

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GIOVANNA MAIER SANTOS

**A EVENTUAL RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO FRENTE AO
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE**

CURITIBA

2018

GIOVANNA MAIER SANTOS

**A EVENTUAL RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO FRENTE AO
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, no Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Guilherme Oliveira de
Andrade**

CURITIBA

2018

GIOVANNA MAIER SANTOS

**A EVENTUAL RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO FRENTE AO
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba,
pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

Professor Guilherme Oliveira de Andrade

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade o estudo da íntima relação entre as ciências médicas e o Direito, com enfoque nas áreas do Biodireito e do Direito Penal. Analisa-se, para tanto, os princípios norteadores da Bioética e sua influência na relação médico-paciente, bem como os limites da autonomia da vontade e disposição sobre o próprio corpo nos casos em que o direito às liberdades individuais entram em confronto com os direitos indisponíveis, como a vida. Procura-se, principalmente, encontrar respostas legais a situações em que o profissional da saúde se depara com a recusa de tratamento por paciente ou escolha de método diverso daquele indicado, fazendo menção a casos específicos como os de pacientes terminais e Testemunhas de Jeová, a fim de esclarecer, à luz do Biodireito, do Código de Ética Médica, do Código Penal e da Constituição Federal de 1988, a quais sanções está – ou não - sujeito o ato médico em tais situações.

Palavras-chave: medicina legal, biodireito, direito penal, autonomia da vontade, morte digna, direito à vida, paciente terminal, Testemunha de Jeová

SUMÁRIO

RESUMO	3
1 INTRODUÇÃO	5
2 DO BIODIREITO	7
2.1 A MEDICINA LEGAL	8
2.1.1 A relação médico-paciente	9
2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ÉTICA BIOMÉDICA	10
2.2.1 O Relatório de Belmont	10
2.2.2 A Declaração Universal Sobre Bioética E Direitos Humanos, Unesco – 2005	11
2.2.3 Princípio da Autonomia	12
2.2.3.1 O Consentimento Livre e Esclarecido	14
2.2.3.2 Exceções à obrigatoriedade de obtenção do consentimento esclarecido	18
2.2.3.3 Validade da manifestação de vontade do paciente e os direitos de personalidade.....	20
2.2.4 Princípio da Beneficência	22
2.2.5 Princípio da Não-Maleficiência	23
2.2.6 Princípio da Justiça	24
2.3 O BIODIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	25
2.3.1 A dignidade da pessoa humana	25
2.3.2 A inviolabilidade da vida humana	28
2.3.2.1 O direito à morte digna frente à inviolabilidade da vida humana	30
2.3.3 O direito à saúde	31
2.3.4 O direito à crença	33
3 DO DIREITO PENAL	36
3.1 TIPOS PENAIIS APLICÁVEIS À ESFERA MÉDICA	36
3.1.1 Dos crimes próprios	37
3.1.1.2 Violação do segredo profissional.....	37
3.1.1.3 Omissão de notificação de doença	40
3.1.1.4 Exercício ilegal da medicina	41
3.1.1.5 Falsidade de atestado médico.....	43
3.1.2 Dos crimes comuns	45
3.1.2.1 Omissão de socorro	45
3.2 O DIREITO DO PACIENTE AO PRÓPRIO CORPO E A EVENTUAL RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO.....	48
3.2.1 O tratamento do paciente terminal	49
3.2.1.1 Eutanásia	50
3.2.1.2 Ortotanásia.....	52
3.2.2 O tratamento da Testemunha De Jeová.....	54
4 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Não obstante o Direito e a Medicina muitas vezes sejam vistos como pontos isolados em um sistema, com todos os avanços notórios no campo das ciências médicas, e diante do leque de posturas a serem tomadas por um profissional da saúde diariamente no exercício da profissão, faz-se necessário um avanço das ciências jurídicas. Nesse sentido, expõe Genival Veloso de França:

À proporção que o Direito e a Medicina foram evoluindo, surgiram inevitavelmente certos pontos de contato, havendo necessidade de criar-se uma nova ciência. Então, surgiu a Medicina Legal, que, entre outras coisas, se propõe a explicar a um e a outra determinados aspectos que interessam sobretudo ao equilíbrio e à harmonia da vida social.¹

O Direito Médico, seja pela perspectiva cível ou penal, traz em sua essência a obrigação de zelar pela saúde e integridade física de pacientes. Desta forma, de maneira direta ou indireta, as obrigações legais e éticas de médicos entram em atrito com os interesses particulares de cada paciente. Com a garantia de liberdade de escolha do indivíduo e a autonomia sobre o próprio corpo, muitas vezes médicos se encontram no conflito entre agir de acordo com seu dever ético e legal de zelar pela vida, saúde e integridade física de seus pacientes, ou agir de acordo com a vontade dos mesmos, ainda que isso implique em piores e, muitas vezes, irreversíveis, resultados clínicos. Diante destas situações, muitas vezes inéditas e vitais, em que a lei venha a ser omissa, justifica-se uma análise aprimorada das consequências legais decorrentes de cada postura a ser tomada na relação médico-paciente.

No próximo capítulo do presente trabalho, será feita uma introdução às ciências médicas e aos princípios norteadores da relação médico-paciente, ressaltando, também, os artigos do atual Código de Ética Médica mais

¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

relevantes ao tema estudado. Ainda, será realizado um estudo aprofundado do Biodireito e sua relação com a prática médica e com princípios constitucionais, principalmente no que concerne à manifestação e validade da vontade do paciente.

No capítulo seguinte, referente à aplicação do Direito Penal na relação médico-paciente, discorrer-se-à acerca dos crimes comuns e próprios, de ação e omissão decorrentes do exercício da Medicina. Ainda, será feita uma análise da responsabilidade penal do médico em situações específicas de recusa de tratamento ou escolha de método diverso daquele indicado, citando-se os casos de pacientes terminais e Testemunhas de Jeová.

2 DO BIODIREITO

Para melhor elucidação do estudo do Biodireito, faz-se necessária uma análise prévia do conceito histórico de Bioética. O termo “bioética” surgiu em 1971, através do médico americano Van Rensseleder Potter em sua obra *Bioethics: a Bridge to the future*, ao defender a necessidade de uma união entre os valores morais decorrentes da ética humana, e os novos fatos, decorrentes do aprimoramento das ciências tecnológicas à época, a fim de que se visse a vida como um conjunto destes fatores e assim evitasse a degradação das condições de vida humana, bem como do meio ambiente². Desta forma, visava-se preservar o futuro da humanidade, impedindo que os avanços científicos prejudicassem a evolução humana e o equilíbrio do ecossistema.

Tal conceito, no entanto, dissoa do atual. Proposto por André Hellegers, fundador do *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, na Universidade de Georgetown, o sentido dado à Bioética passou a ser a ética das ciências da vida³, sendo, assim, uma ética biomédica. Atualmente, portanto, referida ciência traz uma perspectiva ética aos progressos na área da saúde, assumindo também um compromisso com a biodiversidade do meio ambiente.

Neste vértice, o Biodireito surgiu diante da necessidade de um estudo jurídico da Bioética e destes avanços científicos, visando resguardar os Direitos Fundamentais de cada indivíduo. Assim, verifica-se a coexistência e a direta vinculação entre a ciência da vida e do direito, conforme expôs Maria Helena Diniz, em sua obra “O Estatuto Atual do Biodireito”:

Assim, a bioética e o biodireito caminham “pari passu” na difícil tarefa de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as

² DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. 58 p. (Passo-a-passo ; 55) – p. 7

³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 – p. 9

“ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e terrível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.⁴

2.1 A MEDICINA LEGAL

O estudo das ciências médicas, no presente trabalho, terá como enfoque a relação médico-paciente e suas implicações legais. Com a garantia de liberdade de escolha do indivíduo e a autonomia sobre o próprio corpo, muitas vezes médicos se encontram no conflito entre agir de acordo com seu dever ético e legal de zelar pela vida, saúde e integridade física de seus pacientes, ou agir de acordo com a vontade dos mesmos, ainda que isso implique em piores e, muitas vezes, irreversíveis, resultados clínicos. Diante destas situações, muitas vezes inéditas e vitais, faz-se necessária uma análise aprimorada das consequências legais decorrentes de cada postura a ser tomada na relação médico-paciente.

O Novo Código de Ética Médica entrou em vigor em 13 de abril de 2010, revogando assim aquele elaborado em 1988⁵. Da análise de seus princípios fundamentais, elencados já no primeiro capítulo do livro, é possível extrair que o Código adota uma postura extremamente humanista e solidária, bem como preza pela autonomia e liberdade profissional do médico.

Dentre os deveres do médico, ressalta-se a sua obrigação em prestar a informação adequada ao enfermo, esclarecendo quanto ao seu diagnóstico, prognóstico, aos riscos e objetivos do tratamento, salvo quando tal comunicação direta possa lhe provocar dano (art. 34 do Código de Ética Médica). Tal excessão decorre do respeito ao princípio da beneficência ou não-maleficência, conforme veremos no decorrer do presente estudo.

⁴ DINIZ, 2009, p. 8

⁵ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: 08 de set. 2017

É de importante análise, também, o artigo 31, que proíbe o médico de agir em desacordo com a vontade do enfermo ou de seu representante legal acerca da execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte, respeitando assim seu direito à autonomia de vontade.

2.1.1 A relação médico-paciente

A Medicina, ao longo do tempo, vem passando por constantes mudanças e alcançando avanços inquestionáveis. Os resultados obtidos na área da saúde, que antes eram limitados, hoje se mostram irrestritos, abstratos e indefinidos, diante do surgimento constante de novas tecnologias e meios de tratamento de pacientes e doenças. Desta forma, junto aos avanços das ciências médicas, o Direito e a Sociedade também evoluíram, trazendo com eles a exigência social de respeito aos direitos individuais. Hoje, portanto, a relação médico-paciente se mostra, muito mais que uma relação de confidencialidade, um contrato de confiança, em que o objeto consiste na proteção dos bens jurídicos mais relevantes ao indivíduo e ao Direito atual: a vida, a saúde e a dignidade humana.

Atualmente, a relação-paciente basea-se na premissa de que o enfermo tem plena ciência de seus direitos no âmbito médico⁶. Sobre o assunto, a autora Maria Helena Diniz esclarece que:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são o da beneficência e não-maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos.⁷

⁶ FRANÇA, 2017, p. 10

⁷ DINIZ, 2009, p. 632

Os princípios aos quais se refere a autora, quais sejam, o da beneficência e não-maleficência, da autonomia e do consentimento livre e esclarecido, são norteadores da Bioética, e serão minuciosamente analisados e no capítulo seguinte, referente ao Biodireito.

2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ÉTICA BIOMÉDICA

2.2.1 O Relatório de Belmont

O período em que se deu a Segunda Guerra Mundial trouxe à população uma preocupação coletiva quanto à proteção dos direitos básicos de cada indivíduo. Os experimentos científicos realizados em seres humanos na época, executados principalmente nos campos de concentração nazistas, foram severamente questionados pela sociedade e, em virtude disso, instaurou-se um julgamento a médicos e pesquisadores alemães, a fim de se analisar suas responsabilidades por pesquisas abusivas, julgando-os, para tanto, como criminosos de guerra⁸, no Tribunal de Nuremberg, em 1947. Assim, criou-se o Código de Nuremberg⁹, o qual estabeleceu dez princípios a serem aplicados no julgamento dos envolvidos, com o intuito de garantir que as pesquisas em seres humanos fossem feitas de maneira ética.

Posteriormente, a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental, instituída pelo Governo norte-americano em 12 de julho de 1974, indentificou os princípios éticos

⁸ DA COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo. **Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1639/tribunal-de-nuremberg>> Acesso em: 04 de set. 2017

⁹ VERDAN RANGEL, Tauã L. **Código de Nuremberg**: a construção histórica da pesquisa com seres humanos. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,codigo-de-nuremberg-a-construcao-historica-da-pesquisa-com-seres-humanos,37725.html>> Acesso em: 04 de set. 2017

básicos aplicados na pesquisa em seres humanos¹⁰, e resultou no Relatório de Belmont, divulgado em 1978, e a partir do qual Tom Beauchamp e James Childress publicaram a obra “Princípios da Ética Biomédica”, estabelecendo a base da teoria bioética mais importante atualmente, o princípalismo¹¹.

O mencionado Relatório dispõe dos três princípios morais fundamentais à Bioética, e a serem seguidos pelos profissionais da área de saúde, quais sejam, o da autonomia, o da beneficência, e o da justiça, além do princípio da não-maleficência, que passou a compor o conjunto de fundamentos éticos em 1979¹², devido às influências da doutrina kantiana no estudo da Bioética.

Em suma, o princípio da autonomia trata do respeito à liberdade individual de escolha do paciente; o da beneficência, do dever do médico de agir em prol do bem-estar do enfermo, sendo o da não-maleficência um desdobramento deste último¹³; e o da justiça, da necessidade de um tratamento igualitário aos pacientes, na medida de suas igualdades.

2.2.2 A Declaração Universal Sobre Bioética E Direitos Humanos, Unesco – 2005

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO, publicada em 2005, recepcionou a teoria princípalista introduzida pelo Relatório de Belmont, reconhecendo, em síntese, a necessidade de se atribuir uma perspectiva ética aos avanços tecnológicos das ciências, e objetivando em sua essência o respeito à dignidade humana e às liberdades individuais, consoante se verifica em alguns de seus artigos principais:

¹⁰ DE OLIVEIRA, Paulo Henrique; DOS ANJOS FILHO, Roberio Nunes. **Bioética e Pesquisa em Seres Humanos**. Publicado em jan/dez de 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347>> Acesso em 05 de set. 2017

¹¹ DALL'AGNOL, 2005. – p. 7

¹² SILVA, Jose Antonio Cordero da; DIAS, Ana Caroline Sobrinho; MACHADO, Andressa Abnader; FONSECA, Raissa Magalhães de Mendonça; MENDES, Ricardo dos Santos. **A importância da autonomia como princípio bioético**. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0101-5907/2012/v26n2/a3211.pdf>> Acesso em 06 de set. 2017 – p. 2

¹³ DINIZ, 2009 – p. 15

Artigo 2. A presente Declaração tem os seguintes objetivos:

(...)

(c) contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos;

(d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais;

(...)

Artigo 3. Dignidade humana e direitos humanos

1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados;

2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Artigo 4. Efeitos benéficos e feitos nocivos

Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhe estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos directos e indirectos para os doentes, as participantes em investigações e os outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afectar esses indivíduos.

Artigo 5. Autonomia e responsabilidade individual

A autonomia das pessoas do que diz respeito à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.¹⁴

Assim, com o amparo dado pela Declaração ao principialismo, pode-se dizer que os princípios bioéticos se solidificaram nas ciências médicas, orientando as condutas dos profissionais da área de saúde no tratamento de pacientes e delimitando qual fator deverá preponderar em casos de conflitos de interesses, conforme será exposto nos tópicos seguintes.

2.2.3 Princípio da Autonomia

¹⁴ UNESCO. **Declaração universal sobre direitos humanos.** Adaptada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005, pela 33 sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em: 06 de set. 2017

O princípio da autonomia, à luz do Relatório de Belmont, conceitua-se como a capacidade dos indivíduos de agirem livremente, de acordo com quaisquer fatores que os levem a tomar certa decisão, visando um determinado fim. Para tanto, faz-se essencial a presença de três requisitos fundamentais ao ser plenamente autônomo, quais sejam, a sua capacidade de decidir e agir livremente e de acordo com seus interesses, estando ciente de suas ações e consequências decorrentes destas, e sem ser influenciado ou coagido por fatores alheios à sua vontade¹⁵. Assim, o Relatório traz duas convicções éticas: a necessidade de se tratar os indivíduos como agentes autônomos, e o dever de proteção às pessoas cuja autonomia, por qualquer motivo, se mostre reduzida¹⁶, conforme casos específicos a serem posteriormente discutidos.

O respeito à pessoa, então, é elemento principal do referido princípio. A autonomia carrega em seu significado diversas bases teóricas, sendo a teoria kantiana, talvez, a mais determinante. Segundo o que idealizou o filósofo, o ser humano autônomo possui em si a máxima do imperativo categórico, pela qual é racionalmente capaz de estabelecer parâmetros e agir de acordo com a dignidade própria e da sociedade¹⁷, sendo a autonomia, portanto, o fundamento racional das condutas humanas. Desta forma, expôs Immanuel Kant:

A autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.¹⁸

¹⁵ DALL'AGNOL, 2005, p. 10

¹⁶ DE OLIVEIRA; DOS ANJOS FILHO, 2006, p. 07

¹⁷ ROCHA SALOMÃO, Kátia; SVOLINSKI JUNIOR, Waldomiro S. **Kant: os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever.** Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/1422/856>> Acesso em 05 de set. 2017 – Pág. 07-08

¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 1992 – p. 85

O princípio da autonomia, nesse sentido, traz a necessidade do respeito às liberdades de escolha e de agir de cada indivíduo, de modo que, nas ciências médicas, referido fundamento apresenta relevância na relação médico-paciente, uma vez que, após ter sido informado pelo profissional da saúde acerca de seu estado clínico e possíveis tratamentos aos quais poderá ser submetido, o assistido deverá ter seu direito à liberdade de escolha e autonomia sobre o próprio corpo preservado.

Acerca disso, explicou o autor Darlei Dall’Agnol:

Se se aplica esse mesmo princípio ao contexto da ética médica, ele implica que um profissional da saúde deve respeitar as escolhas e decisões de seus pacientes. Isto não significa que ele não possa dar sua opinião ou intervir de algum modo. Todavia, ele não pode agir contra a vontade do paciente, que tem o direito de ter suas opiniões próprias, de atuar livremente a partir de suas crenças e valores.¹⁹

Nota-se, portanto, que a autonomia do paciente não implica na exclusão da participação do médico na relação entre ambos, muito menos afasta sua responsabilidade de informar ao assistido quanto ao seu quadro clínico. No entanto, o referido princípio impossibilita que o profissional da saúde tome decisões, referentes ao paciente, que não estejam em harmonia com a sua vontade, a qual deverá ser manifestada através de um termo de consentimento livre e esclarecido²⁰, conforme veremos a seguir.

2.2.3.1 O Consentimento Livre e Esclarecido

O consentimento livre e esclarecido, ou constimento informado, traz à relação entre médico e paciente a materialização do princípio da autonomia. Neste vértice, o termo serve para legitimar e fundamentar o ato médico,

¹⁹ DALL’AGNOL, 2005, p. 10

²⁰ DINIZ, 2009, p. 661

conforme institui o Comitê Nacional de Bioética da Itália²¹, bem como possui o escopo de dividir a responsabilidade civil, criminal ou administrativa por riscos e danos decorrentes de quaisquer tratamentos e procedimentos empregados pelo profissional da saúde, aos quais o paciente venha a ser submetido.

Sobre o assunto, lecionou Edmilson de Almeida Barros Júnior:

A não obtenção do consentimento constitui-se clara afronta à autonomia do paciente e aos seus direitos da personalidade. O verdadeiro consentimento é uma escolha embasada em informações que permitem a avaliação de todas as opções e riscos. O enfermo tem pouco ou nenhum entendimento da técnica médica e, em regra, conta somente com seu médico para fins de esclarecer e guiá-lo até a tomada de uma decisão, inclusive legitimando a não escolha do tratamento como uma das alternativas.²²

O consentimento é, portanto, a manifestação da autonomia do paciente, e a garantia do respeito à sua integridade física, psíquica e dignidade humana. Demonstrada de maneira voluntária, a decisão do paciente irá se basear na informação dada pelo médico, revelada com clareza, acerca do diagnóstico e prognóstico possível para cada tipo de tratamento, relatando terapias padrões e alternativas, bem como os possíveis riscos, complicações, vantagens e desvantagens de tratamentos²³.

O respeito à vontade do paciente, manifestada pelo termo de consentimento, destaca-se no Código de Ética Médica em seus artigos 22, 23 e 24, inseridos no capítulo de Direitos Humanos do referido diploma. Tratam-se de vedações ao médico, quais sejam:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

²¹ *Ibidem* - p. 662

²² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico** : abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. São Paulo: Atlas, 2011 – p. 110

²³ *Ibidem* – p. 110

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.²⁴

Desta forma, a obtenção do consentimento esclarecido é sublimada à realização de qualquer ato médico, sendo que qualquer procedimento feito contra a vontade, previamente manifestada, do paciente, caracteriza negligência e crime de constrangimento ilegal (Código Penal, art. 146, §3º, I).

Por óbvio, o consentimento livre e esclarecido há de ser dado de maneira consciente, fundamentado na informação recebida, de modo que o paciente deve estar no exercício pleno de sua autonomia, sem que tenha agido em erro, ou que esteja com sua capacidade reduzida ou com seu discernimento prejudicado.

Conforme as normas de pesquisa e saúde, o termo²⁵ de consentimento livre e esclarecido deverá ser elaborado pelo médico responsável, contendo todo tipo de informação possível referente ao quadro clínico do paciente, bem como deverá ser revisado e aprovado pelo Comitê de Ética da instituição e assinado pelo paciente ou seu representante legal, em duas vias.

O processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido na assistência médica está disposto na Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina²⁶. Em suma, a recomendação propõe que a informação dada pelo médico seja clara, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução possua como objetivo obter o consentimento livre e a decisão segura do enfermo para a realização de procedimentos médicos. Ainda, sugere que o consentimento seja dado de maneira escrita e registrada em prontuário médico, gerando assim o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, ainda que o

²⁴ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009.** Código de Ética Médica. Disponível em:

<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>

Acesso em: 08 de set. 2017

²⁵ DINIZ, 2009. – p. 664

²⁶ BRASIL. **Resolução CFM nº 1/2016, de janeiro de 2016.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf> Acesso em: 10 de set. 2018

mais comum seja dar a permissão de maneira verbal. No caso, recomenda-se que o Termo seja redigido em letra 12, com espaços em branco para que o paciente, querendo, possa completá-los com perguntas a serem respondidas pelos profissionais responsáveis. Por fim, estabelece que o paciente ou o representante legal, após assinar o documento, assume a responsabilidade de cumprir todas as recomendações feitas pelo médico.

Ainda, observa-se que o consentimento dado à realização de determinado procedimento não pode abalar os valores morais, ou seja, impede-se que careça de respeito à dignidade humana e integridade física do paciente, sob pena de perder toda a sua legitimidade e valor jurídico. Nesse sentido, o consentimento dado pelo enfermo para a realização de procedimentos tais como a necropsia clínica²⁷ *pós mortem*, só terá valor e legitimidade se ratificado pelos familiares do paciente após seu óbito, dadas as circunstâncias e seriedade do procedimento, bem como o contexto em que o assistido poderia se encontrar quando concedeu tal permissão.

Nessa linha, a autora Maria Helena Diniz aponta como elementos essenciais do termo:

O termo de consentimento livre e esclarecido deverá conter, em suma, os seguintes elementos essenciais: a) ser feito em linguagem acessível; b) conter: os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizadas, bem como seus objetivos e justificativas; os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; métodos alternativos existentes; a liberdade de o paciente recusar ou retirar seu consento sem que se lhe aplique qualquer sanção punitiva ou sem que haja prejuízo à sua assistência médico-hospital; assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal.²⁸

Isto posto, observa-se que o consentimento não se trata de algo imutável. Tanto não é, que o paciente possui o direito de revogar²⁹ a permissão dada, ainda que a tenha dado por escrito. No entanto, caso o paciente venha a retirar seu consento, ou escolha outro profissional para continuar o

²⁷ FRANÇA, 2017, p. 23

²⁸ DINIZ, 2009, p. 664

²⁹ FRANÇA, 2017, p. 23

procedimento ou alterar o tratamento, o médico que antes era por ele encarregado não mais será responsável por quaisquer consequências decorrentes da mudança, pois ocorre a quebra do nexo causal³⁰ entre a ação e o resultado.

Ademais, impende ressaltar que a obtenção do consentimento esclarecido não limita o médico no exercício da profissão, impossibilitando-o de dar suas opiniões profissionais, tampouco retira a sua responsabilidade de procurar sempre escolher o melhor tratamento para o paciente. Ao contrário, o termo pode, inclusive, servir como uma barreira de proteção ao profissional da saúde, uma vez que, ao que passo que o enfermo dá seu consentimento, este divide os riscos³¹ do procedimento com o profissional, conforme mencionado no início do presente tópico.

2.2.3.2 Exceções à obrigatoriedade de obtenção do consentimento esclarecido

Conforme já demonstrado, a obtenção do consentimento esclarecido se refere diretamente à necessidade de respeito à pessoa e sua autonomia, tal como sua dignidade humana e integridade física. Portanto, em certos casos, nos quais tais fatores possam ser prejudicados, tal obrigatoriedade será dispensável. São casos³² esses, em que haja urgência no procedimento médico ante iminente perigo de vida; impossibilidade de obtenção da permissão, em circunstâncias extraordinárias e de emergência, incapacidade, inconsciência e qualquer impossibilidade do enfermo de exprimir sua vontade; privilégio terapêutico, visando não danificar a saúde psicológica do paciente; e finalmente, casos em que o próprio assistido recusa seu direito de ser informado.

Na primeira situação mencionada, de casos em que o procedimento médico se mostra medida de urgência, a exceção à obrigatoriedade de obtenção do consentimento se dá pois a proteção à vida do paciente prevalece

³⁰ BARROS JÚNIOR, 2011, p. 111

³¹ BARROS JUNIOR, 2011, p. 108

³² DINIZ, 2009, p. 665

sobre a de sua autonomia e direito de escolha. O médico, no exercício de seu dever ético e legal de zelar pela saúde do paciente, protegido pelo artigo 31 do Código de Ética Médica³³, e sob pena de incorrer no crime omissão de socorro (artigo 13, §2º, “b”, Código Penal), deverá desatender a vontade do enfermo ou de seu representante legal, a fim de salvar sua vida.

Nos casos em que o paciente é incapaz, está inconsciente ou de alguma forma impossibilitado de exprimir sua vontade, aconselha-se que o médico obtenha o consentimento informado do representante legal. Havendo conflito entre a vontade do paciente sem discernimento e seu representante, prevalece a do último. Há hipóteses, inclusive, em que o médico poderá acionar o judiciário para dirimir possíveis conflitos neste ponto. Destaca-se, porém, que em situações de incapacidade relativa – paciente de 17 anos de idade, por exemplo – prevalecerá a vontade do incapaz sobre a de seu representante legal.

Há, ainda, casos em que o médico terá resguardado seu direito a não fornecer determinada informação ao paciente, tendo em vista a proteção de seu bem estar e saúde psicológica. Nestas situações, será necessário averiguar se o enfermo está em condições de receber e aceitar as notícias que lhe cabem, sem que isso prejudique o curso de seu tratamento e, até mesmo, em casos de diagnósticos fatais, o leve a considerar medidas irreversíveis como o suicídio. De todo modo, a informação terá de ser passada de maneira a não traumatizá-lo. Essa exceção está legitimada pelo princípio bioético da beneficiência, a ser discutido ainda no presente estudo.

Por fim, ressaltam-se as hipóteses em que o próprio paciente renuncia ao seu direito de informação. Nestes casos, parentes ou pessoas próximas ao enfermo terão de se disponibilizar para receber as notícias concernentes ao estado clínico do assistido.

Frisa-se, ademais, que a obtenção do consentimento primário não é excludente de obrigatoriedade do consentimento secundário. Ou seja, o paciente que concorda com sua internação, não está automaticamente

³³ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: 18 de ago. 2017

concordando com qualquer tratamento ou procedimento médico ao qual possa ser submetido na instituição. Nessa linha, verifica-se também a necessidade de obtenção de consentimento continuado, em casos de mudanças significativas nos métodos terapêuticos previamente concordados.³⁴

2.2.3.3 Validade da manifestação de vontade do paciente e os direitos de personalidade

Como já demonstrado, em regra, o consentimento livre e esclarecido possui o escopo de atribuir validade à manifestação de vontade do paciente e de, conseqüentemente, produzir efeitos jurídicos. No entanto, há casos em que, ainda que manifestada previamente, por meio do consentimento esclarecido e por pessoa plenamente capaz, a validade da vontade do paciente está sujeita a limites legais, éticos e morais.

Isto ocorre quando a disposição ao próprio corpo afeta diretamente os direitos de personalidade do indivíduo, de modo a prejudicar a sua própria integridade física e psíquica, por exemplo. Considerando que tais direitos são indisponíveis, violá-los gera responsabilidade civil e penal³⁵, uma vez que a proteção da pessoa humana é a prioridade do nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, os direitos de personalidade não estão submetidos ao querer pessoal de um indivíduo, porquanto possuem proteção estatal - aqui, cita-se, novamente, a sua integridade física e psíquica. Conclui-se, então, que o respeito à integridade do paciente irá preponderar à sua vontade pessoal.

Sobre o assunto, leciona Genival Veloso de França:

³⁴ FRANÇA, 2017, p. 23

³⁵ GOGLIANO, Daisy. **Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade**. Revista de Direito Sanitário. vol. 1, n. 1, Novembro de 2000 - p. 10. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/13078/14880>> Acesso em: 18 de out. 2017

O ordenamento jurídico pátrio estabelece que os atos de disposição do próprio corpo são proibidos quando causem diminuição permanente desta integridade ou quando sejam por outro modo contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Nestes casos o consentimento, ainda que exaustivamente esclarecido e autorizado, não produz efeitos jurídicos válidos.³⁶

Ainda que a citação acima se refira diretamente ao artigo 5º, do Código Civil Italiano³⁷, o qual traz importantes premissas aos direitos de personalidade, o Código Civil Brasileiro de 2002 igualmente os consagra, e proíbe a limitação voluntária no exercício destes. Ainda sobre a integridade física do paciente, o referido *códex*, em seu artigo 13, assim dispõe:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.³⁸

Neste sentido, nos casos em que a vontade do paciente possuir quaisquer óbices legais, também não produzirá efeitos jurídicos. Diversos são os temas no Biodireito que geram polêmica quanto aos limites entre a disposição ao próprio corpo e a proteção estatal dos direitos de personalidade. Talvez os mais relevantes, atualmente, sejam as discussões concernentes ao aborto e à eutanásia, tido não somente como crimes à luz do ordenamento pátrio, mas também como práticas que vão contra os bons costumes, envolvendo inclusive aspectos religiosos.

Ante o exposto, verifica-se que autonomia privada encontra seus limites na proteção à pessoa humana, com a guarida estatal aos direitos de personalidade, bem como não produzirá quaisquer efeitos jurídicos caso

³⁶ FRANÇA, 2017, p. 111

³⁷ ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Art. 5. "GLI atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, e quando siano altri menti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume" Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm> Acesso em: 18 de out. 2017

³⁸ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 18 de out. 2017

encontrem óbices legais, morais e de ordem pública, revelando-se, nestes casos, nula de pleno direito.

2.2.4 Princípio da Beneficência

O segundo princípio das ciências bioéticas a ser exposto no presente estudo possui em suas origens a ética utilitarista de John Stuart Mill³⁹, e apresenta como fim último a proteção ao bem-estar do indivíduo que se submete a operações clínicas, de modo que toda ação médica deverá evitar, na medida do possível, causar quaisquer danos ao paciente, bem como visará maximizar os benefícios do procedimento⁴⁰. Assim, nota-se que o princípio da beneficência resume-se a, como o próprio nome já sugere, agir em benefício do próximo.

É possível, então, vincular o referido princípio ao imperativo categórico descrito por Kant, exposto quando da análise do princípio da autonomia, em que se exige uma vontade absolutamente boa às ações que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza, impedindo assim que a ação de um não seja em benefício do outro⁴¹.

O autor Darlei Dall'agnol difere a beneficência geral da específica, como sendo a primeira aquela direcionada imparcialmente a todos, e a segunda, aquela relacionada às pessoas com as quais se mantém relações especiais, como familiares e amigos, sendo esta a esperada na relação entre médico e paciente. Sobre isso, explica:

A partir do princípio da beneficência, uma série de regras foi inferida para nortear as relações entre profissionais da saúde e pacientes.

³⁹ DALL'AGNOL, 2005, p. 13-14

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002 – p. 15

⁴¹ DE OLIVEIRA; DOS ANJOS FILHO, 2006, p. 08

Destacam-se as seguintes: proteger e defender os direitos dos outros; prevenir dano; remover as condições que irão causar dano; ajudar pessoas deficientes; salvar pessoas em perigo.⁴²

Dentro do princípio da beneficência, encontra-se o da não maleficência, a ser exposto a seguir.

2.2.5 Princípio da Não-Maleficência

O conceito de não-maleficência deriva da máxima da ética médica, *primum non nocere*⁴³, que significa “primeiro, não prejudicar”. Desta forma, observa-se que o referido princípio básico da bioética traz ao profissional da saúde a obrigação de não acarretar danos intencionais ao paciente. Por isso, enquanto que o princípio da autonomia está vinculado ao paciente, o da não-maleficência diz respeito ao profissional da saúde⁴⁴.

Quanto ao conceito de dano, esclarece Darlei Dall’agnol:

Para compreender melhor o princípio da não-maleficência, cabe esclarecer o que significa dano. É um termo vago: pode significar injúria, difamação, violação de direitos, tortura psíquica ou física etc. Por isso, pode-se dizer que causa dano quem produz algum mal a si ou ao outro, seja física, psíquica ou moralmente. É isso que é proibido pelo princípio da não-maleficência.

O conceito de dano será melhor entendido se forem apresentadas as regras que podem ser inferidas desse princípio. São elas: não matar; não causar dor ou sofrimento; não incapacitar os outros; não ofendê-los; não privá-los dos bens necessários à vida. Essas regras norteiam as práticas dos profissionais da saúde.⁴⁵

Desta forma, o referido princípio se mostra como um desdobramento⁴⁶ natural do princípio da beneficência, estabelecendo assim que uma ação verdadeiramente benéfica é aquela que não causa o mal, de modo a maximizar

⁴² DALL’AGNOL, 2005, p. 14

⁴³ ZAMBON, Lucas Santos. *Primum non Nocere*. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao__primum_non_nocere.htm> Acesso em: 18 de out. 2017

⁴⁴ DALL’AGNOL, 2005, p. 13

⁴⁵ Ibidem - p. 12

⁴⁶ DINIZ, 2002, p. 16

os benefícios e minimizar os danos. Em caso de um conflito entre ambos os princípios, sob a luz do conceito de *dever prima facie*, propõe-se que deverá prevalecer o da não-maleficiência⁴⁷. Ou seja, supondo que um profissional da saúde tenha de escolher entre fazer bem ao seu paciente ou não fazê-lo mal, deverá optar por este. São casos em que o tratamento médico poderá acarretar ao enfermo mais danos do que benefícios.

2.2.6 Princípio da Justiça

O princípio da justiça diz respeito ao modo igualitário com que os profissionais da saúde devem tratar seus pacientes, de maneira que a distribuição de riscos, benefícios e encargos ocorra de forma imparcial e equânime⁴⁸.

Inicialmente, cabe destacar a diferença⁴⁹ entre justiça formal e justiça material. Na primeira, todos devem ser tratados de maneira igualitária, independente de suas desigualdades. Na segunda, tal como a igualdade material, há uma série de aspectos individuais a serem levados em consideração, os quais justificam um tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

Quanto às questões concernentes à distribuição de assistência à saúde em uma sociedade, ou seja, quem irá receber e providenciar, ou quem vai custear e administrar, Darlei Dall'agnol explica que o critério a ser adotado é o da necessidade. Nesse sentido:

(...) o princípio da justiça forneceu um critério para a alocação de recursos: a necessidade. É claro que existem muitos fatores complicadores, por exemplo a quem fornecer os tratamentos mais caros e sofisticados? Quer dizer, a alocação dos recursos tem que

⁴⁷ ROSS, W. D. **The right and the Good**. Oxford: Clarendon, 1930. p. 21-22, apud GOLDIM, José Roberto. Princípio da Beneficência. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/benefic.htm>> Acesso em: 19 de out. de 2017.

⁴⁸ DINIZ, 2002, p. 16

⁴⁹ DALL'AGNOL, 2005, p. 16

seguir padrões rigorosos de racionalização: tirar o máximo de benefício dos recursos, que são sempre limitados. O orçamento destinado à saúde deve ser elaborado segundo diferentes necessidades: as de tratamento, isto é, as especificamente médicas, mas também as preventivas, que melhoram o padrão da qualidade de vida, como campanhas educativas, proteção ao meio ambiente etc.⁵⁰

Na mesma linha, o Relatório de Belmont segue o entendimento de que os riscos e benefícios devem ser distribuídos igualmente a cada pessoa conforme suas necessidades, seu esforço individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito, de modo que será injusto impor um dano ou encargo indevido, bem como negar um benefício a alguém de maneira injustificada⁵¹.

2.3 O BIODIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O respeito aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 é tido como parâmetro de todas as investigações e diretrizes concernentes à Bioética.

Nessa linha, os direitos fundamentais de cada indivíduo mais importantes às questões as quais abrange o Biodireito são a dignidade e a vida humana, bem como o direito à saúde e à crença, a serem estudados nos tópicos seguintes.

2.3.1 A dignidade da pessoa humana

A dignidade humana encontra-se elencada como direito fundamental no Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Sua proteção é de máxima relevância no ordenamento

⁵⁰ *Ibidem* – p. 17

⁵¹ DE OLIVEIRA; DOS ANJOS FILHO, 2006 – p. 9

jurídico, uma vez que ela perfaz, ao mesmo tempo, fundamento e instrumento limitador do poder público⁵², obrigando o Estado a criar leis que tornem possível a satisfação de todos os direitos fundamentais, visando como fim último a preservação da dignidade do ser humano.

Segundo Jorge de Miranda⁵³, tal fundamento estatal é, mais que um princípio, um metaprincípio, porquanto sua proteção é essencial à existência de uma sociedade como entidade e de um Estado constituinte. Sendo assim, nesta linha de pensamento, a dignidade da pessoa humana está acima e além dos demais princípios jurídicos.

Sob este prisma, a pessoa é, então, colocada como fim supremo do Estado de Direito⁵⁴, de modo que, segundo Wilson Donizeti Liberati:

A dignidade da pessoa humana é pedra basilar das sociedades contemporâneas democráticas e, sob esse signo, constrói-se como fundamento e limite de toda atividade humana e estatal. A regra fundante da dignidade da pessoa humana reside no valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado dessa característica, e tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.⁵⁵

Seguindo este mesmo posicionamento, explica Edimilson de Almeida Barros Júnior:

A maior proteção aos Direitos Fundamentais manifesta-se também pela inclusão destes no rol das cláusulas pétreas, em respeito último ao princípio da dignidade da pessoa humana. No atual diploma constitucional, o princípio se reveste como o mais relevante direito fundamental constitucionalmente garantido. É primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o derradeiro arcabouço de guarda dos direitos individuais.⁵⁶

⁵² DONIZETI LIBERATI, Wilson. A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional. **Tutela dos direitos humanos e fundamentais** : ensaios a partir das linhas de pesquisa e Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui, SP : Boreal Editora, 2011. p. 25

⁵³ DONIZETI LIBERATI, 2011, p. 29. apud. MIRANDA, Jorge. Estudos sobre a Constituição. vol. II. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 15

⁵⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. vol.II, 3 ed., Coimbra: Almedina, 2009. – p. 799

⁵⁵ DONIZETI LIBERATI, 2011, p. 29

⁵⁶ BARROS JÚNIOR, 2011, p. 25

No campo das ciências bioéticas, a dignidade humana deve ser tomada como paradigma, o qual prevalecerá sobre todo e qualquer avanço científico e tecnológico, sendo vedada, portanto, qualquer conduta que objetifique o indivíduo e retire dele sua dignidade e o direito a uma vida digna⁵⁷.

A proteção à dignidade humana como fim último de todas as ações científicas foi recepcionada internacionalmente pela Organização das Nações Unidas em sua Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, em seu artigo 6º:

Art. 6. Todos os Estados deverão adoptar medidas para que os benefícios da ciência e tecnologia abranjam todas as camadas da população e para as proteger, tanto social como materialmente, contra eventuais efeitos nocivos de uma má utilização dos desenvolvimentos científicos e tecnológicos, incluindo a sua utilização perversa para violar os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular no que concerne ao respeito da privacidade e à protecção da personalidade humana e da sua integridade física e intelectual.⁵⁸

Diante disso, então, o Biodireito, bem como tudo que lhe concerne, está diretamente vinculado ao referido princípio constitucional, a nível internacional, inclusive. Sobre esta íntima relação entre a ciência e a dignidade humana, esclarece a autora Maria Helena Diniz:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.
(...)

⁵⁷ DINIZ, 2002, p. 17

⁵⁸ ONU. **Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. Proclamada pela resolução 3384 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de novembro de 1975. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_3.htm> Acesso em: 23 de out. 1017

As práticas das “ciências da vida”, que podem trazer enormes benefícios à humanidade, contém riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, os profissionais da saúde devem estar atentos para que não transponham os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade.⁵⁹

2.3.2 A inviolabilidade da vida humana

A inviolabilidade da vida humana é garantida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, sendo considerada como tal perante o Direito, desde o momento da concepção, ou seja, desde a fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide, até o seu óbito, abrangendo direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência.⁶⁰

Como se sabe, o mencionado artigo trata-se de cláusula pétrea, sendo assim inadmissível qualquer emenda constitucional que venha a ferir de algum modo o direito à vida humana, devido ao caráter absoluto da inviolabilidade de tal direito. Acerca do tema, explica Maria Helena Diniz:

O art. 5º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível, ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante total e imediata, permanecendo intangível, ou não emendável pelo poder constituinte derivado, exceto por meio de revolução ou de ato de novo poder constituinte originário, criando e instaurando uma nova ordem jurídica. O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade absoluta, sob pena de se destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico.⁶¹

Neste vértice, toda e qualquer conduta que, de alguma forma, atinga a vida humana de modo a degradá-la ou colocá-la em situação de risco, não será permitida à luz do ordenamento jurídico, sendo passível de punição em todas as esferas do Direito, de acordo com sua gravidade. A vida está acima de

⁵⁹ DINIZ, 2002, p. 19-20

⁶⁰ DINIZ, 2002, p. 22

⁶¹ *Ibidem* - p. 23

qualquer lei, e cabe ao Estado protegê-la, até mesmo de seu próprio titular, devido ao seu caráter irrenunciável.

Por isso, práticas como a pena de morte, o aborto – exceto quando previsto legalmente⁶² - e a eutanásia, ainda que causem grande comoção social e dividam opiniões quanto às suas legalizações, não são admitidas no Brasil. Do mesmo modo, são proibidas a discriminação de deficientes (arts. 3º, inciso IV; 203, inciso IV, e 227, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 88), a eugenia negativa, a tortura e o tratamento degradante (art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 88).

Além da proteção constitucional, a vida encontra guarida nos artigos 1.694 a 1.710, 948 e 950 do Código Civil de 2002⁶³, referentes ao direito à existência, bem como em seu artigo 2º, que protege os direitos do nascituro desde a concepção.

Também recebe proteção penal, porquanto são tipificados como crime os homicídios simples e qualificados (art. 121, *caput* e § 2º), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123) e o aborto ilegal (arts. 124 a 128), todos do Código Penal.

A autora Maria Helena Diniz explica que o direito à vida sempre prevalecerá aos demais:

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante. Assim, por exemplo, se se precisar mutilar alguém para salvar sua vida, ofendendo sua integridade física, mesmo que não haja seu consento, não haverá ilícito nem responsabilidade penal médica.⁶⁴

⁶² BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 23 de out. 2017

⁶³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 25 de out. 2017

⁶⁴ DINIZ, 2002 – p. 25-26

Não obstante a disposição e autonomia sobre o próprio corpo tenha considerável valor no âmbito das ciências bioéticas, conclui-se que não será válido o ato que prejudicar a vida, ainda que decorrente da vontade legítima do paciente que se submeterá a tal.

Neste tópico, há de se ressaltar um ponto de extrema importância ao Biodireito: o direito à morte digna.

2.3.2.1 O direito à morte digna frente à inviolabilidade da vida humana

Com o princípio do primado do direito à vida, surge uma importante questão no âmbito das ciências bioéticas, por sua vez controvertida quando se trata de valores éticos e morais de uma sociedade e dos nítidos avanços tecnológicos na área médica.

O direito à morte digna é valor fonte do Biodireito e são diversas as opiniões que cercam o assunto. A influência midiática, os limites estabelecidos pela lei aos atos médicos e as necessidades individuais tornam ainda mais difícil se chegar a um consenso.

Como deverão se posicionar médicos, pacientes e juristas frente a conflitos como a escolha por remoção de aparelho de sustentação de vida em pacientes terminais, ou o prolongamento artificial da vida, quando se deparam com situações em que o sofrimento passa a tornar impossível uma vida digna, ainda que mais longa?

Sobre o assunto, posiciona-se Darlei Dall'agol:

Respeitando a autonomia, é possível ter uma atitude menos mitificadora perante a morte. Por exemplo, é necessário ter uma legislação mais clara nesse aspecto, desenvolvendo o biodireito mais rapidamente, para dar conta das transformações da realidade. Para evitar que pessoas cheguem a ficar em estado de coma, sem ter manifestado claramente o que pensam sobre a melhor forma de morrer, deveria existir um sistema de identificação e documentação da pessoa física que esclarecesse suas opiniões e sua forma preferida de pôr fim à vida. Esse processo seria público, para impedir

tanto que os interesses familiares se sobreponham aos da pessoa em questão quanto a possível manipulação médica. É necessário evitar que profissionais da saúde decidam arbitrariamente se uma pessoa deve viver ou morrer. Médicos não podem se transformar nem em assassinos, nem em deuses, isto é, senhores da vida e da morte. A decisão de morrer ou não cabe à pessoa que, no pleno uso de suas faculdades, pode prever uma forma digna de deixar a existência especificando claramente o que deve ser feito caso atinja um estado em que a vida não pode mais ser plenamente vivida.⁶⁵

Maria Helena Diniz, por sua vez, expõe que os conflitos concernentes à morte digna e à necessidade de proteção absoluta da vida humana devem ser observados com cautela e prudência, devendo prevalecer sempre o bom senso, respeitando-se a dignidade humana e buscando encontrar a solução jurídica mais justa. Nesse sentido:

No século XXI é imprescindível que o legislador, o aplicador do direito e o jurista reflitam sobre esses tormentosos problemas, ante o seu conteúdo altamente axicológico, sem olvidarem que a dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico.⁶⁶

2.3.3 O direito à saúde

O direito à saúde encontra-se garantido pela Constituição Federal em seus artigos 196 a 200, sendo um dever do Estado elaborar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁶⁷.

Segundo o que explica Pedro Lenza, o direito social à saúde possui natureza dupla, sendo uma negativa, em que o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, e outra política, na qual

⁶⁵ DALL'AGNOL, 2005, p. 16

⁶⁶ DINIZ, 2002, p. 319-320

⁶⁷ BRASIL. **Art. 196, Constituição Federal de República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 de out. 2017

fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social⁶⁸. Sendo assim, o Poder Público possui total controle sobre os serviços de saúde.

Para a autora Karyna Rocha Mendes, o direito à saúde relaciona-se à diversos outros direitos elencados na Carta Magna, tais como, o do saneamento, o da moradia, o da educação, o do bem-estar social, o da seguridade social, o da assistência social, o de acesso aos serviços médicos e o de saúde física e psíquica.⁶⁹

Finalmente, sobre a relação entre os atos médicos e o direito em questão, Maria Helena Diniz explica:

Pela Constituição Federal de 1988 (arts. 196 a 200), a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com isso a medicina tornou-se uma instituição de interesse coletivo, pois o Estado poderá exigir mais dos profissionais da saúde para o atendimento de doentes e o estabelecimento da ordem pública e da paz social. As atividades médicas, que envolvem a vida e a saúde física e mental, deverão sujeitar-se à tutela estatal e aos ditames da legislação. Além disso, haverá responsabilidade civil e penal médica pelos danos causados a pacientes.⁷⁰

A autora ainda disserta sobre a realidade da saúde pública no Brasil, como os problemas de qualidade dos hospitais, as enormes filas para atendimento, o desprazo de profissionais para atendimentos de pronto-socorro, a falta de verbas para compra de materiais, etc.⁷¹, fazendo relação com o direito sanitário e a bioética social do ponto de vista constitucional:

Se a Constituição deu ao direito à saúde uma dimensão pública, situando-o no âmbito da seguridade social e constituindo-o como um dever do Estado, o direito sanitário terá a difícil tarefa de resguardar ao povo brasileiro o respeito à saúde, à previdência e à assistência social (CF, art. 194), com base no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, garantindo, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros

⁶⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83

⁶⁹ ROCHA MENDES, Karyna. **Curso de Direito da Saúde**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42

⁷⁰ DINIZ, 2002, p. 150

⁷¹ *Ibidem* - p. 151

agravos, o universal e igualitário acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF, art. 196), uniformidade e equivalência dos serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos serviços, equidade na forma de participação no custeio do Sistema Único e Saúde – SUS (CF, arts. 195 e 198, parágrafo único), instituindo os Conselhos de Saúde (Lei n. 8.080/90 e Dec. N. 99.438/90).⁷²

2.3.4 O direito à crença

À luz do ordenamento pátrio, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.⁷³

O direito à crença se apresenta como uma das questões mais controversas no âmbito das ciências médicas. Conforme já exposto nos tópicos anteriores, os atos médicos deverão sempre fundamentar-se na preservação da dignidade humana, da integridade física e, principalmente, da vida do paciente. No entanto, como devem ser resolvidas os problemas atinentes a tais assuntos quando confrontados com o direito à crença do enfermo ou de seus familiares, quando este se encontrar impedido de exercer seu direito à autonomia da vontade?

O conflito entre o direito à liberdade pessoal de escolha e o direito de viver gera amplos debates e diferentes opiniões, não existindo, portanto, uma solução prática e consensual para o problema. A autoria Maria Helena Diniz apresenta o princípio do primado do direito mais relevante como possível base para resolver tal questão. Segundo M. Helena, de nada adianta ter a liberdade quando não há mais a vida, pois o valor deste último é anterior ao primeiro⁷⁴, e completa:

⁷² DINIZ, 2002, p. 153-154

⁷³ BRASIL. **Art. 5º, VI, Constituição Federal de República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 31 de out. 2017

⁷⁴ DINIZ, 2002, p. 221

A liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e o de ajudar quem está prestes a falecer. A vida é um bem muito superior à liberdade de quem quer morrer, ensina Carlos Aurélio Mota de Souza.

(...) Por meio de uma interpretação corretiva percebe-se que o direito à vida tem posição privilegiada, antecedendo aos demais direitos da personalidade, pois sem ele de nada valem os demais. Para que o ser humano possa exercer as liberdades que lhe são outorgadas constitucionalmente, a vida ser-lhe-á imprescindível, pois o seu titular sobre ela não tem poder descisório.⁷⁵

Sendo assim, pelo prisma apresentado pela mencionada autora, os atos médicos que contrariem a vontade religiosa para o fim de se resguardar a vida são legítimos, podendo ser justificados pelo fato de que esta trata-se de interesse social, e não individual.

Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, há a opinião de que deverá prevalecer a autonomia de escolha do paciente, visando preservar sua dignidade.

Este é o posicionamento de Maria de Lourdes Cardoso de Mattos, em trecho de seu artigo “O Direito à Vida e à Liberdade de Crença: Discussões sobre a Homotransfusão”:

Considerando que cada caso possui especificidades diversas, não há uma resposta pronta que defina qual dos direitos deve prevalecer quando identificado o conflito. Assim sendo, a ponderação se impõe por meio do princípio da proporcionalidade. Quando estiver em risco a vida de um menor de idade – que não tem capacidade civil plena, – ou de uma pessoa inconsciente, e não houver outra alternativa a não ser a hemotransfusão, o procedimento deve ser realizado. Prevalece, nessas duas hipóteses, o direito à vida. No caso de uma pessoa capaz e consciente se encontrar em tal situação, sua crença e sua vontade, alicerçada no princípio constitucional da dignidade humana, deve ser respeitada.⁷⁶

⁷⁵ DINIZ, 2002, p. 222

⁷⁶ CARDOSO DE MATTOS, Maria de Lourdes. **O Direito à Vida e à Liberdade de Crença: Discussões sobre a Homotransfusão**. 01 de jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/315-artigos-jul-2015/7263-o-direito-a-vida-e-a-liberdade-de-crenca-discussoes-sobre-a-hemotransfusao-1>> Acesso em: 05 de nov. 2017

Tal perspectiva é acompanhada por autores como Nelson Nery Junior, que acredita que o direito à crença não se restringe à liberdade de culto, conforme prevê a Constituição, mas se refere também à proibição de atos impostos pelo Estado que atentem contra a dignidade e a convicção religiosa individual.⁷⁷

Por fim, completando a mesma linha de posicionamento de Nery, Alvaro Villaça Junior explica que, na realidade, não há que se falar em colisão entre direitos, uma vez que o paciente, ao exercer sua autonomia de vontade e optar pelo tratamento desejado, está buscando, ao mesmo tempo, preservar sua vida e sua liberdade religiosa, a qual está diretamente ligada à sua dignidade.⁷⁸

⁷⁷ SOUZA DE MOURA, NIDERLEE. **Direito à vida e direito à liberdade de crença aplicado ao caso das Testemunhas de Jeová: caso de colisão de direitos?** 2017. apud. NERY JUNIOR, Nelson. Parecer Jurídico Escolha de Tratamento Médico por Paciente Testemunha de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais atualizado conforme o novo Código de ética médica- resolução CFM 1931/09. São Paulo 22 de set. 2009 - p. 15-16 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61419/direito-a-vida-e-direito-a-liberdade-de-crenca-aplicado-ao-caso-das-testemunhas-de-jeova-caso-de-colisao-de-direitos>> Acesso em: 05 de nov. 2017

⁷⁸ SOUZA DE MOURA, NIDERLEE. **Das questões relativas à transfusão de sangue em crianças e adolescentes.** 2017. apud. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Parecer Jurídico Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento médico sem transfusão de sangue mediante o novo código de ética médica- resolução CFM 1931/09. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61422/das-questoes-relativas-a-transfusao-de-sangue-em-criancas-e-adolescentes>> Acesso em: 05 de nov. 2017

3 DO DIREITO PENAL

No último capítulo do presente estudo, será feita a relação entre as ciências médicas, o Biodireito e o Direito Penal, discorrendo e analisando acerca de em quais crimes os profissionais da saúde poderão incorrer no exercício de suas profissões, bem como qual será, se houver, a responsabilidade penal destes diante do pleno exercício da autonomia da vontade do paciente, principalmente nos casos em que há a recusa por determinado, ou qualquer, tratamento médico.

3.1 TIPOS PENAIIS APLICÁVEIS À ESFERA MÉDICA

Os atos médicos passíveis de punição na esfera criminal são aqueles chamado de crimes próprios, em que faz-se necessário que o sujeito ativo da conduta seja o médico, ou, no caso dos crimes comuns, aqueles que de alguma forma decorram do exercício da profissão. Vejamos:

A especificidade do crime médico mostra que se trata de uma infração singularizada como crime próprio ou especial, pois só pode ser praticado por determinada pessoa. Além dos citados crimes próprios, figuram, também, os crimes comuns decorrentes da profissão médica. São os tipos penais que podem ser praticados pelo médico, mas que também podem ser cometidos por outras pessoas que nada tem a ver com a medicina.⁷⁹

Conceituado o crime médico, passa-se à análise de cada tipo penal aos quais estão submetidos os profissionais de saúde.

⁷⁹ DERVICHE PRATES, Núria; MARQUARDT, Marcelo. **A Responsabilidade penal do médico e o processo penal**. Simpósio Medicina e Direito. 2003. Disponível em: <<http://jvascbras.com.br/pdf/03-02-03/simposio/03-02-03-241.pdf>> Acesso em: 05 de nov. 2017

3.1.1 Dos crimes próprios

3.1.1.2 Violação do segredo profissional

O crime de violação do segredo profissional foi inicialmente tipificado pelo Código Penal de 1890, em seu artigo 192, e hoje encontra-se no capítulo dos crimes contra a liberdade individual⁸⁰, sob o artigo 154 do atual Código Penal, tendo as seguintes especificações:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Nota-se, então, que o sujeito ativo é quem tem a ciência do segredo, devido à natureza de sua atividade, e com o qual o sujeito passivo, titular da confiança, possui vínculo especial de confiança⁸¹. Cezar Roberto Bitencourt explica que o sujeito ativo, no crime em apreço, é o chamado **confidente necessário**:

Sujeito ativo, costuma-se afirmar, são os *confidentes necessários*, aqueles a quem são confiados segredos em razão do seu mister, no caso em apreço, *função, ministério, ofício ou profissão*. A terminologia utilizada *confidentes necessários* fundamenta-se na essência de determinadas atividades em que a *relação profissional – cliente* encerra confidências, sigilos, segredos, cuja *revelação indevida* fere, no mínimo, a ética profissional. Pela importância que certas relações encerram e a gravidade do dano ou prejuízo que a divulgação, sem justa causa, pode causar ao ofendido, o Código Penal preferiu elevá-las à condição de crime.⁸²

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. II. parte especial. dos crimes contra a pessoa. 11 ed. 2015. São Paulo : Saraiva – p. 490

⁸¹ REGIS PRADO, Luiz; **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015 – p. 853

⁸² BITENCOURT, 2015, p. 491

A consumação do crime está na **revelação sem justa causa**, ainda que não cause efetivamente o dano. No entanto, caso o segredo seja revelado ante a plena convicção de que a conduta não causará qualquer prejuízo ao sujeito passivo, incorrerá o sujeito ativo em **erro de tipo**, e caso o faça acreditando piamente que da maneira correta, estará caracterizado o **erro de proibição**.⁸³

Do mesmo modo, o consentimento do titular do segredo e a incidência de justa causa à revelação afastam a incorrência do crime. Nesse sentido:

A existência de uma justa causa para revelar o segredo deixa de configurar crime, como é o caso da notificação de doença infecto-contagiosa à saúde pública ou da comunicação de crime de ação pública à autoridade policial competente, nos casos em que tal comunicação não expuser o paciente a um procedimento criminal. O sigilo sobre informações reveladas pelo paciente deixa de ser obrigatório, igualmente, quando há o consentimento do mesmo. Somente esse consentimento também pode autorizar o médico a revelar tais segredos ao depor em juízo como testemunha, e, mesmo neste caso, a revelação só ocorrerá se houver vontade do profissional.⁸⁴

A justa causa a que se refere o tipo penal visa priorizar o interesse coletivo ao individual. Deste modo, explica Genival Veloso de França:

Nesse particular, fica entendida a “justa causa” como o interesse de ordem política ou social que autorize o não cumprimento do sigilo, mesmo sabendo-se que em tese essa violação corresponde ao constrangimento de uma conquista da liberdade individual, pois a privacidade de cada indivíduo é um princípio consagrado em todas as sociedades organizadas, um imperativo de ordem constitucional e um ganho amplamente protegido pelo direito público. Assim, mesmo que o segredo médico pertença ao paciente como uma conquista da própria sociedade, há de se entender que esse conceito é relativo, pois o que se protege não é a vontade caprichosa e exclusivista de cada um isoladamente, mas a tutela do bem comum, os interesses de ordem pública e o equilíbrio social. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, que tenha como motivação a má-fé, a leviandade e o baixo interesse.⁸⁵

⁸³ BITENCOURT, 2015, p. 495

⁸⁴ DERVICHE PRATES; MARQUARDT, 2003.

⁸⁵ FRANÇA, 2017, p. 156

O próprio Código de Ética Médica prevê que o médico está legalmente obrigado a guardar segredo sobre o qual o conhecimento seja proveniente do exercício de sua atividade profissional, obrigando da mesma forma seus auxiliares⁸⁶. No entanto, estabelece uma exceção aos casos em que o segredo em questão trate-se de fato delituoso, capaz de gerar graves consequências a terceiros, gerando um imperativo de consciência no médico que o obrigue a denunciá-lo (art. 38, “c”). Neste vértice:

O crime de quebra do sigilo está descaracterizado quando sua revelação fundamenta-se na justa causa, no estrito cumprimento do dever legal ou na autorização expressa do paciente. O estado não pode deixar de contar, na luta contra o crime, com um dispositivo ao seu alcance, em defesa da ordem pública e do bem social. Torna-se um dever imperioso, de todas as pessoas, fornecer à autoridade, no momento devido, todos os meios necessários à ação judiciária. O dever moral de ajudar na repressão transforma-se em dever legal, e a omissão voluntária se volta contra a lei, por comprometer o sistema coativo.⁸⁷

Destarte, sobre o segredo profissional médico, existem três escolas doutrinárias: absolutista, abolicionista e intermediária.⁸⁸

A Escola Absolutista preconiza um sigilo absoluto, em todos os casos e em qualquer situação, dando um caráter impreterivelmente obrigatório ao segredo; a Escola Abolicionista, que entende justamente o contrário, não concordando com a priorização do interesse individual em prejuízo do interesse coletivo; e a Escola Intermediária, a qual acredita em um segredo médico relativo, fundamentado na proteção da da ordem social e dos interesses mais relevantes, sendo esta a teoria adotada pelo nosso Código de Ética Médica.⁸⁹

⁸⁶ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Art. 36 – O médico está obrigado, pela ética e pela lei, a guardar segredo sobre fatos de que tenha conhecimento, por ter visto, ouvido ou deduzido, no exercício de sua atividade profissional, ficando na mesma obrigação todos os auxiliares. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: 08 de nov. 2017

⁸⁷ FRANÇA, 2017, p. 157

⁸⁸ Ibidem – p. 157

⁸⁹ RUBIM DE SOUZA NETTO, Cintia. **Caderno de Iniciação Científica**. Disponível em: http://www.unicuritiba.edu.br/images/cadernos_de_ic.pdf Acesso em: 08 de nov. 2017

3.1.1.3 Omissão de notificação de doença

Conforme exposto anteriormente, o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é um direito e bem de interesse social, tendo o Estado o dever de criar políticas públicas que visem à redução de doenças e outros agravos. No Código Penal, a pena pelo crime de omissão de notificação de doença visa proteger a incolumidade pública⁹⁰, e assim dispõe:

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa

Inicialmente, insta salientar que as doenças cuja notificação às autoridades é compulsória são aquelas listadas na Portaria nº 104/2011, do Ministério da Saúde⁹¹, excluindo-se a obrigatoriedade do ato quanto aos agravos também listados na referida portaria⁹².

O sujeito ativo, neste caso, é o médico, não sendo exigido dos demais profissionais da saúde a conduta descrita no tipo penal, e o sujeito passivo é a coletividade.⁹³

Quanto à consumação do crime, entende-se que esta ocorre com o fim do prazo para comunicação da doença. Nesse sentido:

Trata-se de crime doloso, que não admite tentativa e que é consumado assim que vencer o prazo determinado para a

⁹⁰ REGIS PRADO, 2015 – p. 1167

⁹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011**. Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0104_25_01_2011.html> Acesso em: 08 de nov. 2017

⁹² BITENCOURT, 2015, p. 316

⁹³ REGIS PRADO, 2015, p. 1168

comunicação. Caso não haja prazo determinado, o crime é consumado quando a conduta do médico revelar que o mesmo negligenciou sua obrigação de notificar, ressaltando-se o fato de que a informação sempre deve ser divulgada o mais rápido possível. Como se vê, o médico que respeita a lei e realiza a notificação nos casos previstos legalmente está cumprindo um dever legal, não caracterizando o crime de violação de segredo profissional.⁹⁴

Ainda, o artigo 285, do Código Penal, estabelece que o crime de omissão de notificação de doença pode ocorrer na forma qualificada, nos termos do artigo 258, do referido códex:

Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

3.1.1.4 Exercício ilegal da medicina

O artigo 282, do Código Penal, dispõe que:

Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa

A vedação ao exercício ilegal da medicina, assim como à omissão de notificação de doença contagiosa, visa proteger a incolumidade pública, em especial, a saúde pública. Cezar Roberto Bitencourt explica:

⁹⁴ DERVICHE PRATES; MARQUARDT, 2003.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se trata de proteger esta ou aquela classe profissional, não se tem em vista a concorrência desleal, mas efetivamente a saúde de um número indeterminado de pessoa, que, sendo tratadas por pessoa incompetente ou despreparada ou desprovida dos conhecimentos técnicos e científicos específicos, seriam expostas a perigo concreto, podendo, realmente, sua saúde individual ou vida vir a sofrer danos.⁹⁵

Nota-se que o artigo 282, do Código Penal, prevê duas hipóteses: a de exercer a profissão sem ter qualificação para tanto, ou sem estar inscrito no órgão competente, e a de exercer a profissão excendo-lhe os limites.

No primeiro caso, é necessário que o agente atue como se fosse médico, dentista ou farmacêutico, realizando procedimento técnico compatível com o exercício dessas profissões, sem, no entanto, possuir qualificação profissional e estar inscrito no órgão competente.⁹⁶

Na segunda hipótese, o agente é qualificado profissionalmente e possui inscrição no órgão competente, porém, excede os limites do exercício da profissão, ou seja, pratica ato que não condiz com sua formação e autorização específica.⁹⁷

Quanto à consumação do delito, Luiz Regis Prado leciona:

Consuma-se o delito com o exercício habitual dos atos da profissão (delito de perigo abstrato). Claramente o texto legal fala no requisito da habitualidade, já que se refere ao termo *profissão*. Esse vocábulo transmite a ideia de continuidade, repetição. A prática dos atos deve ser, então, reiterada. Vale dizer, deve existir o elemento subjetivo unindo uns atos aos outros. Desse modo, mesmo que haja um só paciente sendo atendido pelo sujeito ativo, se houve uma continuidade em seu tratamento, não restam dúvidas de que se caracteriza o crime em questão. Não importa, portanto, se houve ou não pluralidade de pacientes. Não se admite a *tentativa*, justamente por se tratar de delito habitual.⁹⁸

⁹⁵ BITENCOURT, 2015, p. 387

⁹⁶ *Ibidem* – p. 388

⁹⁷ *Ibidem* – p. 389

⁹⁸ REGIS PRADO, 2015, p. 1185

Admite-se, bem como no crime de omissão de notificação de doença, a forma qualificada, prevista pelo artigo 285, do Código Penal, no caso de a conduta resultar em lesão corporal ou morte.⁹⁹

3.1.1.5 Falsidade de atestado médico

O crime de falsidade de atestado médico está tipificado pelo artigo 302, do Código Penal:

Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

O bem jurídico tutelado é a fé pública, e o sujeito ativo só poderá ser o médico, não sendo possível imputar o crime ao enfermeiro, atendente ou estagiário de medicina.¹⁰⁰

Ao conceituar atestado falso, Genival Veloso de França:

O atestado falso seria aquele dado quando se sabe do seu uso indevido e criminoso, tendo por isso o caráter doloso. Se é fato que alguns médicos resistem, igualmente certo é também que, em alguns casos, o profissional é induzido por questões de amizade ou de parentesco, e assim, sem uma análise mais acurada, fornece um atestado gracioso ou falso, mesmo que seu Código de Ética diga que tal atitude é ilícita e o Código Penal veja como infração punível. Tais sanções são justas porquanto o Estado tem o direito de resguardar o bem jurídico da fé pública, cuja finalidade é sempre proteger uma verdade.

A falsidade do atestado médico está na sua falsidade ideológica. Está fraudado na sua substância, no seu conteúdo. A sua irregularidade, portanto, está no seu teor, na sua natureza intelectual, praticada por um agente especial que é o médico,

⁹⁹ BITENCOURT, 2015, p. 391

¹⁰⁰ Ibidem – p. 528

quando subverte o exercício regular de um direito. Na sua essência material ele pode até ser correto, pois foi firmado por alguém habilitado a fazê-lo. A falsidade material diz respeito apenas à sua falsificação, quando, por exemplo, ele é expedido por alguém que não possui habilitação legal nem habilitação profissional, ou seja, por alguém que não é médico.¹⁰¹

Luiz Regis Prado ensina que a conduta descrita no tipo penal não se refere a entregar atestado, mas sim, a atestar fato que sabe ser falso¹⁰². Ainda, quanto à consumação do crime, o autor explica:

O momento consumativo, portanto, é o da ultimação do atestado, isto é – dá-se na ocasião em que o médico termina de atestar, antes mesmo da entrega do documento a outrem. Interpretando-se sistematicamente o tipo em estudo, chega-se a essa conclusão, porquanto em todas as outras formas de falsificação ideológica – da qual o falso atestado médico é espécie – a consumação não se dá com a entrega ou com o uso posterior do documento, mas com a sua ultimação.¹⁰³

Destarte, ressalta-se que, para que a conduta esteja caracterizada, é necessária a presença de dolo, constituído pela vontade consciente de emitir atestado falso¹⁰⁴. Nesse sentido:

Para a caracterização do delito, é necessário que o médico tenha agido de má-fé. Para ilustrar, novamente, o ensinamento de Magalhães Noronha: “se um médico atesta que a gripe de seu cliente o impede de comparecer ao Tribunal, ainda que tal impossibilidade não seja real, pelo caráter brando da doença, não há falsidade, visto que a atestação exprime uma opinião, enquanto o fato, a gripe, é verdadeiro”.¹⁰⁵

¹⁰¹ FRANÇA, 2017, p. 136

¹⁰² REGIS PRADO, 2015, p. 1281

¹⁰³ *Ibidem* – p. 1283

¹⁰⁴ BITENCOURT, 2015, p. 529

¹⁰⁵ DERVICHE PRATES; MARQUARDT, 2003.

3.1.2 Dos crimes comuns

3.1.2.1 Omissão de socorro

Assim prevê o artigo 135, do Código Penal:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.¹⁰⁶

Verifica-se, então, que à luz do Direito Penal o delito de omissão de socorro trata-se de crime comum, porquanto não há necessidade de que seja praticado por sujeito específico para se perfeça, eis que o **dever genérico é o de não se omitir**¹⁰⁷, sendo, portanto, crime omissivo próprio¹⁰⁸.

A consumação do delito é instantânea, ou seja, basta que o socorro não seja prestado, mesmo que, posteriormente, alguém o tenha feito, impedindo o resultado lesivo à vítima.¹⁰⁹

Ainda que o referido crime compreenda condutas advindas de diferentes sujeitos, há de se observar que, em virtude da natureza da profissão médica, profissionais da saúde possuem maior responsabilidade sobre suas omissões, visto que são pessoas dotadas de maior capacidade para, de fato, socorrer outrem.

Às condutas concernentes à área médica, Genival Veloso França explica que:

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 07 de nov. 2017

¹⁰⁷ BITENCOURT, 2015, p. 287

¹⁰⁸ REGIS PRADO, 2015, p. 256

¹⁰⁹ Ibidem – p. 739

Configuram-se como omissão de socorro: a alegação do médico de estar de folga quando não existe outro na localidade; a recusa de tratar o paciente em perigo de vida que não tem recursos para o depósito prévio; a alegação de não existir, entre o hospital e o periclitante, convênio com a sua instituição assistencial.¹¹⁰

Ou seja, além do que dispõe o tipo penal, incorrerá no crime de omissão de socorro o médico que agir das maneiras descritas pelo autor, de modo que, se decorrente de tais condutas sobrevierem consequências prejudiciais ao paciente, poderá o médico ser criminalmente responsabilizado, imputando-o a prática do delito descrito no artigo 135, do Código Penal.

Ainda, introduzido pela Lei nº 12.653/2012¹¹¹, o artigo 135-A, do Código Penal:

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.”

Sendo assim, proibi-se expressamente a prática de exigir quaisquer garantias financeiras para o fornecimento de atendimento médico de emergência. Nesse sentido:

Os elementos acima descritos, para que se caracterize a conduta delitativa em apreço, devem ser exigidos como *condição* para atendimento médico-hospital de *emergência*. Ou seja, o agente vincula a prestação do atendimento médico à aferição de uma

¹¹⁰ FRANÇA, 2017, p. 240

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 12.653/2012**. Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12653.htm> Acesso em: 07 de nov. de 2017

garantia ou o preenchimento de formulário administrativo, retardando, dessa forma, o socorro a uma vida humana que dele necessita de forma emergencial, imediata, sob pena de comprometer gravemente a sua saúde ou até acarretar a sua morte.¹¹²

Nota-se, portanto, que o crime disposto no mencionado artigo conta com uma condição indispensável para que seja caracterizado: o estado de emergência que represente perigo grave à saúde ou à vida do paciente.

Ademais, frisa-se que se trata de crime de mera conduta, ou seja, basta a exigência de cheque-caução, nota promissória, preenchimento de formulário ou quaisquer garantias necessárias à prestação de atendimento hospitalar de emergência para que o crime esteja consumado e assim implique em consequências legais.¹¹³

3.1.2.1.1 A posição de garante do médico frente ao ordenamento jurídico

Resta destacar, então, a posição de garante do médico em relação à vítima, conforme previsto no artigo 13, §2º, do Código Penal:

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

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

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

¹¹² REGIS PRADO, 2015 – p. 745

¹¹³ Ibidem – p. 745

Ao contrário do que se viu anteriormente, o artigo em apreço trata da relevância de se omitir em casos em que há o **dever de agir**, ou seja, se refere ao tipo impróprio de omissão¹¹⁴.

Entende-se que, na relação médico-paciente, o primeiro assumiu a a responsabilidade de impedir resultado danoso ao segundo, estando assim em posição de garantidor. Deste modo, acaba-se por atribuir maior relevância a seus atos omissos, frisa-se, em situações em que possuía o dever de agir com o fim de resguardar a saúde e a vida do periclitante.

Isto posto, considerando o mencionado dever de agir atribuído, por lei, ao médico, como deverá, e se deverá, tal profissional da saúde ser criminalmente responsabilizado por atos que contrariem tal dispositivo legal, porém, atendam à exigência de respeito à autonomia da vontade do paciente, ressaltando-se os casos em que há a recusa por tratamento ou escolha de método diverso daquele indicado?

3.2 O DIREITO DO PACIENTE AO PRÓPRIO CORPO E A EVENTUAL RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

No estudo da responsabilidade penal do médico, é comum que se discutam primordialmente casos em que há imprudência, negligência ou imperícia no ato profissional. Isto porque, são inúmeras as possibilidades de ocorrência de tais situações na área da saúde, as quais podem gerar graves consequências legais ao responsável pelo dano causado.

No entanto, conforme demonstrado ao longo dos capítulos anteriores, a grande dificuldade encontra-se em responsabilizar – ou não - penalmente o médico que age, em casos específicos, de acordo com a vontade do enfermo, respeitando-se o princípio da autonomia, conforme veremos nos tópicos seguintes.

¹¹⁴ REGIS PRADO, 2015, p. 261

3.2.1 O tratamento do paciente terminal

Ao conceituar o paciente em fase terminal, Genival Veloso de França assim expõe:

Como paciente terminal entende-se aquele que, na evolução de sua doença, não responde mais a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições portanto de cura ou de prolongamento da sobrevivência. Segundo Holland (*Psychological issues in the care of the terminal III, Directions in psychiatry*, Nova York: Hatherleigh, 1982), é terminal aquele paciente que apresenta duas características fundamentais: a da incurabilidade e a do fracasso terapêutico dos recursos médicos.¹¹⁵

O direito à morte digna, valor fonte do Biodireito¹¹⁶, traz diversos e complexos questionamentos ético-legais frente aos avanços tecnológicos na área médica. Interessa-nos, principalmente, a validade do exercício da autonomia da vontade, fundamentada no direito de morrer com dignidade, quando confrontada com o direito indisponível à vida.

Muitos defendem que não há vida sem dignidade. Nesse sentido, a preservação da vida de um paciente cujo quadro clínico é irreversível apenas prolongaria seu sofrimento e feriria seu direito à morte digna, devendo ser respeitada a sua vontade acerca da continuação de tratamento, conforme explica a autora Maria de Fátima Freire de Sá:

Interesses conflitantes estão em cheque: o princípio da liberdade do sujeito e o princípio da indisponibilidade da vida. Mas e a vida? Para os defensores do direito de morrer, o conceito vida precisa ser repensado e deve ser encarado sob novo paradigma: Será que viver bem é viver muito? Será que vida digna é aquela segundo a qual o indivíduo, a despeito de todas as dores e sofrimentos que lhe tenham sido causados por determinada doença, ainda se mantenha ligado a aparelhos, ou sem eles, mas totalmente infeliz e dependente da boa vontade de outras pessoas? Na linha de raciocínio daqueles que são favoráveis à escolha do paciente, a

¹¹⁵ FRANÇA, 2017, p. 560

¹¹⁶ DINIZ, 2009, p. 371

vida só deve prevalecer como direito fundamental opnível *erga omnes*, enquanto for possível se viver bem.¹¹⁷

Assim, abre-se uma discussão acerca de métodos terminativos de vida e dos benefícios que tais práticas poderiam trazer ao enfermo em fase terminal, visando sempre preservar a dignidade humana.

Há, em oposição aos que defendem o respeito à escolha do paciente, aqueles que prezam sempre pela preservação da vida, sendo este o maior dever ético e legal do profissional da saúde. Nesse sentido:

Considerar que a eutanásia e de um modo geral todos os métodos que tenham como efeito provocar por compaixão, nos moribundos, uma morte doce e tranquila, deve ser igualmente repudiado. Sem dúvida, é dever do médico, enquanto suas possibilidades técnicas permitem, atenuar as angústias e os horrores da agonia quando se apresentem. Nestas circunstâncias, o medo de que sobrevenha a morte durante seus cuidados não deve deter suas iniciativas terapêuticas, porém não pode, sem dúvida, considerar como lícito o feito de provocá-la deliberadamente.¹¹⁸

Faz-se necessária, então, uma diferenciação entre eutanásia e ortotanásia.

3.2.1.1 Eutanásia

A prática da eutanásia consiste na antecipação da morte do paciente por motivos de compaixão e piedade, em situações em que se verifica a **incurabilidade, o sofrimento insuportável e a inutilidade do tratamento.**¹¹⁹

¹¹⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer : eutanásia, suicídio assistido.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 – p. 3

¹¹⁸ FRANÇA, 2017, p. 551

¹¹⁹ *Ibidem* - p. 552

Maria Helena Diniz, no entanto, entende que tais condições não são aptas e suficientes a justificar a eutanásia:

A incurabilidade, a insuportabilidade da dor e a inutilidade do tratamento não justificam a eutanásia porque: a) a incurabilidade é prognóstico e como tal falível é, e, além disso, a qualquer momento pode surgir um novo e eficaz meio terapêutico ou uma técnica de cura (...); b) a medicina já possui poderosos meios para vencer a dor física ou neurológica; e c) o conceito de inutilidade do tratamento é muito ambíguo. Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado constitucionalmente.¹²⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o método é ilícito e, embora não esteja expressamente previsto na legislação, o responsável por sua execução incorre nas penas do artigo 121 do Código Penal, cometendo o crime de homicídio em sua forma simples ou qualificada e também em sua figura privilegiada, prevista no §1º do referido artigo, em que há a redução da pena de um sexto a um terço quando o agente comete o crime movido por motivo de relevante valor moral ou social.¹²¹

Poderá incorrer, também, nas penas do artigo 122, do Código Penal, que se trata do induzimento ou instigação ao suicídio. Explica-se:

O delito previsto no art. 122 do Código Penal pode ser praticado mediante três condutas. A primeira delas é a de induzir (do latim *inducere*), que revela a iniciativa do agente, criando na mente do sujeito a idéia de tirar a própria vida. Instigar, o segundo verbo empregado pela lei, traduz a conduta de reforçar, estimular a idéia preexistente. Os meios utilizados por aquele que induz ou instiga alguém ao suicídio devem ser idôneos, capazes de influenciar moralmente a vítima. Caso contrário, não haverá nexo causal.¹²²

Não há dúvidas, portanto, de que a eutanásia é inadmissível à luz do ordenamento jurídico, porquanto a vida é um direito indisponível, o qual prevalece sobre a autonomia da vontade, não cabendo ao indivíduo consentir

¹²⁰ DINIZ, 2009, p. 382-383

¹²¹ SÁ, 2005, p. 128

¹²² PEIXOTO COSTA ROSA, Isaac. **A eutanásia no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/eutan%C3%A1sia-no-direito-brasileiro-0>> Acesso em: 28 de mar. de 2018

em sua morte. O responsável por sua execução, assim, será penalmente responsabilizado, incorrendo nas sanções dos artigos supracitados.

3.2.1.2 Ortotanásia

Também conhecida como eutanásia passiva, a ortotanásia consiste no ato de suspender medicamentos ou meios de manutenção da vida do paciente com morte encefálica, em estado vegetativo.¹²³

A Resolução n° 1.805/2006, baixada pelo Conselho Federal de Medicina, aprovou a execução do método em pacientes terminais ou incuráveis¹²⁴, obrigando ao médico que esclareça ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas, bem como assegura ao enfermo que este continuará a receber todos os cuidados a fim de aliviar o seu sofrimento e lhe proporcionar conforto físico, psíquico, social e espiritual.

Tal Resolução fundamentou-se justamente nos artigos 1°, inciso III e 5°, inciso III, ambos da Constituição Federal, que prevêm o respeito à dignidade humana e ao fato de que ninguém será submetido a tortura e a tratamento desumano ou degradante.

Há quem defenda, no entanto, que tal como a eutanásia, a prática da ortotanásia viola o direito indisponível à vida. Após a edição da Resolução, o Ministério Público Federal do Distrito Federal pugnou pela sua suspensão, ao argumento de que o método iria contra o previsto pelo Código Penal. Foi concedida medida liminar suspendendo a Resolução, que voltou a ser aplicada em 2010, após nova decisão judicial.¹²⁵

¹²³ FRANÇA, 2017, p. 552

¹²⁴ BRASIL. **Resolução CFM n° 1.805, de novembro de 2006.** Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 29 de mar. de 2018

¹²⁵ ORSINI MARTINELLI, João Paulo. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro.** Publicado no portal eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>> Acesso em: 29 de mar. de 2018

O Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009, que regulamentou e aprovou o novo Código de Ética Médica, prevê a prática da ortotanásia em seu artigo 41, parágrafo único:

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.¹²⁶

Genival Veloso de França, ao posicionar-se sobre o tema, expõe que:

A suspensão dos meios artificiais de um paciente *insalvável* e em estado de vida vegetativa é a situação que tem merecido maior compreensão da sociedade. Assim, diante de uma morte inevitável, cercada de muito sofrimento e diagnosticada pelos critérios rigorosos da “morte encefálica”, nem se pode dizer que exista eutanásia, pois este indivíduo já está morto pelo conceito atual que se tem de óbito.¹²⁷

Ante o exposto, denota-se que a ortotanásia não encontra quaisquer óbices no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, foi plenamente regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, e é aceita majoritariamente em um nível social, eis que visa preservar a dignidade humana do paciente já considerado legalmente morto e em estado vegetativo de vida.

¹²⁶ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.pdf> Acesso em: 29 de mar. de 2018

¹²⁷ FRANÇA, 2017, p. 554

3.2.2 O tratamento da Testemunha De Jeová

Tratando-se de pacientes Testemunhas de Jeová, a questão a ser abordada é primordialmente a escolha do tratamento, e não a recusa deste.

A opção de receber ou não transfusão de sangue, ainda que isso prejudique a vida do paciente, refere-se ao direito de crença individual do ser humano.

Atualmente, é cada vez mais comum que estes enfermos optem por tratamentos alternativos. No entanto, ao contrário do que possa parecer, tais métodos não necessariamente são menos eficazes ou seguros que aqueles tradicionais, possibilitando ao médico que respeite a autonomia da vontade do paciente e, principalmente, seu direito à liberdade religiosa.

No entanto, quando tais meios não são suficientes para garantir a preservação da vida do paciente, a intervenção médica mostra-se plenamente justificada e amparada pelo ordenamento jurídico.

Neste vértice, da análise do artigo 146, §3º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, denota-se que o ato médico contrário à vontade e ao consentimento do paciente não caracteriza o crime de constrangimento ilegal quando justificado por iminente perigo de vida.

O Código de Ética Médica, no mesmo sentido, dispõe em seus artigos 31 e 32 que é vedado ao médico desrespeitar a autonomia da vontade do paciente ou de seu representante legal de escolha da prática diagnóstica ou terapêutica, **salvo** em casos de iminente risco de morte, obrigando-o também a usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a favor do paciente.

Assim também é o entendimento jurisprudencial, conforme decisão proferida nos autos nº 19059-28.2015.8.16.001, da 8ª Vara Cível de Curitiba (PROJUDI), em que foi concedida liminar pleiteada pela requerente Sociedade Evangélica Beneficente de Curitiba (SEB) em face de Aurora Ribeiro de Mello, sob a seguinte fundamentação:

Relata a parte Autora que a Requerida, em consequência de queda, sofreu fratura transtrocantérica esquerda (quadril) e que se faz indispensável realização de tratamento cirúrgico. **Para isso, considerando as condições da Autora, necessariamente deve ser realizada transfusão sanguínea, contudo, esta ainda não foi realizada em razão de que a paciente se nega a autorizar tal procedimento porque seria contrário às crenças da sua religião (Testemunha de Jeová).** Logo, ante o eminente risco de vida da Requerida, pleiteia a parte Autora o deferimento da liminar para que seja autorizada a realização das transfusões sanguíneas necessárias à realização do procedimento cirúrgico. É o breve relatório. Decido. (...) **De outro lado, ante os documentos que instruíram a inicial dando conta da imperiosa necessidade da transfusão de sangue na paciente ré e realização do procedimento cirúrgico indispensáveis à preservação da sua vida, diante do iminente risco de morte (declaração médica de seq. 1.2) caso não efetuado desde logo, evidencia-se o periculum in mora.** (...) Ante o exposto, apesar da complexidade do tema e respeitadas as convicções em contrário, em sede de cognição sumária, por cautela, **defiro a liminar pleiteada autorizando a realização das transfusões sanguíneas e procedimentos cirúrgicos necessários para salvar a vida da paciente/ré, ainda que sem a concordância expressa desta.** (grifo)

Sobre o tópico, Maria Helena Diniz explica que:

Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou à de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num simples locador de serviços.¹²⁸

Em fevereiro de 2003, foi absolvida pelo Conselho Federal de Medicina médica de hospital paulista que deixou de realizar transfusão de sangue em paciente coreana, a qual era Testemunha de Jeová e foi a óbito durante o parto:

No processo sigiloso foram ouvidas 12 testemunhas, médicos, anestesistas, enfermeiras e, com auxílio de intérprete, familiares da vítima, que retornaram à Coréia após a tragédia. Ficou demonstrado

¹²⁸ DINIZ, 2009 , p. 269

que os familiares da paciente e ela própria assinaram um termo determinando à médica H.K, numa emergência, não realizasse nenhuma transfusão de sangue. Durante o parto Y.C.H. teve violenta hemorragia. Foi possível apenas salvar a vida da criança. (...) Assim, por maioria de votos, o Conselho Federal de Medicina decidiu que a paciente era dona de seu corpo. Nas circunstâncias expostas no processo, a médica não poderia desobedecer a vontade da parturiente, convicta de que - pela palavra das escrituras - as portas do Céu lhe seriam fechadas se recebesse a transfusão de sangue.¹²⁹

Trata-se, no entanto, de caso isolado, eis que o direito à vida se sobrepõe a todos os demais direitos da personalidade. Nesse sentido:

A liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios da ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e o de ajudar quem está prestes a falecer. A vida é um bem muito superior à liberdade de querer morrer, ensina Carlos Aurélio Mota de Souza.¹³⁰

Conclui-se, portanto, que não está sujeito a sanções legais o médico que, ainda que desrespeitando a autonomia da vontade e o direito à liberdade religiosa do paciente, emprega meios contrários àqueles por ele desejados a fim de salvar sua vida. Aquele que não o fizer, poderá incorrer em crime de omissão de socorro ou induzimento ao suicídio¹³¹.

¹²⁹ O Estadão. **Absolvida médica que não realizou transfusão em paciente.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,absolvida-medica-que-nao-realizou-transfusao-em-paciente,20030214p34642>> Acesso em: 28 de mar. de 2018

¹³⁰ DINIZ, 2009, p. 273

¹³¹ Ibidem – p. 273

4 CONCLUSÃO

A colisão entre o dever do Estado de proteção de bens jurídicos indisponíveis e a garantia da liberdade individual e autonomia de escolha, junto à evolução da sociedade e à necessidade de um convívio harmonioso e tratamento igualitário, gera notórios debates críticos em todas as esferas do Direito. Em uma linha horizontal, as ciências médicas, antes regidas majoritariamente pelo Biodireito, passam a ser ciência híbrida¹³², gerando efeitos cíveis, penais, éticos e administrativos. O Direito Médico, tal como o Estado, responde, de maneira ainda mais direta, pela proteção dos bens jurídicos de maior interesse do indivíduo, quais sejam, sua vida, saúde e integridade física. Os profissionais da área de saúde, que estão diariamente expostos a erros decorrentes de negligência, imprudência e imperícia, gerando efeitos na esfera cível, se encontram na posição de garante de seus pacientes, respondendo por suas ações e omissões também na esfera penal (artigo 13, §2º, “b”, Código Penal).

A responsabilidade penal do médico em casos de recusa de tratamento ou escolha de método diverso pelo próprio paciente apresenta fartas divergências do ponto de vista ético, legal e social. Isto porque a rejeição do assistido ao tratamento proposto pelo profissional pode envolver diversos fatores, muitas vezes determinantes à validade jurídica da manifestação da vontade, sendo o principal óbice ao respeito à autonomia de vontade do enfermo a presença de risco iminente à sua vida..

Nesse sentido, conforme vimos, o Código de Ética Médica, em seu artigo 31, veda ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de risco de morte**. Na mesma linha, o Código Penal, em seu artigo 146, §3º, inciso I, afasta a imputabilidade do crime de constrangimento ilegal quando há intervenção médica, sem o consentimento do paciente, em casos de risco iminente à vida.

¹³² FRANÇA, 2017, p. 43

Diante de todo o estudo realizado acerca da Medicina Legal, ressaltando-se o ramo do Biodireito e a esfera penal, conclui-se que o respeito à autonomia da vontade do enfermo, ao consentimento esclarecido e ao seu direito de liberdade e disposição ao próprio corpo, ainda que se trate de algo fundamental na relação médico-paciente, não configura uma premissa absoluta, uma vez que acima de todos estes fatores sempre estará o dever de zelar pelo bem jurídico de maior valor perante o Estado: a vida.

Sendo assim, o médico que contrariar tal dever e agir de modo a prejudicar ou terminar com a vida do indivíduo (salvo na hipótese da ortotanásia), ainda que aja movido por sentimentos de compaixão, consciência ou religião, acatando a vontade do paciente, será penalmente responsabilizado à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Ameilda. **Direito médico** : abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. São Paulo: Atlas, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. II. parte especial. dos crimes contra a pessoa. 11 ed. 2015. São Paulo : Saraiva

BRASIL. **Constituição Federal de República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>

BRASIL. **Lei nº 12.653/2012**. Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12653.htm>

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.805, de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009**. Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>

BRASIL. **Resolução CFM nº 1/2016, de janeiro de 2016**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>

CARDOSO DE MATTOS, Maria de Lourdes. **O Direito à Vida e à Liberdade de Crença: Discussões sobre a Homotransfusão**. 01 de jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/315-artigos-jul-2015/7263-o-direito-a-vida-e-a-liberdade-de-crenca-discussoes-sobre-a-hemotransfusao-1>>

DA COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo. **Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1639/tribunal-de-nuremberg>>

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. 58 p. (Passo-a-passo ; 55)

DE OLIVEIRA, Paulo Henrique; DOS ANJOS FILHO, Roberio Nunes. **Bioética e Pesquisa em Seres Humanos**. Publicado em jan/dez de 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67739/70347>>

DERVICHE PRATES, Núria; MARQUARDT, Marcelo. **A Responsabilidade penal do médico e o processo penal**. Simpósio Medicina e Direito. 2003. Disponível em: <<http://jvascbras.com.br/pdf/03-02-03/simposio/03-02-03-241.pdf>>

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

DONIZETI LIBERATI, Wilson. A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional. **Tutela dos direitos humanos e fundamentais** : ensaios a partir das linhas de pesquisa e Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui, SP : Boreal Editora, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

GOGLIANO, Daisy. **Autonomia, Bioética e Direitos da Personalidade**. Revista de Direito Sanitário. vol. 1, n. 1, Novembro de 2000 - p. 10. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/13078/14880>>

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. vol.II, 3 ed., Coimbra: Almedina, 2009.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Art. 5. "GLI atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, e quando siano altri menti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume" Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1992

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011**. Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0104_25_01_2011.html>

O Estadão. **Absolvida médica que não realizou transfusão em paciente**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,absolvida-medica-que-nao-realizou-transfusao-em-paciente,20030214p34642>>

ONU. **Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. Proclamada pela resolução 3384 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de novembro de 1975. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_3.htm>

ORSINI MARTINELLI, João Paulo. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro**. Publicado no portal eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>>

PEIXOTO COSTA ROSA, Isaac. **A eutanásia no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/eutan%C3%A1sia-no-direito-brasileiro-0>>

REGIS PRADO, Luiz; **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015

ROCHA MENDES, Karyna. **Curso de Direito da Saúde**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA SALOMÃO, Kátia; SVOLINSKI JUNIOR, Waldomiro S. **Kant: os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever**. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/1422/856>>

ROSS, W. D. **The right and the Good**. Oxford: Clarendon, 1930. p. 21-22, apud GOLDIM, José Roberto. Princípio da Beneficência. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/benefic.htm>>

RUBIM DE SOUZA NETTO, Cintia. **Caderno de Iniciação Científica**. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/images/cadernos_de_ic.pdf>

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer : eutanásia, suicídio assistido**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

SILVA, Jose Antonio Cordero da; DIAS, Ana Caroline Sobrinho; MACHADO, Andressa Abnader; FONSECA, Raissa Magalhães de Mendonça; MENDES, Ricardo dos Santos. **A importância da autonomia como princípio bioético**. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0101-5907/2012/v26n2/a3211.pdf>>

SOUZA DE MOURA, NIDERLEE. **Das questões relativas à transfusão de sangue em crianças e adolescentes**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61422/das-questoes-relativas-a-transfusao-de-sangue-em-criancas-e-adolescentes>>

SOUZA DE MOURA, NIDERLEE. **Direito à vida e direito à liberdade de crença aplicado ao caso das Testemunhas de Jeová: caso de colisão de direitos?** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61419/direito-a-vida-e-direito-a-liberdade-de-crenca-aplicado-ao-caso-das-testemunhas-de-jeova-caso-de-colisao-de-direitos>>

UNESCO. **Declaração universal sobre direitos humanos**. Adaptada por aclamação no dia 19 de outubro de 2005, pela 33 sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>

VERDAN RANGEL, Tauã L. **Código de Nuremberg: a construção histórica da pesquisa com seres humanos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,codigo-de-nuremberg-a-construcao-historica-da-pesquisa-com-seres-humanos,37725.html>>

ZAMBON, Lucas Santos. **Primum non Nocere**. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao__primum_non_nocere.htm>