

Prosseguindo no julgamento, pediu vista o ministro Rogério Schietti Cruz, que diferente dos outros dois ministros, posicionou-se totalmente contrário a retirada de Hélio e Ildelir da ação penal, o mesmo argumentou em seu voto-vista uma perspectiva diferente dos demais.⁴⁵

Inicialmente Schietti Cruz ressaltou que o caso tratado exige, sobretudo, razão. Usando como argumento “o princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente, tratado no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a prevalência do bem vida sobre o bem liberdade religiosa.”⁴⁶

Em seu entendimento, o Ministro não discorda que haveria responsabilidade também por parte dos médicos, que deveriam ter agido para evitar a morte de Juliana. Entretanto, este não seria motivo suficiente para retirar a parcela de culpa dos pais da adolescente.⁴⁷

No contexto, ficou comprovado que não havia outro meio de salvá-la, a não ser por meio da transfusão de sangue, pois todos os meios alternativos as transfusões não cabem em casos em que o paciente está em iminente perigo de vida. Deste modo, diz o ministro, que não haveria o cabimento do direito fundamental a liberdade de crença, pois não haviam outros meios para salvar Juliana, que à época do fato era legalmente incapaz para exercer sua vontade própria.⁴⁸

Ele inicia suas citações com a Constituição Federal em seu artigo 227 (o mesmo citado pela ministra relatora), que traz no início da redação a frase: “É dever da família... assegurar com absoluta prioridade o direito à vida...”.⁴⁹ Em seguida ele confronta o direito à vida com o direito à liberdade religiosa, os quais estariam estabelecidos na área dos valores e deveriam ser escolhidos de acordo com a proximidade com a dignidade da pessoa humana.⁵⁰ Citando em seguida a observação feita pelo ministro Gilmar Mendes, a respeito do fundamento proferido:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte acabou por 'reconhecer

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 35-38. Acesso em: 08 jul. 2015.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 37. Acesso em: 08 jul. 2015.

⁴⁷ Id., p. 37 e 38.

⁴⁸ Id., p. 38.

⁴⁹ BRASIL, legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, p. 38.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 38. Acesso em: 10 jul. 2015

categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.' O ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição, e sobre qualquer desenvolvimento de uma Constituição liberal, seria o homem e sua dignidade.

Na Constituição Federal brasileira, a dignidade humana não está prevista apenas no art. 1º, III, mas ainda em três outras passagens.

Artigos que versam sobre criança e adolescente e proteção aos idosos fazem menção à dignidade.⁵¹

Ressalta o ministro que “o poder familiar, a ser exercido pelos genitores, deve ser totalmente voltado ao bem dos filhos, e não ao interesse próprio, ainda que revestido de roupagem religiosa.”⁵² Pelo fato de Juliana ser menor de idade à época do fato, Schietti cruz cita considerações relevantes trazidas por Fábio Carvalho Leite, em seu artigo Liberdade de Crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos, que retrata que os Tribunais Norte Americanos têm concedido que sejam feitas as transfusões de sangue mesmo em casos onde não haja perigo iminente de morte, pois em caso de menores de idade, o interesse do Estado no bem-estar deles prevaleceria em frente a autoridade dos pais que decidiriam com base em suas convicções religiosas.

Conclui o ministro, que as decisões que indeferem as transfusões de sangue ao redor do mundo, respeitando a autonomia religiosa dos Testemunhas de Jeová, só encontram amparo jurisprudencial em casos onde as manifestações de vontade foram feitas por adultos, quando a eles próprios seria imputada a transfusão, e ainda, devendo estarem ao tempo da escolha plenamente capazes de consentir.⁵³

Entendeu o Ministro, que se Hélio e Ildelir não tivessem se colocado contra a transfusão, os médicos responsáveis teriam à realizado e seguramente teriam salvo Juliana. Fato este que, de acordo com o Ministro, não ocorreu por causa da negativa resoluta dos pais, que ainda concordaram com a intervenção de um terceiro (José Augusto Faleiros, médico e amigo da família), também adepto à religião, que usou de ameaças para com os médicos responsáveis por tratar Juliana.⁵⁴

⁵¹ MENDES, Gilmar. A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, p. 38-39.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 39. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁵³ LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Crença e a Objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, p. 39-40.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 41. Acesso em: 15 jul. 2015.

O conflito de interesses teria descaracterizado a responsabilidade exclusiva dos médicos, pois os mesmos não se tornaram garantes por não adquirirem “o domínio da confiança para realizar o que julgavam necessário”, sendo assim a responsabilidade dos médicos era apenas concorrente.⁵⁵

A respeito das argumentações trazidas pela Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, o Ministro Schietti Cruz teceu algumas considerações. Para tanto, confronta as decisões dos casos semelhantes ocorridos em outros países e, assim, julgados por outra jurisdição, demonstrando os pontos relevantes que os diferiria do caso sub judice naquela oportunidade.

Primeiramente recordou o caso julgado na Argentina, que traz como vítima uma senhora de 71 anos, portanto, apta a consentir com a transfusão ou não. Da mesma forma seria o caso apreciado no Uruguai, onde a mulher que rejeitou a transfusão já tinha 46 anos de idade e estava consciente para consentir. No caso da Inglaterra apesar de se tratar também de uma vítima adolescente, o rapaz após o acidente sofrido teria afirmado expressamente aos médicos que não queria receber a transfusão. O caso da Austrália, contudo, serviria como parâmetro para o caso de Juliana, por apresentar pontos de contato verdadeiramente similares. A justiça australiana ordenou que fosse realizado o procedimento de transfusão em uma jovem de 17 anos, declarando que é interesse do Estado preservar a vida das crianças e dos jovens até que estes completem sua maioridade.⁵⁶

Schietti Cruz salienta a mesma obra da Bioética citada pela ministra relatora que esclarece que “o respeito à autonomia requer que se tolerem crenças inusuais e escolhas das pessoas **desde que não constituam ameaça a outras pessoas ou à coletividade**”.⁵⁷ (Grifos do Ministro).

O ponto essencial da questão, seria o fato de que “as opções individuais” devem ser respeitadas, porém o princípio da autonomia não autoriza que as “escolhas individuais interfiram na saúde ou na vida de terceiros”, no momento em que o terceiro “é uma adolescente incapaz, por lei e por natural imaturidade psíquica, a tomar decisão tão vital”.⁵⁸

O ministro recorda também que o Código Civil em seu artigo 1.634 e ainda a Lei n. 8.069/90 preveem claramente acerca do fato de que a família deve estar em primeiro plano, ou seja, prioritariamente na execução dos direitos, principalmente no que tange a saúde e a vida. Aponta também que o parágrafo único do dispositivo do Código Civil deixa ainda mais claro seu teor, trazendo os

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 41. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁵⁶ Id., p. 42.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 43. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁵⁸ Id., ibidem.

seguintes itens: “a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;”⁵⁹ e também no artigo 5º do ECA: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”⁶⁰

Com base nesta colocação, o Ministro Schietti fundamentou que o caso de Hélio e Ildelir não se estende ao entendimento do Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, pois seu ensinamento (citado anteriormente pela Ministra relatora) refere-se a decisão de quem já possui plenitude em sua capacidade de escolha pessoal, ou seja, escolhe para si não ser transfundido e não para outrem, ainda por cima menor de idade. Avaliou, portanto, que o direito de recusar a transfusão em menor de idade, por crença religiosa colide com “o direito a proteção integral e absoluta” de Juliana, ressaltando ainda que este direito não está no rol do artigo 5º da Constituição Federal, mas que provêm de vários direitos que ali foram afirmados.⁶¹

É importante ressaltar que a técnica utilizada para resolver colisões entre princípios, é a “da ponderação de bens ou de direitos”, referida pelo ministro. Concluindo neste âmbito, que como a adolescente sofria risco iminente de morte, este deveria ter servido de parâmetro para ser comparado com a renúncia à liberdade de religião que sofreriam os pais de Juliana e ela própria. Nessa comparação ficaria claro que o direito à vida prevaleceria.⁶²

Ademais, o Ministro citou o artigo 18 do Decreto nº 592/1992 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York e ainda a lição de Othon Moreno de Medeiros Alves em sua obra, *Liberdade Religiosa Institucional: Direitos Humanos, Direito Privado e Espaço Jurídico Multicultural*, ambos dispõem da liberdade de possuir uma religião e manifestá-la, sujeitando-se, porém, a limitações da Lei, que protegem a ordem e a saúde, entre outros. Citou como exemplo o acórdão proferido na ADPF 54/DF e publicado no DJe de 30.04.2013, que utilizou com profundidade essa tese no voto do Ministro Marco Aurélio do STF.⁶³

O ministro concluiu seu voto, e expressou sua tese:

Os pacientes deliberadamente anteviram e assumiram o risco do evento morte, ainda que, obviamente, não o desejassem. Quanto aos médicos, mesmo que o

⁵⁹ BRASIL, legislação. Código Civil, Lei 10.406/2002. Apud, op. cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**. p. 43.

⁶⁰ BRASIL, legislação. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990. Apud, op. cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**. p. 43.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5), da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 43-44. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁶² Id., p. 44.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5), da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 44-45. Acesso em: 16 jul. 2015.

dever deontológico os vinculasse à intervenção profissional, viram-se, consoante descrito na denúncia, coagidos e ameaçados pelo corrêu e pelos pacientes, de modo a retardar a possibilidade de qualquer intervenção. E, em face da tardança da ação médica – que efetivamente não houve – a morte de Juliana se deu poucas horas depois de seu atendimento inicial.

Em verdade, o voto-vista não examina a responsabilidade delitiva da conduta dos pais, notoriamente relevante como causa concorrente para a produção do resultado morte. Insisto: decerto que os médicos que atenderam Juliana Bonfim de Souza incorreram em omissão relevante e determinante para o resultado morte, pois, mesmo com o dissenso, e ainda que ameaçados de serem processados pelos pais da jovem, não poderiam descumprir o dever jurídico (e humano) derivado do juramento de Hipócrates.⁶⁴

Com base nos autos, o ministro afirmou que havia a presença de dolo eventual na ação/omissão de Hélio e Ildelir, e que caberia ao Tribunal de Júri julgar a conduta dos pais de Juliana, aplicando ou não as penas cabíveis. O ministro ainda fundamenta o cabimento do Tribunal do Júri no julgamento final deste caso, pelo fato de não haver manifestação inequívoca da improcedência da acusação, entre outros.⁶⁵

Finalizando seu entendimento, o ministro destaca que o tema tratado nesta ação é extremamente distinto dos casos comuns, e que sua intenção não é que Hélio e Ildelir sirvam de exemplo de “castigo” para a sociedade, e menos ainda que deixem de seguir suas crenças religiosas. Salientando ainda que talvez não se chegue a qualquer tipo de pena, pois já se passara tanto tempo que a prescrição da ação estava próxima.⁶⁶ Porém, destaca o ministro em suas palavras:

A não responsabilização penal dos pacientes – tal qual sinalizado até o momento – consubstancia mensagem negativa muito clara a toda a sociedade: a de que dogmas inerentes a uma religião ou crença religiosa hão de prevalecer sobre o direito à vida e que a norma penal, em casos que tais, desprotege pessoas que não podem – por incapacidade momentânea ou natural – fazer opção livre sobre seu próprio destino. A prevenção geral (negativa e positiva) da função punitiva restaria, assim, totalmente neutralizada. IV. Por fim, uma reflexão. Eximir os Testemunhas de Jeová de responsabilidade penal em casos como o ora julgado significa conceder-lhes uma blindagem penal que o Estado, por ser laico e sedimentado no Direito, não permite [...].⁶⁷

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5), da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 52-53. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 55-56. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 61. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁶⁷ Id., ibidem.

Com base nesses princípios, o Ministro Rogério Schietti Cruz não conheceu do habeas corpus e não o concedeu de ofício, por entender não haver constrangimento ilegal.⁶⁸

A Ministra Marilza Maynard, desembargadora convocada pelo TJ/SE, por fim, acompanhou o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz.⁶⁹ Havendo então um empate, prevaleceu a decisão mais favorável aos pacientes (Hélio e Ildelir), excluídos da ação penal.⁷⁰

No que tange ao réu José Augusto Faleiros Diniz, o mesmo interpôs pedido de extensão do Habeas corpus, porém teve seguimento negado por ser intempestivo. De qualquer forma em 11 de março de 2015, José Diniz teve extinta sua punibilidade por prescrição, no qual, por sua idade, foi observado o prazo de 10 anos a partir da denúncia, tendo sido esse prazo transcorrido entre a data da sentença da pronúncia e a data do acórdão confirmatório.⁷¹

2 UM ESTUDO ACERCA DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E AS DIFERENTES FORMAS DE CONSENTIMENTO

2.1 IMPORTANTES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

É importante contarmos a história das Testemunhas de Jeová, e como esta religião atrai tantos adeptos na atualidade.

A comunidade teve início na congregação de um grupo, do qual participavam poucas pessoas, o líder do grupo era Charles Taze Russel, e o ano era 1884.⁷²

Desde 1884 o movimento religioso teve diferentes títulos, iniciando por Russellitas, depois por Alvorecer do Milênio, também de Associação Internacional de Estudantes da Bíblia, e ainda de A Sociedade Bíblica e Detratados da Torre de Vigília e por último de Testemunhas de Jeová, no ano de 1931, pelo então presidente J. C. Rutherford, que veio a substituir Charles Taze Russel após sua morte

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 62. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 63. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁷⁰ Id., ibidem.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Despacho**, 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente. São Paulo, 11 de março de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=RL000A08J0000>. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁷² ROUTH, E. C. **Quem são eles?** 3ª ed. Rio de Janeiro: Casa Publ. Batista. 1965. p. 22.

em 1916. Rutherford foi o líder que mais influenciou a religião das Testemunhas de Jeová, sua liderança perdurou por 35 anos, iniciando em 1917 e cessando em 1942.⁷³

Essa comunidade religiosa acredita na palavra sagrada da Bíblia e acima de tudo em Deus, que recebe de acordo com a Bíblia, o nome de Jeová. Os estudantes pioneiros da seita, ressaltam que o nome Jeová aparece na Bíblia mais de sete mil vezes⁷⁴

Esses grupos acreditam no fato de Jesus Cristo ser filho de Jeová, porém mencionam em seus escritos que Jesus Cristo seria um homem perfeito, mas não divino, que ele só teria a natureza divina após sua ressurreição (ressurreição neste caso de sua alma, pois eles também não acreditam na ressurreição do corpo de Cristo). Cristo teria sim dado a sua vida em prol da humanidade, as testemunhas admitem que Ele se sacrificou por seu povo, e por isso se tornaram seguidores de Jesus Cristo, porém, adoradores apenas de Jeová.⁷⁵ Assim como em outras religiões a seita acredita no reino de Deus, porém nega que haja um inferno, ou algum tipo de castigo eterno.⁷⁶

Por serem contrários a todos os governos eles se recusam a fazer continência a bandeiras dos países⁷⁷ (fato que gerou diversos debates nacionais acerca de “desobediência civil” de seus adeptos), também não celebram aniversários, natal e fins de ano. Mantém suas crenças redigidas no que chamam de escrituras, todas de acordo com o que traz os ensinamentos da Bíblia.⁷⁸

As práticas dos Testemunhas seriam todas com base nos preceitos da Bíblia, e a partir dela teriam criado uma “edição própria intitulada *A tradução das sagradas Escrituras do Novo Mundo*, editada nos anos 50, nos Estados Unidos, e hoje traduzida para mais de 200 idiomas.” A versão bíblica dos Testemunhas foi gerada com base nas traduções de escrituras sagradas originais, “em grego e hebraico”, porém, teriam sido omitidas diversas partes da “Bíblia católica”.⁷⁹

Esta comunidade propaga suas crenças por diversos meios de transmissão, sendo o principal deles a página impressa. Apresentam anualmente novos artigos e livros para publicação doutrinária, mantinham também emissoras de rádio. Atualmente repassam suas mensagens por meio das Revistas: *A Sentinela, anunciando o reino de Jeová e Desperta!*, ambas publicadas em diversos idiomas e em milhares de exemplares.⁸⁰

Um dos preceitos seguidos pela seita, e atualmente o que mais traz conflitos entre a religião e a sociedade é a negativa de transfusões de sangue. As testemunhas acreditam na ciência e na medicina, diferente do que muitos pensam, e também aceitam o fato de que somente a fé não trata os doentes, por

⁷³ ROUTH, E. C. **Quem são eles?**. 3. ed. Rio de Janeiro: Casa Publ. Batista, 1965. p. 23.

⁷⁴ CASTRO, Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 179.

⁷⁵ CASTRO, Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 23.

⁷⁶ ROUTH, E. C. **Quem são eles?** 3. ed. Rio de Janeiro: Casa Publ. Batista, 1965. p. 43-44.

⁷⁷ Id., p. 44.

⁷⁸ SOMMER, Werner B. **Por que deixei de ser Testemunha de Jeová**. Porto Alegre: Gráfica Mar. 1980. p. 12.

⁷⁹ CASTRO, Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 23.

⁸⁰ Id., ibidem.

isso, aceitam tratamentos médicos, e vão à hospitais quando estão doentes, porém a única prática que não aceitam é a transfusão de sangue.⁸¹

Utilizam-se do argumento de que a Bíblia traz em seus preceitos que a introdução de sangue em seus corpos não pode ser realizada. Deus teria psicografado suas palavras através de Gênesis, no versículo 9, 4 da Bíblia:

Sólo carne com su alma (su sangue) no deben comer; porque al espíritu santo y a nosotros mismos, nos ha parecido bien no añadirles ninguna outra carga, salvo estas cosas necesarias; que sigan abteniéndose de cosas sacrificadas a ídolos, y de sangre, y de las cosas estranguladas, y de fornicación.⁸²

Dessa forma, as Testemunhas de Jeová utilizam do Velho e do novo testamento da Bíblia para justificar suas negativas às transfusões. Eles afirmam que a Bíblia é clara ao ordenar a abstenção de sangue, porque para Deus o sangue representa a vida. Por isso, de acordo com eles, é evitado “tomar sangue por qualquer via, não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida”.⁸³

As testemunhas têm em sua religião um modo de vida a seguir, pois tudo o que realizam circula ao redor de suas crenças, por isso, antes de qualquer decisão, seja a escolha do parceiro, vestuário, profissão entre outros deve passar antes pela religião. Preconizam pela conduta e relação com a sociedade, sempre conduzidas pela religião e sua dedicação a ela, com isso, a Bíblia para eles é vista como um roteiro prático e imprescindível para suas vidas.⁸⁴

Fixada no Brasil em 1920, ascendeu-se como “seita”, porém, congregou um número pequeno de adeptos em seus anos iniciais no país. Atualmente a comunidade tem seu segundo maior grupo no Brasil, concentrando mais de 760.000⁸⁵ adeptos, perdendo apenas para seus fundadores norte-americanos.⁸⁶

Essa comunidade, desde que se formou no Brasil, não foi vista com bons olhos pela maioria da sociedade, de religião católica na época. As testemunhas representadas pela “Sociedade Torre de Vigia” eram tratadas com desconfiança, pois usavam de seus meios de comunicação e de seus fervorosos

⁸¹ CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 185.

⁸² CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007.p. 185.

⁸³ **Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de Sangue?** Artigo publicado pelos seguidores. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeovanao-transfusao-sangue>. Acesso em 09 agosto. 2015.

⁸⁴ CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 25-26.

⁸⁵ Dados fornecidos pelos arquivos online de **A Sentinela** (edição de estudo) maio de 2014. Disponível em:<http://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/w20140515/obra-da-colheita-no-brasil>. Acesso em 09 de agosto. 2015.

⁸⁶ Torre de Vigília de Bíblia e Tratados do Brasil em entrevista realizada com o chamado “corpo Governante” da organização no país, durante o mês de julho de 2004. Apud, CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 11.

adeptos para divulgar a “mensagem do reino de Deus”, sendo a divulgação feita na maioria das vezes por representantes da seita que batiam de porta em porta e esperavam fiéis na saída das igrejas, reunindo novos integrantes em sua guerra contra o catolicismo. Por suas crenças serem tão diferentes da religião católica, em extrema ascensão na década de 1930, os Testemunhas de Jeová começaram a sofrer tormentos por parte do corpo policial no Brasil, suas publicações passaram a ser apreendidas com as mais variadas censuras.⁸⁷

Com base no último relatório de reunião anual das Testemunhas de Jeová, referente ao ano de 2014, o número de adeptos da seita pelo mundo encontra-se em mais de 8 milhões.⁸⁸

Os adeptos a religião, além de estudarem as escrituras participam “três vezes por semana de reuniões congregacionais realizadas em locais de culto e oração conhecidos como Salões do Reino” têm o costume de reunir-se também três vezes por ano em “salões de assembleia, momento no qual participam de congressos ministrados pelos dirigentes da organização.”⁸⁹

2.2 DO INSTITUTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido exerce um valioso papel na elaboração da teoria do delito. Em obras tradicionais como a de Nelson Hungria, é caracterizada pela “renúncia à proteção jurídica a bens disponíveis”, por parte de quem a possui, de modo que, acaba excluindo a ilicitude do comportamento da pessoa que ofende esses bens.⁹⁰

O conceito do consentimento do ofendido e seus limites são amplos, e pertencem ao Direito Penal, estes não se confundem com o instituto do consentimento informado, o qual aprofundaremos no próximo ponto. É imprescindível a compreensão, ao menos inicial, deste amplo instituto do consentimento do ofendido, para depois explorarmos as formas como a Bioética pode influenciá-lo no Direito Penal.

Ao ingressarmos na história do direito penal, podemos perceber a evolução do instituto do consentimento do ofendido. Franz Von Liszt, grande estudioso da Escola Positivista, ensina sobre o consentimento:

III. – O direito, - resultante de uma profissão legalmente reconhecida de praticar os atos que, segundo as regras da arte ou da ciência respectiva, se fazem necessários em caso dado – produz o mesmo efeito. É sob este ponto de vista e consequentemente é de acordo com as instituições do competente corpo médico, que devem ser apreciadas as operações cirúrgicas em geral, as do dentista ou do pedicuro e especialmente a muito discutida questão da perfuração (desmembramento do feto

⁸⁷ CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 13.

⁸⁸ Dados fornecidos pelo **Relatório da Reunião Anual de 2014** dos Testemunhas de Jeová. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/atividades/eventos/relatorio-reuniao-anual-2014>. Acesso em: 10 de agosto. 2015.

⁸⁹ CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia** – As testemunhas de Jeová em São Paulo. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007. p. 26

⁹⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentário ao Código Penal**. Vol I. Art. 11 a 27. p. 697.

no seio materno). Mas é justamente a respeito desses casos, que urge seja a autorização definida pela lei. É sobretudo duvidoso, se o médico pode, e em que condições lhe é lícito proceder sem o consentimento do enfermo (ou quiçá de seus parentes). Também como exercício da profissão legalmente reconhecida, apresenta-se a investigação feita em animal vivo para fins científicos, especialmente a vivisseção, a circuncisão dos judeus e outros casos.

IV.- A ofensa de um bem jurídico com o consentimento do ofendido só exclui a ilegalidade do ato, quando e até onde o direito público permite a disposição de tal bem, e o titular, são de espírito, dele dispõe seriamente. Entende-se que a ordem jurídica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importância que vai além da pessoa do respectivo titular. Se tal é o pensamento do legislador, infere-se das relações das disposições legais no seu conjunto, e não simplesmente das qualificações dos fatos criminosos. Será inteiramente falho, sem se ter na mais acurada atenção o direito vigente, pretender estabelecer nesta parte princípios gerais ou admitir pontos de vista do direito civil.⁹¹

Fica claro, com a concepção de Franx von Liszt, que a apreensão da tutela incidia somente sobre a questão de a quem pertencia o bem jurídico a ser contundido. Naquele momento já havia uma preocupação muito além dos limites do fato criminoso, se ocupando de todo o conjunto.⁹²

A teoria do consentimento na visão de Manuel da Costa Andrade, baseado no ensinamento de vários autores, como Noll, Stratenwerth, Geerds entre outros, tem uma concepção dualista, que distingue o consentimento que exclui a ilicitude do que afasta a tipicidade.⁹³

Os conceitos desta distinção, porém, nunca foram bem explicados pelo direito penal. Os doutrinadores no Brasil, não diferente dos demais, não deram o devido valor ao tema, a exceção de alguns poucos e bons.⁹⁴

O autor Jorge Figueiredo Dias, por sua vez, trouxe uma síntese onde explica o tema, facilitando a compreensão das teorias do consentimento. Em seu entendimento há várias posições básicas, uma delas conceituava que o consentimento do ofendido “assume as características de um verdadeiro negócio jurídico (unilateral) e confere assim ao agente o direito à lesão de um bem jurídico seu”. Essa teoria em sua forma original, não encontra hoje mais adeptos, pois se tornou ultrapassada. O autor expõe uma segunda posição, sobre a questão do exagerado abandono de interesse na proteção penal (acarretando em sua renúncia), por parte do possuidor dele, “ na medida em que o ordenamento jurídico confira a este a disponibilidade sobre os respectivos objectos de protecção”, e conclui, por fim:

Uma outra concepção pretende só, perante a anterior, evidenciar mais fortemente o *thelos* do instituto, acentuando que a legitimação da força justificante do consentimento provém da intenção político-criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de auto realização do titular do bem jurídico, o direito penal

⁹¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 3. V. Ed. Madrid: Hijos de Reus, 1917-1927, p. 245-246.

⁹² MENEZES, Bruno Selligman de. **O Consentimento do Ofendido nos Injustos Culposos de Prática Médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 28.

⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991. p. 137.

⁹⁴ MENEZES, Bruno Selligman de. **O Consentimento do Ofendido nos Injustos Culposos de Prática Médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 29.

permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência.⁹⁵

Claus Roxin, antes de apresentar seu conceito de consentimento, impõe critérios que o diferencia de “fundamentos de acordo”. Essa oposição é importante pelo fato de que, para Roxin, a presença do primeiro excluiria a tipicidade, sendo que a do segundo atingiria a ilicitude, tornando essas noções imprescindíveis para sua visão sobre a questão.⁹⁶ Para Roxin, o consentimento exercido era excluyente apenas da tipicidade, esta percepção é fundamentada na livre expansão da personalidade.⁹⁷ Na observação do autor germânico:

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica em la teoría liberal, aquí desarrollada, del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.⁹⁸

Nesse mesmo sentido, Manuel Costa Andrade indica que esse ponto de vista, irá, sem dúvida, fixar suas bases na inexistência de dano ao bem jurídico por meio do consentimento eficaz. Contudo, a análise negativa de Costa Andrade é que essa concepção não possui relevância explícita conceitual, acontecendo exatamente o oposto, ou seja, não existe uma abdicação ao direito, mas sim a estrutura dele⁹⁹.

José Henrique Pierangeli, em sua obra, retrata a evolução do consentimento do ofendido, se aproximando das teorias de Claus Roxin, onde diz:

Parte da doutrina pátria inclina-se no sentido de que o consentimento do ofendido exclui tão-só a antijuricidade. Outros, porém, seguem, em linhas gerais, o posicionamento aqui por nós adotado, concluindo poder o consentimento do interessado se constituir também em uma causa de atipicidade.

De nossa exposição, parece-nos ter ficado claro que o consentimento do ofendido pode se constituir em causa de exclusão da antijuricidade unicamente nos delitos em que o titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce (“acordo” ou “consentimento”) e que pode livremente dele dispor. De uma maneira geral, estes delitos podem ser incluídos em quatro grupos diversos: a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física; c) delitos contra a honra; e, d) delitos contra a liberdade individual.¹⁰⁰

⁹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, **Direito Penal**, Parte Geral. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 471 e 472.

⁹⁶ MENEZES, Bruno Selligman de. **O Consentimento do Ofendido nos Injustos de Prática Médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 30.

⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte general. Ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 517.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte general. Ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 517.

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991. p. 178 e ss.

¹⁰⁰ PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na Teoria do Delito. 3. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

Pode-se concluir, desta forma, que nenhuma das teorias atendem os requisitos necessários para que seja solucionado os conflitos de destinação e legitimidade do consentimento no sistema jurídico, nem como afastamento da tipicidade e nem como causa de justificação, tornando necessário a utilização de novos princípios pertencentes a outros institutos para responder as novas necessidades do sistema jurídico-penal.¹⁰¹

Cabe ressaltar o ensinamento de Miguel Reale Júnior, em sua obra *Instituições de Direito Penal*, onde o autor posiciona-se a respeito dos limites do consentimento:

Para se compor o interesse estatal e da sociedade na eficácia da tutela e o interesse do particular titular direto do bem, há de se estabelecer limites ao relevo do consentimento, quais sejam, o da disponibilidade do bem sem lesão ao interesse de outrem e que a finalidade do ato consentido seja socialmente válida. A disponibilidade pode recair, portanto, sobre bens exclusivos do titular do bem, não atingindo o interesse geral, como, por exemplo, ocorre com relação à vida que pertence a alguém, mas cuja perda atinge a toda a sociedade e aos que são próximos à vítima. Os bens de interesse público, portanto, não podem ser disponíveis, inclusive a “fé pública”. Ao se autorizar alguém a assinar por si não se está a consentir que se realize uma ofensa ao bem Jurídico “fé pública”, que será mantida incólume, pois a assinatura a pedido, devidamente autorizada, corresponde a uma procuração tácita.¹⁰²

Devemos analisar, por fim, os requisitos para o consentimento do ofendido no âmbito do direito penal, sendo defendido pela doutrina a exigibilidade de alguns fatores, são eles: a) necessidade do consentimento ser proferido antes da conduta que afetará o agente; b) o agente que consente deve estar apto a isto, estando plenamente capaz, sem alteração em sua capacidade volitiva; c) o consentimento não pode apresentar nenhum tipo de vício de vontade, devendo ser utilizado por escolha própria.¹⁰³

Outro fator passível de contraditório entre doutrinadores é a idade necessária para utilizar-se do instituto do consentimento. Para Edmund Mezger no que se refere ao consentimento, não é imprescindível que a pessoa que deve consentir tenha uma idade mínima, mas sim se ela possui “a capacidade de juízo necessária”, e se o consentimento da pessoa correspondia a sua real vontade. O consentimento só teria valor (e poderia ser revogado) antes do cometimento do fato, satisfazendo apenas o fato do consentimento ser sério e espontâneo, condizendo com a real vontade de quem consente.¹⁰⁴

Diferente de Mezger, é importante salientar o magistério de Barroso. Este fundamenta que há uma disparidade entre a maioria daquele que consente, pois, para ele, é essencial a capacidade civil de quem tomará a decisão, além da necessidade de consciência e autonomia para tomar a melhor decisão sobre o seu ato, estando, portanto, longe de qualquer vício de coação ou erro.¹⁰⁵

¹⁰¹ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 62.

¹⁰² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**, V. II, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 174.

¹⁰³ ANDRADE, Manuel da costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal:** contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Ed. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 512.

¹⁰⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal.** Parte General. Ed. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1959. p. 164.

¹⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová:** dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. p. 31 e ss.

Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, defende o fato de que a capacidade de consentimento varia com a idade, sendo um menor de 15 anos incapaz de consentir, um adolescente entre 15 a 18 anos com “possível capacidade de consentimento” e um maior de 18 totalmente capaz de consentir.¹⁰⁶

No que se refere à evolução do consentimento do ofendido no âmbito do direito penal, e suas diversas teorias, faremos uma breve análise no terceiro capítulo, onde ficará mais claro a distinção entre o consentimento do ofendido no instituto penal e no instituto da Bioética.

2.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO: A EVOLUÇÃO DE UM INSTITUTO DA BIOÉTICA COMO UM INSTRUMENTO PARA SOLUCIONAR NOVAS NECESSIDADES JURÍDICO-PENAIAS

A autonomia do paciente vem sendo cada vez mais comum nos centros médicos. A relação médico-paciente atualmente é regida pela autonomia de decisão que o enfermo possui, desta forma, este deve ser informado de forma clara de seu estado de saúde e dos tratamentos possíveis de lhe serem imputados, com os riscos e benefícios de cada um deles, para só assim vir a escolher uma de suas opções.¹⁰⁷

O consentimento informado, surge e evolui a partir dos avanços da avaliação ética, do relacionamento médico-paciente e da regulamentação da pesquisa. O enfoque dos modos de consentimento era para que houvesse escolha autônoma por parte dos pacientes, mas não se limitava a autonomia, sendo também para suprir a necessidade de proteção e de instigar os profissionais de medicina a agirem de forma prudente para com os enfermos sob suas responsabilidades.¹⁰⁸

Há, atualmente, duas grandes correntes que explicam as formas de aplicação das teorias do consentimento no âmbito penal. Uma delas é a teoria utilitarista, voltada apenas aos resultados causados pelo agir médico, desconsiderando todas as demais consequências causadas pela ação, podendo o profissional não contar a verdade por inteiro, e sim a parte que possibilite o feito do melhor procedimento para o paciente. A outra teoria é a deontológica, que prefere se utilizar da ética, afastando o estudo dos resultados, devendo o profissional se utilizar da moral para sempre dizer toda verdade ao paciente, independentemente de seu estado de saúde e do tratamento que irá preferir adotar.¹⁰⁹ A ética médica baseia-se nesta segunda teoria, pelo fato de as pessoas serem livres e conscientes de suas decisões. Resguardando o direito dos indivíduos à autonomia de escolhas.¹¹⁰

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 167.

¹⁰⁷ BEAUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 162.

¹⁰⁸ BEAUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 162.

¹⁰⁹ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 62.

¹¹⁰ BEAUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 162.

O consentimento informado exige tempo para ser estabelecido, este pode se tornar mais eficaz por meio de um termo de consentimento escrito de forma simples, sem palavras de difícil entendimento ou científicas, assinado pelo paciente, onde este se responsabiliza por suas escolhas, e opta pelo tratamento desejado¹¹¹, porém, apesar de haver o entendimento comum de que um “formulário de consentimento assinado é a essência do consentimento informado”, esta não é a visão correta. A visão correta é que ele deve ser obtido do paciente gradualmente, de forma que pode ser adquirido de diferentes maneiras e em diferentes contextos e emergências.¹¹²

Há dois modos de consentimento informado conceituados na literatura, o primeiro deles se refere a exposição da escolha autônoma do paciente, onde este autoriza uma intervenção médica específica. Neste modo, não basta apenas a expressão de concordância a uma recomendação médica, é necessário a autorização “por meio de um ato de consentimento informado e voluntário”.¹¹³

No segundo modo, se analisa o consentimento informado a partir das regras sociais nas instituições, onde estas devem adquirir o consentimento legalmente válido antes de realizar os procedimentos médicos, desta forma, os consentimentos deixariam de ser atos totalmente autônomos e passariam a “referir-se somente a uma autorização institucionalmente ou legalmente afetiva, conforme determinado pelas regras prevalecentes”.¹¹⁴

O modelo de consentimento informado autônomo, por ser muito mais exigente, não é utilizado usualmente, o que causa muitas críticas das instituições de assistência à saúde, porém, cabe ressaltar que os médicos nem sempre conseguem obter um consentimento que preencha as exigências da autonomia, pois de fato elas podem ser difíceis ou até mesmo impossíveis de serem executadas em determinados casos, sendo necessário a utilização do modelo de consentimento informado a partir das regras das instituições. Fica claro, portanto, o fato de que o modo de escolha autônoma tem o dever de “servir como referência para a adequação moral das regras institucionais”.¹¹⁵

Cabe trazer o conhecimento do ministro relator Francisco Falcão, acerca da necessidade do consentimento informado:

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu

¹¹¹ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 52.

¹¹² BEAUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica.** Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 162.

¹¹³ Id., p. 164.

¹¹⁴ BEAUCHAMP, Tom l e CHILDRESS, James f. **Princípios de Ética Biomédica.** São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 164.

¹¹⁵ Id., p. 165.

a exigência do consentimento informado ex vi arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso.¹¹⁶

O consentimento informado possui elementos que devem ser respeitados para que este seja estabelecido, sendo necessário haver o item informação e o item consentimento.¹¹⁷

As informações transmitidas ao paciente devem ser feitas por etapas, apresentadas aos poucos em cada fase do diagnóstico, sendo assim gradual, também deve ser congruente, respeitando a proporção certa para cada caso e o estado de saúde do paciente. Ainda, e, por fim, deve ser neutra mantendo a liberdade de escolha do paciente.¹¹⁸

Dessa forma, quando se passa todas as informações, essas necessariamente verdadeiras, para o paciente e ele as compreende sem restar-lhe dúvidas de seu sentido, de seus riscos e de seus resultados, pode assim ser considerada elucidada a informação.¹¹⁹

O item consentimento, necessita para se estabelecer, de uma decisão e concordância espontânea da pessoa que irá realizar o procedimento aconselhado. Os componentes utilizados como base do consentimento informado pela “literatura legal, regulamentária, filosófica, médica e psicológica são os seguintes: Competência, revelação, entendimento, voluntariedade e consentimento.¹²⁰

Destarte, o consentimento informado pode ser definido como:

A decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos”.¹²¹

No que se refere as origens do consentimento informado, o mesmo surgiu após diversos casos judiciais, em que se levantou a questão de o paciente ter direito de saber a qual tratamento seria imputado. Dessa forma, de julgamento em julgamento o direito de escolha do paciente passou a ganhar

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1035346 – SP**. Relator: Ministro Francisco Falcão. São Paulo, 24 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 20 ago. 2015.

¹¹⁷ BEAUCHAMP, Tom I e CHILDRESS, James f. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 165.

¹¹⁸ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 52.

¹¹⁹ Id., ibidem.

¹²⁰ BEAUCHAMP, Tom I e CHILDRESS, James f. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 164.

¹²¹ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. 2ª ed. Ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 87-101.

mais força, abrindo caminho para o surgimento do consentimento informado, que apareceu mais adiante dentro da Bioética.¹²²

De fato, para um consentimento ser válido, ele deve ser informado. Como mostramos anteriormente, os médicos não podem se valer apenas de um termo assinado aderindo aos métodos que serão utilizados em seu tratamento ou cirurgia, mas sim devem trazer um fundamento do porquê deve ser aplicado a aquele paciente e qual o método que será utilizado.¹²³

Dessa forma, a equipe médica deve utilizar todos os elementos que compõe o consentimento informado para que não reste dúvidas ao julgador, que no conteúdo do consentimento está clara a vontade do paciente sobre o tratamento e o seu conhecimento quanto a ele.¹²⁴

A vontade do paciente é de fato muito respeitada pela lei, porém, a lei lhe impõe limites, que devem ser considerados. Um deles é o limite ao respeito da autonomia, tema este que não é pacífico entre os doutrinadores.¹²⁵

Assim, o consentimento informado consiste em direito fundamental do paciente, de estar integrado de todas as definições acerca de seu tratamento, que possa vir a prejudicar sua “integridade física ou psíquica”.¹²⁶

O consentimento informado surgiu, portanto, como uma maneira ética de elucidar os pacientes sobre todas as fases do tratamento médico, assim como, uma necessidade moral de informá-los¹²⁷. A autora da obra *O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil*, Marilise Kostelnaki Baú define o conceito de consentimento informado de um modo simples:

O consentimento informado é a decisão voluntária de pessoa autônoma e capaz após um processo informativo e deliberativo visando à aceitação de um tratamento médico ou experimentação terapêutica, determinados ou específicos, após saber de suas consequências e riscos.¹²⁸

Há diferença entre os conceitos de termo de consentimento informado e o consentimento informado por si só. O primeiro é a forma redigida que o médico usa para explicar os procedimentos ao paciente e esclarecê-lo em suas dúvidas, por meio de palavras simples e claras, já o consentimento informado puro é a forma verbal da comunicação das informações. O documento escrito não tem poder de substituição, com isso, deve sempre haver a comunicação verbal, “o documento deve ser considerado

¹²² MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 56.

¹²³ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 59.

¹²⁴ CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade.** V.3, n.1, Brasília: Conselho Federal de Medicina.1995, p. 51-59.

¹²⁵ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 59.

¹²⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁷ QUINTANA, Trías Octavi. **Materiales de bioética y derecho.** Ed. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 51-59.

¹²⁸ BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Capacidade jurídica e consentimento informado:** Bioética. V.12, nº 1. Ed., Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2004. p. 103-108.

apenas uma garantia que a informação foi repassada ao paciente, dando ao médico a segurança de uma defesa perante uma futura demanda judicial.”¹²⁹

Neste sentido, se “o termo do consentimento informado ter contemplado os exatos riscos do tratamento” a responsabilidade dos médicos muito provavelmente poderá vir a ser afastada.¹³⁰

A conquista do consentimento reproduz como resultado um direito líquido e certo, promovendo um procedimento mútuo de informações, dessa forma, tanto os médicos quanto os pacientes deverão preservar a boa-fé das informações com a verdade.¹³¹

Cabe ressaltar, que o fato de não haver termo de consentimento entre as partes, não enseja a previsão de culpa do médico responsável quando ocorrer um resultado não desejável. Desta forma, o termo pode caracterizar-se apenas como um documento probatório, agindo de forma a resguardar as partes.¹³²

2.4 DOS DIFERENTES MEIOS DE CONSENTIR

O consentimento na área penal apresenta diferentes peculiaridades, dentre os quais o parâmetro “da capacidade natural de valorar, sendo importante apenas verificar se esse consentimento constitui uma expressão da liberdade de decisão da pessoa”.¹³³

Os consentimentos são divididos em diferentes formas e tipos, para que assim seja classificado o modo como o ofendido realizou ou não seu ato de vontade, podendo resultar o consentimento em um tipo válido ou inválido perante a justiça.¹³⁴ Os Consentimentos são divididos em: Consentimento Presumido, Consentimento Real, Consentimento Tácito, Consentimento Putativo, e Consentimento Expresso.

Cabe ressaltar os tipos de exclusão de qualquer um dos modos de consentimento. O consentimento torna-se inválido quando este é obtido sem a vontade livre do ofendido, quando marcado por defeitos de vontade motivado por engano, violência e erro, pois nestes casos obstrui-se a vontade do ofendido.¹³⁵

Ainda, os consentimentos têm a opção de revogação até a hora de execução do fato, não havendo nenhum tipo de obrigação entre o ofendido e o agente que executará a ação.¹³⁶

Esse tipo de consentimento é definido como “a construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva do consentimento do ofendido, que funciona como causa suprallegal de

¹²⁹ QUINTANA, Trías Octavi. **Materiales de bioética y derecho**. Ed., Barcelona: Cedecs. 1996. p. 164.

¹³⁰ MENEZES, Bruno Selligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos culposos de prática médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010. p. 67.

¹³¹ Id., p. 68.

¹³² Id., p. 83.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, V.1. 4ª Ed. Rev. e atual. E ampliado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 382.

¹³⁴ Id., p. 383.

¹³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 168.

¹³⁶ PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito**. 3ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 158.

justificação da ação típica”. Essa construção normativa não possui uma natureza concreta, estando ela entre o estado de necessidade e o consentimento real.¹³⁷

O consentimento presumido é secundário ao consentimento real, com isso, conclui-se que se houver manifestação do consentimento real pelo portador do bem jurídico, não há o que se presumir; caso não haja manifestação de consentimento real, então poderá ser presumida “a existência objetiva do consentimento do ofendido.”¹³⁸

Juarez Cirino dos Santos, defende em uma de suas obras, assim como *Strafrecht Haft*, que há dois grupos de casos, são eles:

[...] a) o consentimento não foi obtido, mas o ofendido consentiria, se perguntado: por exemplo, cirurgia urgente em vítima inconsciente de acidente (o consentimento não deve ser presumido, se a manifestação da vontade do paciente pode, sem prejuízo, ser esperada); b) o consentimento do ofendido poderia ser obtido, mas é desnecessário: por exemplo, entrar na casa alheia para apagar incêndio (o consentimento não pode ser presumido se o autor conhece vontade contrária do portador do bem jurídico: o proprietário não aceitaria, de modo algum, entrada do autor na casa).¹³⁹

Destaca-se como centro do problema deste tipo de consentimento, o fato de que não há um consentimento real, sua presença é presumida a partir do contexto.

De acordo com os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo, com base na obra de Jescheck, este tipo de consentimento é adotado pela doutrina alemã para encontrar a solução de situações difíceis na área de atuação médica, como por “exemplo: aborto, necessário, em casos de emergência quando a paciente não esteja em condições de manifestar sua vontade.”¹⁴⁰

Cabe ressaltar as diferenças entre o consentimento presumido e o consentimento real. O consentimento presumido do ofendido se separa do real pela dogmática contemporânea, que lhes difere por conferir “efeito excludente da antijuricidade ao consentimento presumido”, no que se refere ao consentimento real, o mesmo é outorgado sob o modo de concordância, “efeito excludente do tipo” e também sob o modo de consentimento, “efeito excludente da antijuricidade”. A tese minoritária e divergente é defendida por Claus Roxin, o qual confere “ao consentimento real unicamente efeito excludente do tipo”, como uma forma do portador do bem jurídico exercer o exercício de liberdade.¹⁴¹

3 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO X DECISÃO HABEAS CORPUS Nº 268.459 – SP

Como visto no capítulo anterior, o consentimento do ofendido é usado como requisito para desvincular o médico de uma possível culpa pelos resultados de um tratamento malsucedido, podendo ser este consentimento explanado de várias formas.

¹³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 169.

¹³⁸ Id., *ibidem*.

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 170.

¹⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 215.

¹⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 165.

No caso desse estudo em questão, houve o consentimento expresso oral da vítima Juliana em não aceitar o tratamento proposto pelos médicos. Porém, a mesma possuía exíguos 13 anos à época do fato. Deste modo, a responsabilidade de consentir ou não foi transferida aos pais da vítima, Hélio e Ildelir, que utilizaram do instituto do consentimento expresso por meio de um termo escrito, além do modo oral, para também negar o tratamento proposto pelos médicos de transfundir sangue em Juliana. Cabe ressaltar que a equipe médica, explicou os riscos, benefícios e resultados de uma recusa ao tratamento antes de Hélio e Ildelir o negarem.¹⁴²

Como forma de proteção, a equipe do Hospital São José elaborou um termo, onde dizia que a responsabilidade pela recusa à transfusão de sangue pertencia aos pais de Juliana, e que esses deveriam arcar com as consequências advindas dessa negativa. Após ter o termo formulado, os médicos esclareceram mais uma vez os fatos a Ildelir, que se negou novamente a consentir, assinando, dessa forma, o termo em que assumia os efeitos da negação.¹⁴³

O documento em questão enquadra-se no termo de consentimento informado expresso, produzido pela instituição do hospital. Porém, este documento assinado pelos pais da adolescente, não foi utilizado por nenhum dos ministros votantes como base para a retirada da culpa dos médicos, pois todos os ministros se colocaram favoráveis a posição de que os profissionais da saúde que atendiam Juliana à época dos fatos, possuíam direito e legitimidade para agir, mesmo contra a vontade dos pais, pelo fato de Juliana ser menor de idade à época dos fatos.¹⁴⁴ Como relata o próprio Código de Ética Médica em seu artigo 22 (com redação atual conferida pela resolução CFM 1931/2009): “em situação de risco iminente de morte, o consentimento do paciente e/ou familiares é prescindível, sobrelevando-se o valor-matriz vida.”¹⁴⁵ Desta forma, o termo de consentimento informado não possuiu efeito para retirar a responsabilidade dos médicos. Cabe ainda, ao caso, citar a resolução CFM nº 1.021/80, esta regula a forma como devem proceder os médicos em casos onde seus pacientes por quaisquer motivos, mesmo de ordem religiosa negam o recebimento de sangue.¹⁴⁶

A resolução conclui que quando há recusa na permissão da transfusão de sangue, o médico deve seguir a seguinte conduta:

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 3-4. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 4. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴⁴ Id., p. 26-38.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2014. Art. 22. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴⁶ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 3ª Ed., Rev., atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 41.

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade de seus pacientes ou de seus responsáveis. 2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

O que procuramos, todavia, é a resposta acerca da responsabilidade dos pais de Juliana sobre a sua negativa ao tratamento da própria filha e o resultado morte.

Os dois ministros discordantes defenderam suas teses, no que se refere a culpabilidade de Hélio e Ildelir. Ambos apresentaram doutrinas e jurisprudências para consolidar seus entendimentos. Acontece que em algumas explanações foram utilizados os mesmos códigos e doutrinadores, porém, com interpretações diferentes em suas citações. Como no seguinte artigo da Constituição Federal:

Art. 227: é dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁴⁷

Neste argumento, a ministra Maria Thereza interpretou que não é apenas dever da família zelar pelo direito à vida e à saúde das crianças e adolescentes, e sim também é dever do Estado e da sociedade, passando a eles a incumbência da tomada de decisão no caso de Juliana, quando da negativa da autorização dos pais. Com esta possibilidade de decisão por “outros”, passariam os pais a não ter responsabilização pelo fato.¹⁴⁸

Já o ministro Rogério Cruz interpretou este artigo como sendo dever de cada um deles (não retirando a parcela de culpa dos médicos, do Estado e da sociedade), mas destacando a parcela de dever dos pais de Juliana em assegurar a ela, com prioridade, o direito à vida e a saúde. Não havendo esta atitude, eles também deveriam ser punidos pelo descumprimento do artigo.¹⁴⁹

A Ministra Maria Thereza baseou-se no princípio do direito fundamental de liberdade de crença, junto com o princípio da Bioética de respeito e autonomia das crenças. Rogério Cruz, por sua vez, defendeu o entendimento de não caber ao caso, pois já haviam esgotado as alternativas que salvariam Juliana, devendo permanecer o direito fundamental da vida, pois, em casos onde haja colisão de princípios deve-se utilizar-se da ponderação de bens e de direito. Ainda, sustentou como tese o fundamento do Ministro Gilmar Mendes em uma das decisões sobre o caso, onde este defende que é o

¹⁴⁷ BRASIL, legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 26. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁴⁹ Id., p. 37.

Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, e que deve ser respeitado o princípio da dignidade, onde crianças, adolescentes e idosos devem ser protegidos em seus direitos.¹⁵⁰

Ainda no que se refere ao argumento de Maria Thereza, Rogério Cruz sustentou que a Ministra não citou todo o princípio da Bioética sobre respeito e autonomia de crenças, omitindo a parte em que fala que o respeito e a autonomia das crenças devem ser considerados desde de que não constituam ameaça a outras pessoas ou à coletividade. Portanto, este princípio da Bioética não caberia à Hélio e Ildelir, pois suas opções de crença interferiram na vida de outra pessoa, esta, no caso, incapaz civilmente de decidir.¹⁵¹

No que se refere a colisão de princípios de direitos fundamentais, em decisão semelhante julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o Desembargador Relator Cláudio Baldino Maciel citou o fato da Constituição Federal não fazer diferença quanto a dimensão da proteção do direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença. Trazendo o esclarecimento de que o direito à vida “não é valor super - preponderante” sendo ele uma premissa para a execução dos demais direitos, porém, não fazendo dele inalterável “quando em conflitante com os demais valores fundamentais da Carta Magna”.¹⁵²

Nesta mesma decisão o Desembargador Cláudio Maciel citou ainda, o mesmo argumento utilizado pela Ministra Maria Thereza e pelo Ministro Rogério Cruz em suas teses, sendo ele o fato de já haver apreciação de casos similares pela doutrina e jurisprudência estrangeira. Cláudio Maciel expôs que deve prevalecer o entendimento majoritário nas jurisprudências estrangeiras, de que sendo o paciente maior de idade e capaz, pode ele recusar-se ao tratamento proposto e optar por realizar um meio alternativo de cura, mesmo este podendo provocar um perigo maior à sua vida.¹⁵³

Vê-se que o caso tratado pelo Desembargador do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, trata-se de uma situação muito semelhante a de Juliana, porém, consiste em uma paciente já maior de idade. Dessa forma o magistrado defende a opção de escolha da paciente em não submeter-se a transfusão de sangue, porém, faz a ressalva de que apesar de escassa a jurisprudência pátria no assunto, é dominante a posição de que em casos em que o paciente for menor de idade, passa a ser responsabilidade do Poder Judiciário decidir sobre o tratamento a ser aplicado, sobrepondo a vontade

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 26-39. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 43. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível, Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel. 2009. p. 6. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁵³ Id., ibidem.

dos pais e autorizando o procedimento médico mais indicado para o caso, até que a paciente adquira capacidade para decidir por si.¹⁵⁴

Voltando a tese sustentada pela Ministra Maria Thereza em seu voto, esta utilizou-se do fundamento de que os Testemunhas de Jeová, assim como todos, possuem o direito à vida com dignidade, e que para eles, esta dignidade se perderia caso recebessem o sangue de outra pessoa em seus corpos.¹⁵⁵ Quanto a este fundamento, cabe referir a lição de Franklin Leopoldo e Silva, este cita o procedimento de alcance do consentimento informado, em seu ensinamento ele traz a necessidade do diálogo com o paciente, ressalta que informar representa respeito à dignidade do paciente, assim como “reconhecimento do paciente”, “reconhecimento da autonomia, da liberdade do sujeito que se afirma sobre a fragilidade que a doença e a morte testemunham”, Franklin defende o direito das pessoas de responderem por si aos desafios lançados para si próprios.¹⁵⁶

Ainda no que diz respeito à dignidade do ser humano, podemos citar o posicionamento de Igor Sarlet, onde a dignidade da pessoa humana é uma característica “integrante e irrenunciável da condição humana”, devendo ela ser respeitada quando manifestada, em favor da própria vida, de forma singular, consciente e responsável.¹⁵⁷

Vale salientar a importância do respeito à dignidade. Na lição de Franklin Leopoldo e Silva:

Se o diálogo inclui o respeito à dignidade do paciente, ele expressa também o reconhecimento do paciente, ele expressa também o reconhecimento da autonomia, da liberdade do sujeito que se afirma sobre a fragilidade que a doença e a morte testemunham. Autonomia expressa a essência humana como liberdade de escolha; antes de tudo a possibilidade de optar em relação a tudo o que diga respeito à própria pessoa. A opção responsável é o exercício do direito inerente a todo ser humano de responder por si mesmo aos desafios da existência, isto é, de dominar, pela razão e pela vontade, o curso de sua própria história. Mesmo que o acontecimento escape ao controle da mente e do livre-arbítrio, a pessoa poderá sempre compreendê-lo e tomar posição frente a ele, ainda que esta compreensão seja o entendimento da fatalidade àquilo que a sobrepuja.

Em que sentido o paciente tem o direito de decidir? Na relação terapêutica habitual, o médico detém o privilégio do conhecimento daquilo que é melhor para o paciente. **Ainda assim, a administração de terapêuticas está, em princípio, sujeita ao acordo do paciente, de seus familiares e dos eventuais responsáveis.** Para obter o necessário consentimento, o médico transmite ao interessado a informação pertinente, assegurando-se de que a resposta estará condicionada ao correto entendimento da informação. [...] É evidente que esta interpretação se aplica aos casos

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível, Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Claudio Baldino Maciel. 2009. p. 6. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 01 set. 2015.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 27. Acesso em 01 set. 2015.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível, Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Claudio Baldino Maciel. 2009. p. 13. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice. **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed.rev.ampl. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 154.

em que o paciente tem condições de decidir a partir de julgamento suficientemente lúcido baseado em capacidade reflexiva.¹⁵⁸

Neste caso, é importante ressaltar que a tese da Ministra Maria Thereza no que se refere a vida com dignidade, possui fundamento e amparo doutrinário, porém, estes se voltam para decisões tomadas que influam apenas a pessoa que consente, não a terceiros.

Destarte, apesar do conceito de dignidade da pessoa humana estar em constante evolução, a doutrina majoritária apoia a autonomia e o direito de autodeterminação da pessoa. Desta forma, as pessoas possuem o direito de escolherem o que querem para si, restando ao judiciário definir apenas em casos de pessoas incapazes e inconscientes.¹⁵⁹

Outro ponto relevante apontado pela Ministra relatora Maria Thereza em seu voto favorável aos réus, é o fato de que os médicos possuíam a posição de garantia no momento da morte de Juliana, sendo eles exclusivamente responsáveis por não terem aplicado o tratamento que salvaria a vida da vítima.¹⁶⁰ Neste ponto, Rogério Cruz argumentou que houve conflito de interesses entre as partes (médicos e pais da vítima) o que levou a descaracterização da posição de garantia dos médicos, passando a possuir, após a morte de Juliana, a responsabilidade concorrente dos fatos.¹⁶¹

No que se refere a posição de garantia que os médicos possuem sobre os seus pacientes, existem diversas doutrinas esclarecedoras, além de artigos e jurisprudências sobre o assunto. Entre estes cabe destacar o artigo de Vinicius Sporleder de Souza, onde ele conceitua a posição ou situação de garantia:

Os garantes ou garantidores são um grupo restrito de agentes escolhidos pelo legislador que têm especial relação de proteção com bens jurídicos alheios, devendo garantir a não ocorrência de um resultado que os lese ou os ponha em perigo.¹⁶²

A lei padroniza as possibilidades legais em que se passa a possuir a forma de garantidor. São elas:¹⁶³

¹⁵⁸ Direitos e Deveres do Paciente Terminal, *in* **Revista Bioética**. Vol. 1, N. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1993. P. 141-142.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível, Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Claudio Baldino Maciel. 2009. p. 14. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 27. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 41. Acesso em: 01 set. 2015.

¹⁶² BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal. Apud. Artigo **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais**. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7.

¹⁶³ Artigo **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais**. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7.

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.¹⁶⁴

A doutrina majoritária defende a limitação das possibilidades em que o médico se qualifica como garantidor, devendo ser caracterizada a garantia apenas nos casos em que a equipe médica esteja de fato atribuída ao tratamento de determinado paciente e em casos que “o paciente esteja nas mãos do médico”.¹⁶⁵

Desta forma, no que cabe ao caso motivo deste estudo, fica claro a posição de garantia da equipe médica com a vítima na noite de sua morte. O fato de haver conflito de interesses entre os médicos e os pais de Juliana não fazem daqueles livres da posição de garantidores.¹⁶⁶

De fato, a atitude dos médicos em não realizar o tratamento, gerou um crime de omissão imprópria por parte deles, porém, apesar de eles serem garantes à época do crime (diferente do que argumentou Rogério Cruz), não restou caracterizada a responsabilidade exclusiva (como defendeu a ministra Maria Thereza), pois estes não agiram sozinhos na decisão de não realizar o tratamento.¹⁶⁷

Em relação a matéria penal, pode-se dividir as normas em proibitivas e imperativas, estas respectivamente proíbem o agente de agir e estabelecem que haja uma ação positiva por parte de alguma pessoa. Dessa forma, a conduta punível se caracteriza por dois meios, a partir de uma omissão ou de uma ação. A dogmática penal ainda divide os crimes omissivos em próprios e impróprios.¹⁶⁸

Cabe, com isso, trazer o conceito de omissão imprópria para melhor compreensão dos fatos.

A omissão é caracterizada quando viola-se as normas imperativas, formando assim a base do crime omissivo, portanto, trata-se de crime omissivo a falta de ação do agente que deveria e que poderia fazer algo para salvar alguém.¹⁶⁹

O crime omissivo impróprio, se diferencia do próprio, por ser crime material, onde necessita que haja a conjuntura de uma consequência natural, para que este seja consumado, neste caso não cabe ao agente apenas a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para que o resultado seja evitado. Por não haver tipologia própria para os crimes omissivos, os mesmos enquadram-se nos tipos comissivos, desta

¹⁶⁴ Artigo **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais**. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7.

¹⁶⁵ Id., p. 8.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 27-41. Acesso em: 03 set. 2015.

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 27-41. Acesso em: 03 set. 2015.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal** São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2 .p. 216 e ss.

¹⁶⁹ Artigo. **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais**. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 6.

forma também são chamados de crimes comissivos por omissão.¹⁷⁰ Esta modalidade de omissão compreende o disposto no artigo 13, §2º do Código Penal, onde são separados por partes em: “a) abstenção da conduta que a norma impõe; b) a ocorrência do resultado em decorrência da omissão; c) a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir”.¹⁷¹

Cabe citar a elucidação de Paulo Vinicius Sporleder no que cabe ao terceiro ponto disposto no Código Penal (a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir), onde o autor ressalta que “nos crimes omissivos impróprios o dever legal de agir para impedir o resultado deriva da posição ou situação de garantia.”¹⁷²

Bitencourt cita como exemplo de crime omissivo impróprio, casos em que os médicos possuem a obrigação legal de impedir um resultado que traga lesões a vida e a saúde do paciente, e não o fazem. Assim, quando o profissional de saúde se omite no âmbito de seu trabalho, acaba por responder diretamente pelos resultados ocasionados, o que acontece devido a posição de garantia que possui.¹⁷³

Cabe ressaltar que o Ministro Rogério Cruz salientou em seu voto a tese de que caberia aos pais de Juliana a imputação do crime de omissão imprópria, e não de homicídio doloso conforme foi recebido na denúncia.¹⁷⁴

Como já apontado neste capítulo, havia a condição de garantia concorrente entre os pais de Juliana e os médicos responsáveis pelo caso. Desta forma, analisando as condições para a imputação do tipo omissivo/comissivo por omissão, vê-se de fato caracterizado todos os pontos que justificariam a interposição deste no lugar de homicídio doloso. Cabendo, assim, não só aos médicos, como já havia sido concluído, mas também a Hélio e Ildelir a responsabilidade por Juliana.¹⁷⁵

Conclusão

O presente estudo de caso proposto, teve como objetivo compreender a decisão tomada e os argumentos utilizados pelos ministros Maria Thereza de Assis Moura e Rogério Schietti Cruz. Decisão esta que dividiu opiniões a partir de sustentações em prol da liberdade religiosa e autonomia do paciente versus o direito fundamental “vida”, sendo, neste caso, uma escolha que imputaria seus resultados na vida de uma criança.

¹⁷⁰ Artigo. **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais.** Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7-8.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar. Tratado de direito penal. Apud, artigo **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais.** Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7.

¹⁷² Artigo **O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais.** Paulo Vinicius Sporleder de Souza. p. 7.

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2 . p. 236 e ss.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**, da 6ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. p. 53-54. Acesso em: 03 set. 2015.

¹⁷⁵ Id., p. 53-56.

Nesse sentido, procedeu-se inicialmente uma apresentação e descrição do cenário em que começou o caso, com a baixa de uma paciente menor de idade, pertencente a uma família praticante da religião Testemunhas de Jeová, no hospital São José, em São Paulo. Os pais da paciente buscavam auxílio dos médicos na cura de sua filha, porém, sem a possibilidade de aceitarem qualquer tipo de tratamento que envolvesse transfusão sanguínea, sustentados por convicções religiosas.

Neste dilema criado, referente ao tratamento da paciente incapaz, e em iminente risco de morte, que no caso em questão veio a falecer poucas horas depois da negativa do tratamento proposto, expôs-se resumidamente, como pensam os adeptos desta religião, contando de forma breve a história de sua criação e sua explosão de seguidores em poucas décadas. Destacou-se ainda como este grupo, Testemunhas de Jeová, gostam de ser intitulados. Estes desprezam o título de seita religiosa, justificando esse desprezo pelo fato de não se enquadrarem nas características que a formam.

Neste diapasão, a procura de respostas para o problema proposto, fez com que este estudo rumasse para uma pesquisa interdisciplinar, onde o direito penal, sozinho, não consegue mais responder a todas as questões em seu âmbito, que surgem com as recentes evoluções da ciência; ao passo em que a bioética ainda está caminhando para solucionar as questões trazidas pela atualidade, entre elas a questão do consentimento nos conflitos médicos.

Desta forma, destacaram-se os ensinamentos do consentimento no âmbito do direito penal e logo após os ensinamentos provenientes do contemporâneo instituto da bioética. Concluindo que o termo do consentimento esclarecido da bioética, tem total capacidade para agir como o consentimento do ofendido, da dogmática penal.

Cabendo ressaltar, porém, que o termo do consentimento informado, possui um papel exclusivamente probatório, pelo fato de sua inexistência não caracterizar qualquer hipótese de culpa do médico, mas sua existência retratar ter sido consentido, ou negado o procedimento proposto.

Dentro do estudo do instituto do consentimento da bioética, foram elencados os diferentes meios de consentir, definindo as características de cada forma de consentimento informado.

No caso proposto por esse estudo, cabe ressaltar, que o termo de consentimento informado assinado pelos pais da paciente não foi relevante para o julgamento final do processo. Sendo o termo do consentimento, um documento probatório desqualificado para determinar um caso com tamanha complexidade de resolução.

Em relação as decisões dos ministros discordantes no Habeas corpus motivo deste estudo, elencaram-se seus argumentos no capítulo final. Utilizando outras decisões encontradas na jurisprudência (procurando sempre a majoritária), assim como outros conceitos da doutrina, para tornar os leitores deste trabalho, aptos a compreender se a decisão aplicada ao caso foi de fato a mais acertada.

Ressaltou-se ainda as principais diferenças do instituto do consentimento no âmbito penal e do instituto do consentimento da bioética, ficando desta forma mais clara a compreensão de seus conceitos e suas origens na história, sempre os relacionando ao caso estudado. Destacando, que no caso em questão, o poder de consentir não pertencia a paciente, por esta possuir apenas 13 anos de idade.

No que se refere ao direito do paciente civilmente capaz e o direito do representante legal do civilmente incapaz, quanto a autonomia de escolha para um determinado tratamento, há que se fazer a ressalva, de que esse contexto muda quase que em sua totalidade as respostas dos doutrinadores e da jurisprudência a respeito.

Aqui, portanto, expôs-se uma breve análise acerca das possíveis consequências jurídicas aos médicos que deixam de realizar os procedimentos por falta de consentimento dos pacientes, e até que ponto o profissional de saúde precisa respeitar o desejo pessoal e as convicções religiosas do enfermo para ver-se livre da responsabilidade médica.

Descobriu-se dominante o entendimento de que quando se estiver tratando de criança ou incapaz, como estes não possuem condições de consentir, há o dever do médico de atuar para salvar a vida deles, de modo que, se o profissional não agir, ficará caracterizado crime de omissão impróprio, sendo imputado ao profissional de medicina o resultado decorrido, e não a mera conduta omissiva. Desta forma, o médico tem legitimidade para decidir em uma situação de emergência, quando houver risco iminente da morte do incapaz, qual o melhor tratamento a ser adotado e, por conseguinte, aplicá-lo no paciente. Por outro lado, tratando-se de pacientes maiores e capazes, a situação toma nova forma, de modo que o paciente passa a possuir total autonomia para decidir por si, sendo que a decisão do profissional não poderá superar a do paciente.

Em suma, cabe ressaltar que a conclusão resultante deste estudo de caso, é de que, apesar do caso apresentado exigir respeito à opção religiosa dos representantes legais da paciente e da própria enferma, e de que os pais provenientes da negativa da transfusão já terem passado pela angústia acarretada de um processo que se estendeu por mais de vinte anos, não poderia se eximir os pais de Juliana por completo de uma responsabilidade penal, como ocorreu no caso. Pois, eximindo-os de responsabilidade, o judiciário, de certa forma, aceitou que os adeptos a religião Testemunhas de Jeová, em situações próximas semelhantes, não autorizem transfusões sanguíneas necessárias a seus filhos menores de idade, o que pode causar aos médicos uma dificuldade ainda maior quando deparados com este tipo de situação no futuro, além de muito provavelmente, blindar os pais, mesmo com a morte de seus filhos, de consequências jurídicas resultadas de suas decisões e das respectivas implicações.

REFERÊNCIAS

1. Livros, artigos e periódicos

A **Sentinel** (edição de estudo) maio de 2014. Disponível em:<http://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/w20140515/obra-da-colheita-no-brasil>.

Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de Sangue? Artigo publicado pelos seguidores. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue>.

ANDRADE, Manuel da costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Ed., Coimbra: Coimbra Ed, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. Direitos do Paciente. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

BARROSO, Luis Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová**: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. P. 31 e ss.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **Capacidade Jurídica E Consentimento Informado**: Bioética. V.12, Nº 1. Ed., Brasília: Conselho Federal De Medicina, 2004. P. 103-108.

BEAUCHAMP, Tom L e CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 2. P. 216 e ss.

CASTRO. Eduardo Goes de. **A Torre sob Vigia – As testemunhas de Jeová em São Paulo**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, 2007.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. 2ª ed. Ed., Porto Alegre: EDIPUCRS. 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo, **Direito Penal**, Parte Geral. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

Direitos e Deveres do Paciente Terminal, *in* **Revista Bioética**. Vol. 1, N. 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1993.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentário ao Código Penal**. Vol I. Art. 11 ao 27. P. 697.

Jornal El Pais: www.elpais.com.uy, consultado em 16/01/2014. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

Jornal Telegraph: www.telegraph.co.uk, consultado em 05/07/2015. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

Jornal The Guardian: www.theguardian.com, consultado em 16/01/2014. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Crença e a Objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Responsabilidade Médica diante da Recusa de Transfusão de Sangue. São Paulo: Ed. Nelpa, 2009. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. 3º V. Ed., Madrid: Hijos de Reus, 1917-1927. P. 245-246.

MENDES, Gilmar. A Constituição de 1988 na Visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

MENEZES, Bruno Selligman de. **O Consentimento do Ofendido nos Injustos Culposos de Prática Médica**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2010

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Parte General. Ed., Buenos Aires: Bibliografía Argentina. 1959

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: na Teoria do Delito. 3. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral, V.1. 4ª Ed. Rev. e atual. E ampliado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

QUINTANA, Trías Octavi. **Materiales de bioética y derecho**. Ed., Barcelona: Cedecs. 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**, V. II, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Relatório da Reunião Anual de 2014 dos Testemunhas de Jeová. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/atividades/eventos/relatorio-reuniao-anual-2014>.

ROUTH, E. C. **Quem são eles?** 3ª ed. Rio de Janeiro: Casa Publ. Batista. 1965.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Ed., Madrid: Civitas. 2006.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal. Trad. Luís Greco. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice. **Dimensões da Dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev., amplia. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SOMMER, Werner B. **Por que deixei de ser Testemunha de Jeová**. Porto Alegre: Gráfica Mar. 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

2. Fontes Jurisprudenciais e Legislações

BRASIL. Conselho Federal de Medicinal. **Código de Ética Médica**: resolução CFM nº 1.021, de 26 de setembro de 1980. Rio de Janeiro, 1980. Conclusão. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm.

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

BRASIL, legislação. Código Penal, Lei 7.209/1984. Apud, op. cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

BRASIL, Legislação. Conselho Federal e Medicina. Resolução 1.995/2012. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

BRASIL, legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Apud, op. Cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

BRASIL, legislação. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990. Apud, op. cit., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-Corpus n.º 268.459 – SP (2013/0106116-5)**.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1035346 – SP**. Relator: Ministro Francisco Falcão. São Paulo, 24 de março de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70032799041**. Décima Segunda Câmara Cível, Comarca de Caxias do Sul. Relator: Desembargador Claudio Baldino Maciel. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Despacho**, 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente. São Paulo, 11 de março de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=RL000A08J0000>.