

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

REBECA DO AMARAL MARTINS

DEVER E CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Porto Alegre

2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

REBECA DO AMARAL MARTINS

DEVER E CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Porto Alegre

2019

REBECA DO AMARAL MARTINS

DEVER E CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2019

Ficha Catalográfica

A485d Amaral Martins, Rebeca do

Dever e Consentimento na Relação Médico-paciente / Rebeca do Amaral Martins . – 2019.

104 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila.

1. Relação Médico-paciente. 2. Tratamento Médico. 3. Posição de Garantidor. 4. Consentimento Informado. 5. Tutela Penal da Vida. I. Roberto D’Avila, Fabio. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

REBECA DO AMARAL MARTINS

DEVER E CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Aprovada em 21 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Alexandre Lima Wunderlich
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

À minha irmã e futura médica,
Renata do Amaral Martins

AGRADECIMENTOS

A escrita de uma dissertação é certamente um momento solitário. Mas nem só de exílio e estudo (sobre)vivem os que habitam a pós-graduação em ciências criminais.

Momentos muito mais compartilhados, repletos de diálogo e emoção, cheios de trocas e de ideias – múltiplas quando semelhantes e numerosas quando diversas – já haviam constituído este texto, antes mesmo que nossas palavras encontrassem o papel. Justo motivo pelo qual não temos dúvida de que foi com o outro o encontro mais importante na construção desta monografia.

Não avancemos, portanto, sem antes fazer alguns registros.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) e ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim), pela concessão de bolsa parcial, que me possibilitou cursar esse prestigiado programa, muito obrigada.

Muito especialmente, agradeço aos meus pais, Acácio e Maria, à minha irmã Renata e ao Beto, pessoas por quem eu tenho uma gratidão impossível de traduzir em palavras.

Quero também manifestar meu mais profundo e sincero obrigado ao Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra e ao Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, elementares na minha formação.

Aos ex-colegas e inestimáveis amigos do *Saavedra & Gottschefsky Advogados*, muito obrigada pelo incentivo e por permanecerem ao meu lado.

Ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, coordenado pelo Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, no qual eu tenho aprendido muitíssimo desde a Iniciação Científica, principalmente ao Dr. Daniel Leonhardt dos Santos, que há muito tem contribuído para o meu crescimento acadêmico.

Gostaria ainda de agradecer aos colegas de escritório, sobretudo ao Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira, cujo exemplo de dedicação e comprometimento é insuperável. Muito obrigada, professor, por toda a ajuda, pelos muitos momentos de tolerância e pela especial amizade.

Aos amigos e profissionais da área da saúde, por meio dos quais eu tive a oportunidade de compreender, a partir de uma perspectiva diversa daquela vista pelo direito penal, questões importantíssimas sobre o meu objeto de pesquisa. Da mesma forma, muito obrigada pela bonita e sincera amizade aos queridos amigos que, independentemente da distância, me acompanham, apoiam e torcem por mim.

Todos os agradecimentos são, por fim, multiplicados e estendidos ao Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila, que me apresentou ao direito penal, tanto na academia quanto na advocacia, assim como me aproximou de grande parte das pessoas aqui nominadas, pelo que sou eternamente grata.

Orientador que me transmitiu a segurança necessária para que eu pudesse desenvolver esta dissertação com liberdade e confiança. Liberdade que, aliás, pauta a sua incansável defesa por um direito penal firmado em “uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais” (D'AVILA, 2009, p. 51).

Por tudo isso, Professor (e por todo o mais), muito obrigada!

— Severino, retirante,
deixe agora que lhe diga:
eu não sei bem a resposta
da pergunta que fazia,
se não vale mais saltar
fora da ponte e da vida;
nem conheço essa resposta,
se quer mesmo que lhe diga
é difícil defender,
só com palavras, a vida,
ainda mais quando ela é
esta que vê, Severina
mas se responder não pude
à pergunta que fazia,
ela, a vida, a respondeu
com sua presença viva.
E não há melhor resposta
que o espetáculo da vida:
vê-la desfiar seu fio,
que também se chama vida,
ver a fábrica que ela mesma,
teimosamente, se fabrica,
vê-la brotar como há pouco
em nova vida explodida;
mesmo quando é assim pequena
a explosão, como a ocorrida;
como a de há pouco, franzina;
mesmo quando é a explosão
de uma vida Severina.

Cabral de Melo Neto,
1955

RESUMO

As expressivas e importantes conquistas com as quais a medicina tem surpreendido e o seu constante aprimoramento, mostram que sua capacidade científica está para alcançar feitos ainda maiores. Mas, se a ciência puramente técnica não costuma esbarrar nas suas próprias dificuldades, ultrapassando, com frequência, boa parte dos seus limites; deontologia, ética, bioética, filosofia, direito e a própria *leges artis medicinae* balizam a sua atuação. A comunicação entre essas áreas, contudo, ainda não se estabeleceu com a habitualidade, seriedade e profundidade esperada. Especialmente por esse motivo – mas não só, é claro –, observa-se que a prática médica orienta-se em um espaço que, não raramente, abarca normas incertas, conflituosas, ou, ainda, que se mostram silentes no que concerne a questões extremamente relevantes. Apreensivos com as consequências que esse terreno movediço traz, sobretudo no que tange à compreensão dos deveres de garantia que o médico pode vir a assumir, e, conseqüentemente, à delimitação de sua responsabilidade penal, esta dissertação empreende esforços para traçar um diálogo, se não entra grande parte das áreas antes nominadas, ao menos entre o direito penal e a medicina, com sua deontologia médica, ética profissional e *leges artis*. Valendo-se, portanto, do máximo de interdisciplinaridade que os objetivos e as restrições deste estudo permitem, revisa-se bibliografia e discute-se casos construídos com base em fatos ou em elementos da realidade, tudo com o fim de identificar a conduta que o profissional médico, enquanto garantidor, está legitimado a seguir diante de um paciente que não deseja submeter-se a ações de salvamento. Em outros termos, busca-se esclarecer as questões relativas à recusa do paciente a um tratamento médico em casos de iminente risco de vida.

Palavras-Chave: Relação Médico-paciente. Tratamento Médico. Posição de Garantidor. Consentimento Informado. Tutela Penal da Vida.

ABSTRACT

The expressive and important achievements in which medicine has surprised us and its constant improvement shows that its scientific capacity is about to achieve even greater things. But, if purely technical science does not usually get blocked by its own difficulties, often overcoming them, a good part of its limits; deontology, ethics, bioethics, philosophy, law and even *leges artis medicinae* sets its boundaries. The communication between those areas, however, isn't already established with the usuality, seriousness and depth we need. Specially by this reason – but not only, of course –, we observe that the medical practice is oriented in a space that, commonly, embrace imprecise and conflicting rules, or even rules that are silent about extremely relevant issues. Apprehensive with the consequences that this quicksand terrain brings, mainly regard the understanding of guarantor's duties that the physician may assume, and consequently, the delimitation of his criminal liability, this thesis makes efforts to start a dialogue, if not between all the previously mentioned areas, at least between criminal law and medicine, with its medical deontology, professional ethics and *leges artis*. Therefore, using the maximum interdisciplinarity which the objectives and restrictions of this study allows, it reviews the bibliography and discusses cases constructed based on facts or elements of reality, with the objective of identify the conduct that the medical professional, as guarantor, is legitimized to proceed when he come across a patient who does not wish to be submitted to rescue actions. In other words, this thesis seeks to clarify the related issues of the decline of a patient to receive medical treatment in cases of imminent life risk.

Keywords: Doctor-patient Relationship. Medical Treatment. Position of the Guarantor. Informed Consent. Criminal-law Protection of Life.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O EXERCÍCIO DA MEDICINA E O ILÍCITO-TÍPICO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA. QUESTÕES ACERCA DO DEVER DE GARANTIA.....	17
2.1 CASOS DE REFERÊNCIA	17
2.2 O ILÍCITO COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO E O EXERCÍCIO DA TUTELA PENAL POR MEIO DA NORMA PRECEPTIVA	19
2.2.1 O ilícito-típico de omissão: imposição de ações que visem à conservação do bem jurídico	22
2.2.2 Os elementos da omissão imprópria: considerações sobre o art. 13, parágrafo 2º, do Código Penal brasileiro.....	27
2.3 O COMPORTAMENTO OMISSIVO NO EXERCÍCIO DA MEDICINA E SUA RELEVÂNCIA PENAL: SOBRE A POSIÇÃO DE GARANTIA QUE O MÉDICO PODE VIR A ASSUMIR	41
2.3.1 O fundamento do dever médico de garantia: assunção fática e inequívoca do tratamento do enfermo.....	43
2.3.2 A extensão do dever de garantia e o agir concreto	54
3 O MÉDICO GARANTE, O PACIENTE AUTONOMO E O QUE A TUTELA PENAL DA VIDA SIGNIFICA NESSE CONTEXTO.....	56
3.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO QUE ORIENTA A PRÁTICA MÉDICA NOS DIAS DE HOJE	57
3.1.1 O exercício da medicina entre as marcas do paternalismo e o modelo de autonomia.....	57
3.1.2 A necessidade de aproximar o direito (penal) da medicina e a bioética.....	63
3.2 A (IR)RELEVÂNCIA PENAL DO COMPORTAMENTO MÉDICO CONSISTENTE NA NÃO REALIZAÇÃO DE UM TRATAMENTO CURATIVO. O DIREITO DO PACIENTE AO DISSENTIMENTO.....	68
3.2.1 O exercício da medicina em consonância com a deontologia, a <i>leges artis</i> e a ética da profissão	68
3.2.2 A ausência de um dever médico de ação nos casos caracterizados como ortotanásia	77
3.2.3 A (in)disponibilidade da vida	86
3.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS CASOS DE REFERÊNCIA	93
4 CONCLUSÕES	103
REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

– Trata-se de coisa mais alta, trata-se de uma experiência científica. Digo experiência, porque não me atrevo a assegurar desde já a minha idéia; nem a ciência é outra coisa, Sr. Soares, senão uma investigação constante. Trata-se, pois, de uma experiência, mas uma experiência que vai mudar a face da Terra. A loucura, objeto dos meus estudos, era até agora uma ilha perdida no oceano da razão; começo a suspeitar que é um continente. (MACHADO DE ASSIS, 1882)

As expressivas e importantes conquistas com as quais a medicina tem surpreendido e o seu constante aprimoramento mostram que sua capacidade técnico-científica está para alcançar feitos ainda maiores. Seria desastroso, contudo, se esse potencial servisse a uma ciência que, “com os olhos acesos da convicção científica” – assim como o alienista de Machado de Assis –, se revela incapaz de enxergar limites para além das suas próprias deficiências e imperfeições. Afinal, se no horizonte não se vislumbram outros objetivos, para além do avanço técnico-científico, não temos dúvida de que o alienado será o próprio alienista¹.

Em rápida pesquisa ao Tribunal de Justiça de São Paulo, encontramos duas recentes apelações, uma de 2017 e outra de 2018, que, com fundamentação diversa, pediam para que fossem declarados o “direito de não iniciar tratamento médico fútil” e o “direito de opção pela ortotanásia”². “Nota-se”, disse o Relator de um dos recursos,

¹ Mais uma vez, faz-se alusão à obra de Machado: “– Nada tenho que ver com a ciência; mas, se tantos homens em quem supomos juízo são reclusos por dementes, quem nos afirma que o alienado não é o alienista?”.

² Apesar de semelhantes, os pedidos foram julgados de maneira diversa: Foi negado provimento a um dos recursos, com os seguintes argumentos: “(...) não se mostra imprescindível a intervenção judicial, haja vista que o apelante pode se valer de “testamento vital” para obter sua pretensão, nos termos do enunciado n. 528 da V Jornada de Direito Civil, do seguinte teor: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Declaratória. Ação que objetiva a declaração do direito de opção pela ortotanásia (...) Apelação nº 1001378-30.2015.8.26.0363. Apelante: Antônio Fernando Correa Bastos. Apelado: O Juízo da Comarca. Relator: J.L. Mônaco da Silva. *Diário de Justiça Eletrônico*, Ano XI, Edição 2507, São Paulo. Data do Julgamento: 31/01/2018. Data de Registro: 31/01/2018). Por outro lado, um dos recursos foi provido, tendo a Relatora sustentado que: “Deveras, a hipótese dos autos é peculiar; pretende a Autora que seja reconhecido judicialmente seu direito à morte correta (natural), constituindo por sentença sua declaração de vontade e as regras para efetivação de seu direito. (...) razão assiste à Apelante ao brandir em seu recurso a garantia do acesso à Justiça. É certo que a Constituição Federal proclama que a todos é assegurado o acesso ao Poder Judiciário; se entendera a Autora que a melhor solução para o seu caso fora pela via judicial, para que não haja a possibilidade de impugnação à sua declaração de vontade posteriormente, o Juízo não pode fechar suas portas a quem o procurou e remeter a outras vias.” (SÃO PAULO.

“que se trata de pedido hipotético, pois o apelante não aponta sequer a doença que o acomete”³. A solicitação do recorrente, dentre outros casos igualmente sintomáticos, confere substrato fático às observações de Barroso, no sentido de que, se a morte já foi o grande temor do homem, hoje, a possibilidade de “prolongá-la” assusta tanto ou ainda mais. Nas palavras do autor:

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são signos da nossa humanidade, o destino comum que iguala a todos. Representam, a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, pela incapacidade humana de compreender em plenitude o processo da existência. Desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência. A ciência e a medicina expandiram os limites da vida em todo o mundo. Porém, o humano está para a morte. A mortalidade não tem cura. É nessa confluência entre a vida e a morte, entre o conhecimento e o desconhecimento, que se originam muitos dos medos contemporâneos. Antes, temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. O poder humano sobre *Tanatos*.⁴

Avançando a reflexão, e tendo como principal interesse as intensas modificações que os mais novos recursos da medicina estão a gerar, sobretudo para “a realidade a que chamamos vida humana”, Faria Costa convida-nos a “repensar o sentido e o conteúdo”⁵ desse importantíssimo bem jurídico-penal. De outro lado, e também atento as consequências do desenvolvimento técnico-científico, Arthur Kaufmann⁶ indaga se seria possível disfrutar das vantagens do progresso médico, ao mesmo tempo em que se rechaça as suas inconveniências. Acrescente-se, às

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). (...) Apelação nº 1084405-21.2015.8.26.0100. Apelante: Elca Rubinstein. Apelado: Juízo da Comarca. Relatora: Giffoni Ferreira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Ano X, Edição 2307, São Paulo. Data do Julgamento: 14/03/2017. Data de Registro: 15/03/2017).

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Declaratória. Ação que objetiva a declaração do direito de opção pela ortotanásia e pela cremação após a morte. Extinção do processo. Ausência de interesse de agir. Inconformismo do autor. Desacolhimento. Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP. Pedido hipotético. Ausência de pretensão resistida. Pedido formulado pelo apelante que dispensa intervenção judicial, pois pode ser obtido por meio de “testamento vital”. Sentença mantida. Recurso desprovido. Apelação nº 1001378-30.2015.8.26.0363. Apelante: Antônio Fernando Correa Bastos. Apelado: O Juízo da Comarca. Relator: J.L. Mônaco da Silva. *Diário de Justiça Eletrônico*, Ano XI, Edição 2507, São Paulo. Data do Julgamento: 31/01/2018. Data de Registro: 31/01/2018.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010, p. 20.

⁵ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 768-769.

⁶ Nas palavras do autor: “¿Es posible disfrutar de las ventajas del progreso médico, rechazando, em cambio, los inconvenientes que éste lleva consigo?”. KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987, p. 40.

aludidas inovações, o reconhecimento da autonomia do paciente e teremos mais outras tantas questões para debater⁷.

A “nova” medicina vai, assim, intensificando ainda mais a nebulosidade da zona em que se encontram as já antigas discussões em torno da vida e da liberdade. E como é da vida e da liberdade que se trata, o resultado desses debates vão ser, sempre e em alguma medida, relevantes para cada um de nós, o que exige um enfrentamento tão amplo e profundo do tema quanto a abrangência e complexidade de seus respectivos problemas.

Cientes disso e buscando delimitar o objeto de estudo, a fim de possibilitar o seu desenvolvimento de maneira consistente, o presente trabalho propõe-se a identificar que conduta o médico está legitimado a seguir diante de um paciente que não deseja submeter-se a ações de salvamento; e, por via de consequência, analisar a possibilidade de dissentimento nesses casos. Em outras palavras, o objetivo é compreender a (ir)relevância penal conferida, no ordenamento jurídico brasileiro, ao comportamento médico que, em respeito à vontade do paciente, não empreende o tratamento devido, mesmo que a escolha por essa medida venha a repercutir na morte do enfermo.

Longe de negar a complexidade e a intrínseca relação do tema com outras áreas do saber, a ideia do trabalho é avançar na parte que toca ao direito penal, é descobrir o que o direito penal pátrio tem a dizer sobre a questão, o que, é bom esclarecer, não significa desenvolver o assunto na letra fria da lei. A presente investigação não se pauta, portanto, em uma dogmática vazia de sentidos, incapaz de abarcar critérios axiológicos e próxima do positivismo jurídico, tampouco é construída a partir de concepções funcionalistas do direito penal. Encontra-se, isso sim, entre esses dois extremos: entre o “vazio formal do normativismo positivista e o exacerbado instrumentalismo”⁸, orientando-se por uma “dogmática penal revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição, ressurgiu como lugar, por

⁷ Sobre o tema, ver os textos originados do Seminário Internacional “Tratamiento médico y autonomía personal: ¿Quién decide?”, reunidos na obra: BUERGO, Blanca Mendoza (editora). *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Civitas, 2010.

⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

excelência, de convergência de direitos e garantias fundamentais”⁹. Assume-se e reforça-se a dimensão valorativa do direito penal, trabalhando o tema ora proposto em cima de critérios materiais que sustentam os institutos jurídicos implicados na presente problemática.

Na sincera opinião daquela que escreve o presente texto, uma investigação nesses moldes consiste em um importante passo em direção a um assentamento da matéria, ajudando a alcançar a necessária segurança jurídica que se deve às pessoas que, seja na condição de médico, paciente, familiares do paciente, etc., precisam enfrentar essa difícil questão. Quanto a isso, lembra-se que, para além dos estudos que problematizam a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, os quais se desenvolvem com frequência no debate acerca da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade religiosa, não se encontra, na doutrina penal brasileira, uma ampla e aprofundada bibliografia sobre o tema. Já tarda, portanto, a hora de o direito penal voltar-se à questão.

Atenta-se, contudo, para o fato de que, com isso, não se quer dizer que o direito penal, por si só, é capaz de oferecer a melhor solução para o problema. Pelo contrário. Pensamos que a resposta à questão ora levantada será tanto mais democrática quanto for amparada na bioética, aqui entendida como “uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver”¹⁰. Nesse sentido, acredita-se que a discussão deve ser aberta à sociedade, deve ser pensada a partir do conhecimento já alcançado em diversas outras áreas do saber, para além do direito, como a filosofia, a medicina, a sociologia, a religião. E ainda que esse *encontro de ideias* não leve a uma resposta exata, uma vez que “os resultados das reflexões são sempre passíveis de discussão”, ou seja, “não são definitivos nem imutáveis”¹¹, a discussão bioética importa à medida que se apresenta como “um elemento a mais na busca de uma reflexão adequada” acerca de “situações que envolvem a vida e o viver”¹². Assim, a bioética pode servir de crítica ao tratamento

⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34/35.

¹⁰ GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. *Rev HCPA*, 2006; 26(2):86-92, p. 91. Também em: GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 53 (1): 58-63, jan.-mar. 2009, p. 59.

¹¹ GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. *Rev HCPA*, 2006; 26(2):86-92, p. 88.

¹² GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 53 (1): 58-63, jan.-mar. 2009, p. 62.

jurídico-penal conferido à omissão médica ora em questão, podendo, tanto reafirmar a posição já consolidada, quanto orientar uma solução diferente para o problema, o que deverá ser acolhido desde que respeitado os limites de legitimidade estabelecidos pela normatividade penal e constitucional.

Sempre pautados pelas considerações acima, abrimos o primeiro capítulo com quatro casos que servem de referencial à presente investigação. Após essa exposição, e a partir da compreensão de crime como ofensa ao bem jurídico, adentramos no ilícito-típico de omissão, com considerações acerca dos requisitos dos crimes omissivos impróprios, em especial o dever de garantia, tudo em conformidade com o art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro. Por fim, encerramos o capítulo com os fundamentos que sustentam o dever de garantia do médico em relação aos bens jurídicos do paciente.

No segundo capítulo, buscamos compreender as concepções que, contemporaneamente, orientam a prática médica, introduzindo os principais aspectos do modelo de relação médico-paciente com o auxílio da bioética. Com essas considerações, já teremos substrato fático e teórico suficiente para o desenvolvimento mais detido do problema formulado nesta dissertação, de forma que passamos à análise da possibilidade de recusa ao tratamento médico e suas consequências penais, com notas sobre a disponibilidade do bem jurídico vida e observações relativas à ortotanásia e à eutanásia.

Ainda no segundo e último capítulo, retomamos os casos que nos serviram de referencial, com o intuito de objetivar nossas considerações, esclarecendo as respostas que, no nosso sentir, a presente monografia oferece às referidas situações; além de aprofundar, ainda que por via de um trabalho teórico, as questões práticas relativas ao nosso objeto de estudo.

2 O EXERCÍCIO DA MEDICINA E O ILÍCITO-TÍPICO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA. QUESTÕES ACERCA DO DEVER DE GARANTIA

2.1 CASOS DE REFERÊNCIA

A vida está repleta de histórias que instigam o presente estudo. Dentre elas, quatro foram especialmente selecionadas para servir de referencial à presente investigação.

Aos 79 anos, um senhor encontra-se com seu pé esquerdo em processo de necrose devido a uma lesão que sofrera tempos atrás. A cada dia que passa, a patologia resulta mais agravada, o que está a causar-lhe outros sérios problemas de saúde. Os médicos, então, alertam para o grande risco de a doença vir a desencadear uma infecção generalizada, hipótese que conduziria a sua morte. Diante disso, e da ausência de outros meios disponíveis e suficientes para a preservação de sua vida, os especialistas concluem que o tratamento médico adequado ao problema passa pela amputação do membro então necrosado. Devidamente informado sobre a situação, sobretudo quanto aos riscos de morte, o senhor decide que não irá atender as orientações médicas, negando-se a aceitar a cirurgia de amputação.

Uma portadora de sífilis decide que não irá procurar ajuda médica para realizar o tratamento adequado a sua doença. Ocorre que a mulher acaba engravidando, de modo que, ao realizar uma consulta com o médico obstetra, o especialista lhe orienta a iniciar, imediatamente, um tratamento para a referida patologia, vez que infecciosa e transmissível ao feto. O médico explica, ainda, que, em mais de cinquenta por cento dos casos, gestantes portadoras de sífilis, que não buscam o devido tratamento médico, acabam perdendo a criança, seja em razão da ocorrência de um aborto, seja em razão do nascimento de um bebê sem vida; ou, na melhor hipótese, dão a luz a um bebê que, já ao nascer, tem de enfrentar sérios problemas de saúde. Os esclarecimentos do obstetra não convencem. A mulher, agora gestante, continua a negar o tratamento médico.

Completamente paralisada do pescoço para baixo, devido aos sintomas de uma síndrome neurológica denominada Guillain-Barre, uma jovem de vinte e cinco

anos permanece viva graças a um aparelho de respiração artificial, capaz de mantê-la assim por muitos anos. Não a interessa, contudo, passar o tempo daquela maneira, razão pela qual pede a seus médicos que desliguem seu suporte vital. Outra jovem, ciente de que nada a impedia de incorrer em uma situação semelhante à descrita, podendo, nessa eventual circunstância, não ter a mesma chance de manifestar sua vontade, informa a seus pais que não gostaria de acabar ligada a uma sonda médica, inclusive se aquela fosse a única maneira de mantê-la viva. Por uma fatalidade, tempos depois, a jovem envolve-se em um grave acidente automobilístico, infortúnio que a leva a atingir o chamado *estado vegetativo persistente*. Do mesmo modo que a moça tetraplégica em razão da síndrome de Guillain-Barre, sua vida também pode ser preservada por muitos anos através de um suporte vital. Conquanto isso, seus pais optam por respeitar o desejo da filha e, assim, pedem aos médicos que desliguem os aparelhos que a mantém viva.

O que os médicos podem fazer em situações como essas?

Todos os casos aqui narrados possuem base em fatos ou em elementos da realidade. O primeiro trata de uma apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual o Ministério Público Estadual requeria que médicos fossem autorizados a amputar o pé de um paciente contra a sua vontade, dado o risco que a negativa à medida representava para a vida do enfermo. O segundo compreende uma série de notícias acerca da dificuldade de controlar e reduzir a incidência da sífilis congênita (transmitida pela gestante ao feto) em nosso país, o que, dentre outros fatores, é resultado do elevado número de mulheres que, durante o período gestacional, não realizam o tratamento adequado ou simplesmente não tratam a doença. Já os dois últimos são casos levados a julgamento no Canadá e na Itália. O terceiro refere-se à Nancy B., uma portadora da síndrome de Guillain-Barre que requereu em juízo autorização para que seu médico desligasse o aparelho de respiração artificial que a mantinha viva. Por fim, o quarto caso diz respeito a uma jovem italiana, Eluana Englaro, que, em razão de um acidente automobilístico, entrou em estado vegetativo persistente. Seu pai, ciente de que a jovem havia confessado preferir morrer a ter sua vida sustentada de modo artificial, ingressou em juízo com pedido para que o suporte vital da filha fosse removido.

Há, portanto, pelo menos em relação ao primeiro e aos dois últimos casos, uma decisão judicial acerca da vontade manifestada pelos pacientes quanto à

condução de seus cuidados médicos. Ao final do trabalho, essas decisões e cada uma das quatro histórias serão retomadas à luz das considerações teóricas que serão aqui desenvolvidas.

2.2 O ILÍCITO COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO E O EXERCÍCIO DA TUTELA PENAL POR MEIO DA NORMA PRECEPTIVA

O surgimento de novas realidades (como a manipulação genética¹³ ou a possibilidade de realização do xenotransplante¹⁴), a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes (como o meio ambiente¹⁵), assim como a mudança na valorização de realidades sempre presentes (a exemplo da própria vida), ao lado da percepção de que os avanços tecnológicos comportam inúmeras possibilidades de ação capazes de trazer grandes riscos à humanidade – o que, inclusive, levou Beck a caracterizar a sociedade moderna como *sociedade do risco*¹⁶ –, entre outros fatores, ampliaram o horizonte de proteção do Estado, dando lugar à uma das vertentes da denominada *expansão do direito penal*¹⁷. Nesse contexto, e no que diz respeito a um de seus reflexos na teoria do crime, viu-se o eixo do *conteúdo material do ilícito* deslocar-se para o *desvalor da ação*¹⁸, sob o custo da, cada vez mais imprescindível, “noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico”¹⁹. Da mesma forma, e agora no que tange ao nosso especial ponto de interesse, passou-se a uma supervalorização do delito de omissão como forma de tutela penal, sobretudo pela ideia de que a “crescente interdependência de los indivíduos en la vida social” torna a

¹³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Alcance, eficacia y legitimación del derecho penal en el ámbito de las biotecnologías. *Revista Catalana de Seguretat Pública, Mollet del Vallès*, n. 13, p. 103-116., 2003.

¹⁴ Conforme explica Sporleder de Souza, o xenotransplante consiste na “transferência de órgãos ou tecidos de indivíduos pertencentes a outras espécies ao ser humano”. Cf. SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Direito Penal Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 126.

¹⁵ RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Montevideo: B. de F., 2008.

¹⁸ GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal?. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. (Estudios de derecho penal, 15), p. 503.

¹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

proteção de “bienes jurídicos de um sujeito” dependente “de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceiros”²⁰. É nesse cenário que D’Avila, ao tratar dos crimes omissivos próprios, manifesta sua preocupação com a liberdade individual:

[...] o crescimento do Estado em razão do aumento de seus compromissos sociais leva a um fenômeno jurídico que se manifesta nitidamente na propagação desenfreada de leis, quer em antigos espaços de normatividade, quer no avanço para novos âmbitos de intervenção, em conseqüente detrimento da liberdade individual.²¹

Curiosamente, enquanto o direito penal parece querer diminuir o campo de liberdade pertencente a cada um de nós, essa mesma liberdade individual tem conquistado espaços cada vez maiores na área médica. A direção, em princípio, oposta para a qual caminham esses dois saberes deve, no entanto, encontrar um sentido comum. O direito (penal) da medicina²² precisa, portanto, dedicar-se a vencer antigos desafios a partir de novas perspectivas, atentando para os seus limites e abrindo-se para a ética médica, assim como para outras áreas, a fim de dar conta da interdisciplinaridade que lhe é inerente.

Nesse preciso horizonte, importa, já à partida, empreender esforços para traçar um diálogo, no qual a importante proteção penal alcançada pelos delitos de omissão imprópria, no que diz respeito aos bens jurídicos integridade física, saúde e vida, possa convergir com a necessária limitação da atuação médica perante à manifestação de vontade do paciente. Para atingirmos o aludido objetivo, iniciamos

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Montevideo: B. de F., 2008, p. 17.

²¹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 247.

²² De acordo com a nomenclatura utilizada por Eser (Cf. ESER, Albin. *Perspectivas do direito (penal) da medicina*. Tradução de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista portuguesa de ciência criminal*, nº 14, 2004.

por apresentar as razões que fundamentam a aparição do ilícito-típico²³ de omissão, tendo, como pressuposto, a ideia de crime como ofensa a bens jurídico-penais²⁴.

A presente investigação, portanto, em suas premissas de base, posiciona-se em franca oposição ao deslocamento, linhas acima mencionado, do conteúdo material do ilícito para o desvalor da ação, bem como às tentativas teóricas contemporâneas de fundamentação do Direito Penal denominadas funcionalistas²⁵. Partimos, isso sim, de uma distinta maneira de se conceber o Direito Penal, a qual está presente nas teorias contemporâneas normalmente chamadas de *ontológicas*, que se desenvolvem em torno do objeto da norma, isto é, do ilícito²⁶. Uma orientação de base onto-antropológica do Direito Penal, “estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais”²⁷ e, portanto, inerente ao modelo de Estado Democrático de Direito, na qual o desvalor da infração ou, em outros termos, o resultado jurídico – isto é, a lesão ou o pôr-em-perigo²⁸ bens juridicamente protegidos – é o que constitui o ilícito-típico em termos materiais. Bem jurídico esse que deve representar aqueles “valores que se encontram em uma relação de harmonia com a

²³ Segundo observa Figueiredo Dias, “é a qualificação de uma conduta concreta como penalmente ilícita que significa que ela é, de uma perspectiva tanto objetiva, como subjetiva, desconforme com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por conseguinte, um juízo negativo de valor (de desvalor)”. Portanto é somente a partir da ilicitude que o tipo encontra o seu fundamento, isto é, o tipo surge do ilícito e, assim, é possível afirmar que “todo o tipo é tipo de ilícito” (Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal português: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. t. 1. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 268).

²⁴ O conteúdo material do crime já fora nosso objeto de estudo, oportunidade na qual concluímos que a concepção de ilícito como ofensa a bens jurídico-penais é uma exigência do Estado Democrático e Social de Direito, para além de encontrar base constitucional. O estudo também mostrou que, tanto a ideia de “ofensa” quanto a de “bem jurídico-penal”, de uma forma ou de outra, têm acompanhado o desenvolvimento do conceito material de crime em nosso país (a exemplo da definição apresentada por Costa e Silva, em seus comentários ao Código Penal, e Galdino Siqueira, em seu manual de direito penal brasileiro, ambos referentes ao código de 1890), assumindo, hoje, enorme relevância e grande repercussão, em especial, com a obra de D’Avila. Cf. MARTINS, Rebeca do Amaral. *Experiência histórico-doutrinal brasileira acerca do conceito material de crime*. PUCRS, 2014. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/rebeca_martins_2014_2.pdf> Acesso em: 12 out. 2018.

²⁵ Sobre essas duas concepções do Direito Penal, ver: SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

²⁶ FARIA COSTA, José de. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica: (ou o retorno à limpidez do essencial)*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2000, p. 12.

²⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 51.

²⁸ A ofensa pode consistir: (a) em um dano/violação; ou (b) em um perigo/violação. A primeira forma, dá lugar aos crimes de dano; enquanto a segunda ainda se desdobra: (b.1) em concreto pôr-em-perigo; e (b.2) em cuidado-de-perigo; formas de ofensa das quais decorrem os crimes de perigo concreto e abstrato respectivamente. Cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ordem axiológica jurídico-constitucional”²⁹, e cuja proteção exige a intervenção penal. Para nós, portanto, não há “crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal”³⁰.

2.2.1 O ilícito-típico de omissão: imposição de ações que visem à conservação do bem jurídico

O Direito Penal reconhece e então tutela aquilo que a sociedade valora positivamente e caracteriza como indispensável à cada pessoa, individual e comunitariamente considerada, e cuja proteção só se satisfaz por meio da norma penal. “Toda e qualquer regra de conduta”, portanto, “emerge à luz de certos objectos que carregam uma específica pretensão de reconhecimento como algo valioso, ou seja, como *bem*”³¹. O bem jurídico resulta, pois, de um juízo de valor, e, assim considerado, confere à norma o substrato axiológico que a legitima e constrói. É, pois, seu valor primeiro, seu objeto de tutela, custódia esse que acaba por conduzir a outros níveis de valoração. Na linha do que adiantávamos no subcapítulo anterior, a colocação em risco, a diminuição ou, até mesmo, a anulação do bem jurídico, quando intolerável “aos olhos da comunidade historicamente situada”³², conforma um *resultado desvalioso*, que, logo, se quer impedir. Dessa forma, as ações que deram origem ao referido desfecho passam a ser valoradas negativamente, juízo que, ao ser abarcado pela norma penal, leva à proibição das aludidas condutas com vistas à proteção do valor primeiro, i.e., do bem jurídico-penal. Nas palavras de D’Avila:

O bem jurídico, como *valor positivo* que é, é aqui considerado o valor primeiro da norma, o seu “primeiro nível de valoração” e, portanto, valor irradiante e simultaneamente condensador da intencionalidade normativa.³³

²⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95.

³⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 51.

³¹ MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilícitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 153.

³² D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 50.

³³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 299/300 (grifo no original).

Compreendido o que aqui se afirma, percebe-se que a norma penal consiste na “conjugação de valores, que encontra a sua razão de ser na função protetora do valor primário”³⁴, ou seja, na função protetora de bens jurídico-penais. Salva-guarda essa que a norma busca alcançar tanto pela proibição das condutas que implicam uma insuportável negação do que fora compreendido como um valor essencial ao ser comunitário, quanto pela imposição de deveres destinados à preservação do aludido valor. Em outras palavras, a norma penal tanto abarca as condutas que negam o valor primário, quanto aquelas que o afirmam. Conforme dizíamos linhas acima, há, aqui, um segundo nível de valoração, cujo resultado (i.e., a percepção de uma *negação* ou *afirmação* do bem jurídico-penal) conduz à ideia de equiparação, em termos de ilícito, entre a ação (que provocou a ofensa) e a omissão (que não a evitou). O ilícito-típico aparece, então, de duas maneiras: como *comissão* e como *omissão*. O que aqui se constata, aliás, reforça a ideia de ilícito centrada no desvalor de resultado, como observa Faria Costa:

O *omittere*, jurídico-penalmente relevante, é um real construído cuja relevância resulta da transferência da equiparação axiológica tendo em conta a proibição dos resultados. Ou seja, ao Direito penal tanto monta a conduta que produz o resultado proibido como a omissão que o deixa ter lugar. O que, tudo somado e se bem virmos, se afigura interessante, já que é um afloramento, para não sermos mais afirmativos, de que o desvalor de resultado, que não o de ação e muito menos o da intenção, é a pedra de toque, o ponto nevrálgico, do sentido último que procuramos para o juízo de ilicitude.³⁵

Por fim, ainda é preciso ver que o valor primário da norma também impulsiona um terceiro nível de valoração. Tendo em vista que as mencionadas ações, sejam elas positivas ou negativas em relação ao bem jurídico, ligam-se, necessariamente, a uma pessoa, i.e., ao indivíduo que as põem em prática, a intencionalidade desse sujeito também acaba sendo valorada. Enquanto a tutela penal de um bem jurídico e as ações que a ele tocam positiva ou negativamente refletem “uma concepção puramente objetiva (material) do ilícito”³⁶ – o que se denomina de *desvalor de*

³⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 303.

³⁵ FARIA COSTA, José de. Viagem ao oriente através da dogmática: um passeio pela região da omissão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, v. 1, n. 3, p. 49-60., 1997, p. 52.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1ª ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed.; 2007, p. 286.

resultado –; esse último nível de valoração, por meio do qual se examina a intencionalidade da pessoa que pratica uma das referidas formas de ação, liga-se a “uma concepção pessoal”³⁷ do ilícito – o que, no caso das ações negativamente avaliadas, dá lugar ao chamado *desvalor da conduta*.^{38,39} Sobre a definição desses dois elementos indispensáveis à configuração do ilícito-típico, explica Figueiredo Dias:

Por desvalor de acção compreende-se o conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito (subjetivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos. Por desvalor de resultado compreende-se a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objectivos do tipo de ilícito (eventualmente também do tipo de culpa) que perfeccionam a figura do delito.⁴⁰

Interessa-nos, por ora, analisar apenas o segundo elemento, ou seja, o desvalor de resultado. Segundo até aqui observado, a norma incriminadora consiste em uma “composição normativa que se relaciona *teleologicamente com o bem jurídico protegido*”⁴¹, vedando, de um lado, as condutas que implicam uma negação ao aludido bem (o que dá lugar aos *delitos comissivos*); e exigindo, de outro, a realização de comportamentos, cujo objetivo é impedir essa insuportável negação (o que resulta nos chamados *delitos omissivos*). Logo, a razão fundante da normal penal é a mesma nas duas formas de aparição do ilícito, ainda que o bem jurídico seja protegido de maneira diversa em cada uma delas: na primeira, a tutela se realiza através de *normas proibitivas*, que visam a obstar condutas prejudiciais ao bem jurídico então protegido; enquanto na segunda, a custódia é exercida por meio de *normas preceptivas* ou *mandamentais*, que impõe deveres jurídicos a determinados sujeitos, obrigando-os a praticar “condutas positivas consideradas necessárias à conservação de bens

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1º ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2º ed.; 2007, p. 286.

³⁸ D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 300 e ss.

³⁹ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 25 e ss.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1º ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2º ed.; 2007, p. 285.

⁴¹ D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 305.

jurídicos”⁴², de modo que não se destinam a “evitar cualquier resultado”, mas somente aquele que possa resultar em “una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”⁴³. Assim entendido, o ilícito-típico omissivo não pode ser confundido com a mera violação de um dever, já que, tal qual ocorre com os crimes comissivos, sua tipificação justifica-se pela necessária preservação do bem jurídico-penal.

Ensina-nos Armin Kaufmann:

Existe una relación valorativa entre la prohibición de lesionar un bien jurídico y el mandato de proteger al bien jurídico de lesiones. Lo común del objeto de protección constituye, pues, el enlace axiológico entre la prohibición de obrar y el correlativo deber de grante. En puridad, la relación entre ambas normas se basa en sus juicios de valor subyacentes, se basa, en definitiva, en el bien jurídico.⁴⁴

Quanto ao ponto, ainda vale observar as palavras de D’Avila:

[...] podemos perceber que a conduta, objeto do dever, não se encontra inserida em um ambiente neutro, mas estabelecida teleologicamente no sentido da preservação de bens jurídicos, de uma não-afetação do valor primário. Logo, também a conduta não poderá manter-se “neutra” ou, em outras palavras, não pode ser considerada nos estritos limites de um simples cumprir o dever de abstenção ou de determinação. A conduta, uma vez em âmbito normativo, assume também uma feição teleológica como objeto destinado a um fim específico, à proteção do bem que, através da norma, deseja-se tutelar.⁴⁵

As normas mandamentais, portanto, são normas de “beneficiamento”, legitimadas pela indispensável proteção do bem jurídico-penal, cuidado que aqui se exerce pela imposição de condutas que visam a sua conservação⁴⁶. No que a isso

⁴² D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 310.

⁴³ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 290.

⁴⁴ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 268.

⁴⁵ D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 309.

⁴⁶ Nesse sentido, explica o autor que as normas preceptivas podem conter “mandamentos de evitar prejuízos”, quando a ofensa “significar perdas reais de valor ou situações de perigo com estas relacionadas” ou “mandamentos de produzir benefícios”, quando “o bem jurídico não sofre perdas de valor, apenas deixa de adquiri-las”, independentemente da ofensa (Cf. D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos*

tange, é fundamental perceber que a norma penal em questão não intenta “melhorar o bem protegido, mas apenas conservá-lo” à medida em que for “necessário para o seu prosseguimento existencial”⁴⁷. Em outras palavras, o dever jurídico que a norma mandamental prevê está limitado a ações que preservem o quanto necessário à continuidade do bem jurídico em questão, dada a situação de perigo a qual está submetido. Trazendo um exemplo justamente relativo ao tema que se desenvolve no presente trabalho, Estellita esclarece o que aqui se afirma. Confira-se:

(...) um médico que é chamado para atender um paciente, tem o dever de agir para curá-lo dos males que se manifestam naquele momento. A outras ações que não sejam a de curar, não está ele obrigado. Assim, não tem nem o dever de evitar ataques ao paciente e nem mesmo de alimentá-lo. A configuração da situação típica que ativa o dever de agir concreto se dá com o perigo de ocorrência do resultado, um perigo que, sem interferência, conduzirá ao resultado típico (...).⁴⁸

Não se está, portanto, a tratar de um dever *genérico*, mas sim de “um dever de praticar uma *conduta determinada* em *benefício* daquele bem jurídico concretamente ameaçado”⁴⁹. Essa determinação decorre, é claro, do fato de que a tutela alcançada pelo direito penal deve sempre consistir em uma tutela subsidiária. Quanto ao ponto, bem nos lembra Zaffaroni:

Não resta dúvida de que há certos deveres de solidariedade humana que são fundamentais, e cuja violação pode e deve erigir-se em delito, quando com ela se afete um bem jurídico. Mas daí não pode seguir-se que o Estado possa elevar a seu gosto o nível de exigências fundamentais na solidariedade até limites inadmissíveis, de tal forma que a violação de qualquer dever para com a comunidade passe a ser delito.⁵⁰

Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 316).

⁴⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 311 e ss..

⁴⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. SP: Marcial Pons, 2017, p. 240 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁴⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. SP: Marcial Pons, 2017, p. 240 (coleção Direito Penal e Criminologia). (sem grifo no original).

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama atual da problemática da omissão. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 30-40., jan./jun. 1982, p. 38.

Nesse passo, percebe-se que a restrição ora atribuída ao dever de agir reclamado pela norma mandamental ainda não é capaz de conferir os contornos que o ilícito-típico penal deve apresentar. Acredita-se, de outra ponta, que as linhas antecedentes foram capazes de demonstrar que, comissivos ou omissivos, fato é que não há crime sem ofensa ao bem jurídico-penal. Vencida, portanto, essa importante etapa, o próximo tópico destina-se à análise dos elementos da omissão imprópria, a fim de melhor definir essa específica forma de ilícito-típico.

2.2.2 Os elementos da omissão imprópria: considerações sobre o art. 13, parágrafo 2º, do Código Penal brasileiro

Observou-se, até aqui, que a norma penal se fundamenta pela proteção de bens jurídico-penais, o que faz através de imperativos proibitivos, que dão lugar aos crimes comissivos, bem como por meio de normas mandamentais ou preceptivas, as quais resultam nos crimes omissivos. Todavia, enquanto os delitos comissivos e omissivos próprios encontram-se previstos em tipos penais específicos, o crime de omissão imprópria parte da “conversão do enunciado de uma norma proibitiva (“não matarás”) em uma norma preceptiva (“respeitarás a vida de teu próximo”)”⁵¹. Essa mutação da norma proibitiva para a preceptiva leva, entretanto, a uma norma de conduta demasiadamente ampla. A exemplo do que se viu com relação ao art. 121 do CP, nota-se que a norma “respeitarás a vida de teu próximo” não define, de modo suficiente, a conduta que determinado sujeito deve praticar para fins de obedecer ao dever jurídico-penal a ele imposto de proteção do bem jurídico vida⁵². Nesse sentido, explica Tavares:

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 470.

⁵² Nesse sentido: “A norma deduzida do tipo comissivo, enunciado proibitivamente, e a norma deduzida do tipo omissivo, enunciada prescritivamente, não podem transvasar-se livremente, porque a conversão de um enunciado proibitivo num enunciado prescritivo implica uma amplitude muito maior, e às vezes inusitada, do original alcance proibitivo.” (Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2, Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 347/348).

A norma mandamental tem necessariamente que trabalhar com critérios de decisão e não apenas de constatação, o que transforma sua identificação em um processo de nítida valoração dos objetos de referência para a conduta performática. Na norma proibitiva há, desde logo, uma indicação direta da ação que se quer vedar, em função de sua intromissão na zona do ilícito, e os objetos de referência para sua execução ou não execução. Na norma mandamental, essa indicação só é feita em face de preceitos normativos e de juízos de decisão em torno da necessidade da ação devida, com vistas à lesão de bem jurídico. O omitente não sabe o que deve fazer em face de uma situação concreta, se não tiver conhecimento de um dever de agir. Há, portanto, no conteúdo de injusto dos fatos omissivos uma relação comunicativa complexa, inexistente nos fatos comissivos.⁵³

Assim, uma das maiores dificuldades que a dogmática encontra quanto aos crimes omissivos impróprios reside no fato de os referidos delitos – ao contrário dos omissivos próprios – não estarem previstos em um tipo específico⁵⁴, mas decorrerem da presença de uma série de requisitos por meio dos quais se torna possível a sua imputação a um determinado sujeito, o que traz graves consequências ao princípio da legalidade. O problema teria sido resolvido pela categoria dogmática do garantidor, figura jurídica que consiste no “único elemento capaz de dar consistência à própria imputação do resultado sem resvalar em uma responsabilidade sem tipicidade ou em uma tipicidade diminuída o que, em bom rigor, é o mesmo”⁵⁵, como bem leciona Faria Costa. Em nosso país, é o art. 13, *caput*, e parágrafo 2º do Código Penal que prevê a aludida equiparação:

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.

⁵³ TAVARES, Juares. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Monografias Jurídicas. Marcial Pons Ediciones Jurpídicas y Sociales, S.A., 2012, p. 346.

⁵⁴ Essa diferença, i.e., o fato de o delito de omissão própria estar previsto em um tipo penal específico (*Tatbestand*), enquanto o delito de omissão imprópria está a depender da combinação de uma cláusula geral com um tipo penal “comissivo”, consiste em critério diferenciador das duas referidas formas de omissão. A classificação, que ora se adota, denomina-se de critério do tipo (ou critério formal) e fora desenvolvido por Armin Kaufmann.

⁵⁵ FARIA COSTA, José de. Viagem ao oriente através da dogmática: um passeio pela região da omissão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, v. 1, n. 3, p. 49-60., 1997, p. 52.

Ao contrário do que ocorre em Portugal – local de fala do aludido autor Faria Costa –, no Brasil o legislador equiparou os crimes comissivos e omissivos a ponto de prever a mesma pena para ambos os casos. Todavia, como observa Faria Costa, ao comentar o dispositivo português que trata da matéria ora em exame, a omissão, para além de consistir em um “real construído”, não possui a mesma “ressonância ética” que a ação, a qual é valorada de maneira distinta da conduta omissiva na consciência coletiva. Nesse sentido, segundo o autor, “há no *facere* um transporte de energia e uma realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o *omittere* não pode beneficiar”⁵⁶. Essa diferença entre ação e omissão – imagina-se, a todos perceptível – leva-nos a questionar se os crimes omissivos deveriam ser sancionados com a mesma intensidade que são punidos os respectivos crimes comissivos, a exemplo do que sucede em Portugal, inclusive porque, apenas de maneira excepcional, “o conteúdo da ilicitude e da culpa da omissão impura” serão maiores do que “o do delito de ação correspondente tanto nos delitos dolosos, como nos delitos negligentes de omissão”⁵⁷. Ademais, “o fato de se admitir a aludida equiparação”, i.e., a possibilidade de se imputar um resultado desvalioso tanto a condutas ativas quanto a condutas omissivas, “não quer sinalizar que se deva atribuir idêntico conteúdo sancionador para a omissão do que é verificado para a conduta comissiva atinente ao mesmo delito”⁵⁸. Os objetivos da presente investigação, todavia, não nos permitem aqui maiores desenvolvimentos.

Retomando-se, assim, a questão da tipicidade, nota-se que a ausência de um tipo penal específico dificulta a identificação da conduta imposta pelas normas mandamentais. Mesmo que o aludido problema tenha sido considerado resolvido pela figura do garantidor, é fácil perceber que não se extrai da aludida categoria – pelo menos não de maneira imediata, e definitivamente não de maneira precisa – qual seria a ação que dito sujeito estaria juridicamente obrigado a praticar. Por todas essas razões, há vozes que sustentam a necessidade de uma reforma para que restem

⁵⁶ FARIA COSTA, José de. Viagem ao oriente através da dogmática: um passeio pela região da omissão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, v. 1, n. 3, p. 49-60., 1997, p. 52.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1ª ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed.; 2007, p. 926.

⁵⁸ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 426.

definidos, de maneira expressa, “os tipos ativos que admitiriam a forma omissiva imprópria”⁵⁹, assim como ocorre com o ilícito-típico culposo. Dentre esses autores, destaca-se aqui Rodrigues de Souza que, em tese doutoral, propôs:

(...) aventamos aqui a ideia de que o legislador empregue o mesmo recurso normativo que é assumido para o crime culposo, no sentido de dotar também a omissão imprópria da regra da excepcionalidade em termos de previsão legal, consoante determina o art. 18, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, para os comportamentos imprudentes, negligentes e imperitos. Logo, a regra geral seria a punição das infrações penais na modalidade comissiva, sendo a omissão imprópria a exceção, cujo rol de hipóteses caberia exclusivamente ao legislador apontá-lo de forma clara e precisa (...).⁶⁰

Com pesar, e por mais simpáticos que sejamos à aludida proposta, enquanto esperamos a implementação de uma reforma legislativa, precisamos seguir trabalhando com a regra hoje existente em nosso Código Penal. Pois bem. Diz o legislador brasileiro que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”, sendo esse dever de agir, de acordo com o parágrafo 2º do art. 13 do referido diploma, imposto a três grupos de pessoas: (i) aquelas que tem, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) aquelas que, de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado; e (iii) aquelas que, com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado. Nota-se, dessa forma, que o mencionado art. 13 elenca uma série de requisitos para que seja possível imputar a alguém um delito de omissão imprópria.

Em primeiro lugar, é necessário que o sujeito possa agir para evitar o resultado, ou, em outros termos, “que o sujeito tenha a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente”⁶¹. Observa-se, com isso, que, embora não haja um movimento corpóreo, “isto não quer dizer que o conceito de omissão seja de todo indiferente à voluntariedade”⁶². Além de poder agir, o sujeito só pode ser responsabilizado criminalmente pela omissão quando a conduta a ele imposta seja

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2, Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 358.

⁶⁰ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro*: contributo à sua conformação e delimitação. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 437/438.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 21ª ed. SP: Saraiva, 2015, p. 281.

⁶² CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias, assistente da faculdade de direito. Vol. I, COIMBRA: Livraria Almedina, 1997, p. 267.

capaz de evitar o resultado. Quer-se dizer: se o resultado vai ocorrer, ainda que a conduta devida seja praticada, não há que se falar em omissão penalmente relevante, sob pena de indevida responsabilidade penal objetiva⁶³. Dessa forma, não se pode, por exemplo, imputar um crime de homicídio, por omissão imprópria, a um médico que, conquanto estivesse na condição de garantidor da vítima, deixou de praticar ações de salvamento, quando a execução dessas ações não for capaz de impedir a morte do paciente. A imputação do mencionado resultado exige, pois, uma relação causal hipotética de impedimento, que se logra constatar da seguinte maneira:

(...) enquanto, nos tipos comissivos ou ativos, o nexos de causalidade se determina constatando que com a hipotética supressão da conduta proibida o resultado não teria ocorrido, nos tipos omissivos o nexos de evitabilidade se determina constatando que com a hipotética realização da conduta ordenada o resultado teria sido evitado.⁶⁴

Observa-se, porém, que, à aludida *teoria da evitabilidade*, na qual o “resultado somente pode ser imputado ao omitente se a prática devida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza”⁶⁵, tem-se oposto a *teoria da diminuição do risco*, que responsabiliza o garantidor por não criar (ou por ignorar) “uma chance de salvamento”⁶⁶. Hipótese essa na qual “a imputação do resultado ao comportamento omissivo deverá ter lugar logo que se comprove que a acção teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico”⁶⁷. A discussão é importante para o presente estudo porque tem imediata relação com o bem jurídico vida. Nesse sentido, como explica Greco, a jurisprudência alemã já teve a ocasião de imputar o desfecho *morte* a determinado omitente, sob o argumento de que “a prática da ação devida, ainda que não salvasse com certeza a vida da vítima, seguramente a prolongaria por algumas horas, e isso já bastaria (...), uma vez que matar significa apenas encurtar a

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 21ª ed. SP: Saraiva, 2015, p. 282.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2, Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 354. (grifo no original)

⁶⁵ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia), p. 22.

⁶⁶ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia), p. 23.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1ª ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed.; 2007, p. 931.

vida”⁶⁸. Todavia, o próprio autor rejeita a afirmação acima como razão suficiente para a atribuição do resultado morte ao garantidor. Para ele, a teoria da diminuição do risco sustenta-se por razões de política criminal e, sobretudo, pela concepção de crime centrada no desvalor de resultado, no seguinte sentido:

Em um direito penal protetor de bens jurídicos, o resultado deve ser uma componente do injusto e não uma mera condição objetiva de punibilidade, pois a ocorrência do resultado confirma que a ordem jurídica tinha boas razões para proibir o respectivo comportamento (o que se poderia chamar de *função de confirmação* do desvalor do resultado). (...) Dessa função de confirmação do desvalor do resultado podemos deduzir sem maiores dificuldades a *teoria do aumento/da diminuição do risco*. Essa confirmação não se produz quando a ocorrência do resultado é certa, ainda que o autor tivesse se comportado em conformidade ao direito, ou mais precisamente, ainda que ele tivesse realizado a conduta devida. No entanto, se a conduta devida melhorar as chances de salvamento do bem, a proibição, também de uma perspectiva *ex post*, se confirma como razoável e justificada.⁶⁹

A primeira ressalva que se faz ao pensamento do autor reside na oposição à ideia acima apresentada, no sentido de que o desvalor de resultado consiste em um elemento do injusto porque as consequências advindas da conduta vedada pelo ilícito-típico confirmariam, nas palavras do autor, que a “ordem jurídica tinha boas razões para proibir o respectivo comportamento”. Nesse sentido, importa ter claro que, muito embora o presente estudo também coloque o desvalor de resultado como núcleo do ilícito-típico, para nós, ainda que se possa discutir a procedência da aludida “função de confirmação do desvalor do resultado”, não é essa a razão primeira da concepção de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. O resultado, enquanto ofensa a determinado bem jurídico, é, ele próprio, valorado negativamente, sendo esse *desvalor* – intolerável desvalor, diga-se – o que o eleva a categoria de delito.

Ocorre que a *ofensa* compreende tanto o dano quanto o perigo de dano ao bem jurídico, de modo que o *perigo* ou o *risco* também possui relevância penal, compreensão que, de certa forma, foi abarcada por Greco, como se observa na continuação da passagem acima transcrita:

⁶⁸ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia), p. 25.

⁶⁹ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia), p. 30/31. (grifo no original)

No entanto, se a conduta devida melhorar as chances de salvamento do bem, a proibição, também de uma perspectiva *ex post*, se confirma como razoável e justificada. Afinal, já nesses casos a ordem jurídica poderá dizer ao autor: “você enxerga, agora, por que eu lhe dirigi essa ordem? Se você a tivesse cumprido, provavelmente isso que ocorreu teria sido evitado”. Pareceria estranho que o autor pudesse objetar: “Sim, mas só provavelmente, e não com segurança”. Porque isso abriria espaço para a seguinte réplica: “essa insegurança é intolerável, também por ela e pela chance de salvamento que você desperdiçou é que você tinha de ter atuado”.⁷⁰

Percebe-se que, se considerarmos a ausência de certeza acerca da ocorrência de um resultado de dano ao bem jurídico como conformadora de uma situação de perigo (situação essa que se infere como representada no texto acima pela alusão do autor a uma intolerável insegurança quanto à capacidade que a conduta de salvamento teria de impedir o resultado danoso), esse perigo poderia fundamentar o dever jurídico-penal de ação, ainda que não se tenha certeza de que a conduta exigida evitaria um resultado de dano. Quer-se dizer, com isso, que o perigo ao bem jurídico seria, por si só, um resultado desvalioso e imputável. Nesse contexto, a conduta de salvamento – cuja capacidade de obstar o dano é incerta –, em um segundo nível de valoração realizado pela norma penal, poderia ser considerada positiva pelo simples fato de diminuir o risco de dano.

Todavia, em primeiro lugar, ainda que se concluísse pelo acerto das ponderações acima, elas somente poderiam fundamentar a imposição do aludido e específico resultado de perigo ao bem jurídico. A título de exemplo, observe-se que, se existisse um dever de garantia de diminuição do risco de dano ao bem jurídico, o caso ilustrado nos parágrafos precedentes, acerca do médico que deixa de empreender ações de salvamento, teria a seguinte conformação jurídica: a morte do paciente poderia ser imputada ao médico na forma de tentativa. O médico, de maneira alguma, poderia responder por homicídio consumado, eis que não se verifica entre a conduta (omissiva) por ele praticada e o resultado morte o nexo de inevitabilidade exigido pelo Código Penal brasileiro.

No Brasil, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” (art. 13, *caput*, CP), sendo que “a omissão é

⁷⁰ GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia), p. 30/31.

penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado” (art. 13, §2º, CP). Logo, o descumprimento de um suposto dever de diminuição do risco implicaria somente a imputação do correspondente resultado de *risco*, ao qual o bem jurídico restou submetido antes da ocorrência do resultado danoso, mas não pelo dano em si. Em outros termos, a ele não se poderá imputar um crime consumado de dano, mas somente um crime tentado ou um crime (consumado) de perigo ao bem jurídico objeto da tutela exercida pelo garantidor.

Portanto, a teoria da diminuição do risco, ao menos no Brasil e no que diz respeito aos crimes de omissão imprópria, esbarra em uma questão de legalidade, a impedir a sua adoção. Mas não só. Há ainda que se ressaltar que a concepção de ilícito base do presente trabalho compreende “a intervenção axiologicamente positiva nos precisos limites da noção de conservação de bens jurídicos”. Orientação essa que limita o dever de garantia a “intervenções benéficas em hipóteses muito particulares de aparição do real”⁷¹, como bem leciona D’Avila na importante passagem abaixo:

O conservar vem, nesta medida, de encontro a uma efetiva necessidade do ordenamento jurídico-penal em proteger bens jurídicos de uma “evolução” que lhe é prejudicial, ou seja, de um desencadear de acontecimentos que, na ausência de uma conduta normativamente prescrita, ameaça a sua tranqüila existência. Poder-se-ia falar até, de forma meramente alegórica, de uma necessidade de proteger bens jurídicos de “processos degenerativos”, uma vez tomados não em sua acepção naturalística, mas em termos de uma “evolução” juridicamente desvaliosa. O que, por sua vez, reclama proteção através da prescrição de determinadas intervenções, de conduta ativas que venham garantir a continuidade existencial do bem jurídico.⁷²

Em que pese se possa avançar o estudo dos argumentos acima deduzidos⁷³, aprofundando a questão relativa à ora sustentada impossibilidade de considerar-se a diminuição do risco do resultado danoso como uma intervenção benéfica dentro dos limites desenhados pela doutrina acerca da aludida intervenção, uma vez que

⁷¹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 312.

⁷² D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005, p. 312.

⁷³ Sobre o tema, ver também: BARDON, Carolina Bolea. Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión. In: Sánchez, Jesús-Maria Silva et al (Coord.). *Estudios de derecho penal*: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Montevideo: B de F, 2017, p. 459-470. Na mesma obra: KINDHÄUSER, Urs. La alternativa como estructura de pensamiento en el Derecho penal: sobre la causalidad de la omisión, p. 651-660. PEÑA, Luzón Diego-M. Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, p. 685-702.

identificado um claro óbice legal à teoria em debate, não razão para, no presente estudo, desenvolvermos o tema de maneira mais detida. Conclui-se, desse modo, pela necessidade de um nexo de evitabilidade para fins de imputação do resultado por via da omissão imprópria, constatação que nos permite caminhar em direção ao próximo e último elemento do aludido ilícito-típico.

Na omissão imprópria, o omitente deve ter o dever de agir para evitar o resultado, obrigação que, para a doutrina brasileira majoritária, decorre da teoria das fontes formais, a qual foi abarcada pelo parágrafo 2º do já mencionado art. 13 do Código Penal:

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.

A toda evidência, o princípio da legalidade não permite que se sustente qualquer posição de garantia que não corresponda a uma das três hipóteses acima. Todavia, desde que tomados os devidos cuidados⁷⁴, é perfeitamente possível delimitar a abrangência das fontes do dever de garantia por meio da definição do conteúdo material desse dever. Aliás, parece-nos recomendável que assim o façamos.

É de fundamental importância que dê abertura e receptividade, na apreciação da matéria, ao modelo que propõe como complemento a essa orientação formal do dever jurídico e das posições de garantia, o ingresso da referência a valores, de modo a permitir inquirir-se sobre conteúdo dos deveres que são edificados nas respectivas situações, isto é, a admissibilidade de elementos materiais de ilicitude que delineia a omissão imprópria.⁷⁵

Até o momento, contudo, não há consenso entre os penalistas acerca da construção dogmática que melhor compreende o referido conteúdo. Ainda assim, para que se possa avançar no presente estudo, é necessário traçar as linhas gerais de

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 359.

⁷⁵ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 439/440.

algumas dessas construções. Apresenta-se, aqui, portanto, uma breve exposição das teorias desenvolvidas por aqueles autores que já fazem parte do nosso referencial teórico, e, que, portanto, são aqui destacados para que se compreenda melhor a amplitude e o fundamento de suas ideias – e, logo, das ideias que embasam esta pesquisa e as conclusões ao final referidas.

Dentre essas teorias, encontra-se a construção de Armin Kaufmann, para quem o vínculo de garantia resta estabelecido de acordo com a própria finalidade da norma mandamental. Conforme dizíamos no tópico destinado ao estudo da aludida norma, o “objeto de los mandatos de evitar resultado, relevantes para los delitos de omisión impropia, es por lo general el impedir la lesión de *bienes jurídicos*”, o que leva o autor a concluir que “la posición de garante consiste (...) en una posición de protección con respecto a un bien jurídico”⁷⁶. Para ele, essa função de proteção pode orientar-se em dois sentidos:

(...) por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar “vigilante” para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la “defensa en todos los flancos” del concreto bien jurídico contra peligros de todo géneo. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada fuente de peligros, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. (...) De esta manera se plantea la misión de protección casi siempre en los supuestos de injerencia y para los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona, así como en las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales.⁷⁷

Como se observa no trecho acima, e conforme ensina Bierrenbach⁷⁸, Kaufmann dividiu os garantes em dois grupos: “no primeiro incluem-se aqueles que devem cumprir uma função protetora de determinados bens jurídicos” (garantes de cuidado ou proteção), tarefa que pode ser assumida pelo sujeito – que, então, torna-se garante – ou imposta pelo ordenamento jurídico; enquanto no segundo estão aqueles sujeitos que “têm por função vigiar determinadas fontes de perigo” (garantes

⁷⁶ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289.

⁷⁷ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289/290.

⁷⁸ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes Omissivos Improprios*. 3ª ed., RJ: Editora IMPETUS, 2014, p. 64.

de segurança), dever esse advindo da ingerência. No Brasil, as ideias de Kaufmann são acolhidas, por exemplo, pela autora acima mencionada, que, ao tratar sobre as alíneas do § 2º do art. 13 do nosso CP, afirma:

(...) a adoção da tríade legal de garantias, baseada na tradicional teoria das fontes formais dos deveres jurídicos, não fornece ao intérprete critérios seguros de delimitação das posições de garantia e dos deveres delas decorrentes, razão por que é imprescindível buscar ajuda na teoria das funções de Kaufmann, que nos apontará critérios materiais, possibilitando uma visão da omissão imprópria mais acorde com as novas tendências.⁷⁹

Por outro lado, ressalta-se que as ideias avançadas por Kaufmann foram, de certa forma, consideradas insuficientes por Schünemann, que, então, oferece a elas um novo componente. Segundo o autor, a equiparação entre ação e omissão realmente deveria partir da necessidade de proteção do bem jurídico, vez que a lesão ao aludido bem é o que constitui o ilícito penal. Kaufmann, portanto, estaria no caminho certo ao buscar a aludida equiparação na finalidade de preservação do objeto da norma, mas, uma vez que essa lesão consistiria em “uma estrutura geral existente em todo os delitos de resultado”⁸⁰, o autor teria se equivocado “ao enunciar a tese de que as posições de garantidor deveriam ser determinadas não na parte geral, mas de forma específica no âmbito dos respectivos tipos da parte especial”⁸¹.

Discordando de Kaufmann quanto aos desdobramentos de sua preposição, Schünemann passa a fundamentar a imprescindível equiparação das duas formas de ilícito na ideia de *domínio do fato*, sustentando que a conduta omissiva equivaleria à ativa no momento em que o omitente exerce “um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação, e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação, ou seja,

⁷⁹ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*. 3ª ed., RJ: Editora IMPETUS, 2014, p. 66.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013, p. 169 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013, p. 169 (coleção Direito Penal e Criminologia).

como domínio potencial (hipotético)”⁸². A teoria do autor fora desenvolvida em estudo publicado em 1971 sob o título “Grund und Grezen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre”⁸³. Bem mais tarde, já no ano de 2009, retoma ele a aludida pesquisa, afirmando que as conclusões lá lançadas teriam resultado em “uma fórmula para a equiparação material da conduta ativa com a omissão”. Nas exatas palavras de Schönemann:

(...) foi encontrada uma fórmula para a equiparação material da conduta ativa com a omissão, com cuja ajuda é possível superar a divisão ocasional e formal da já mencionada distinção das posições de garantidor, de um lado, fundada em deveres de proteção de determinados bens jurídicos e, de outro, na responsabilidade por determinadas fontes de perigo, e passar para um sistema construído a partir das condições lógico-materiais do domínio real sobre o acontecimento: o domínio sobre o fundamento do resultado decompõe-se no domínio sobre o desamparo de um bem jurídico (com as posições de garantidor mais específicas da comunidade de vida, comunidade de perigo e da assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado) e o domínio sobre uma causa essencial do resultado (que engloba as posições de garantidor dos deveres de asseguramento (*Verkehrspflichten*) no sentido do controle sobre coisas perigosas e do domínio sobre pessoas ou funções perigosas).⁸⁴

Percebe-se no trecho acima uma fundamental diferença para com as noções até então apresentadas acerca da omissão: enquanto as primeiras ideias que aqui foram expostas exigem, para fins de equiparação da conduta omissiva à ativa, uma equivalência de desvalor de resultado⁸⁵, a proposição de Schönemann também traz para o cerne da questão o desvalor da conduta, como bem observa Estellita:

⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. *In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013, p. 170/171 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁸³ Traduzida para o espanhol sob o título “Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria”, por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. *In: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013, p. 171/172 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁸⁵ Mais uma vez, transcreve-se a seguinte passagem de Faria Costa, posto a sua pertinência para o ponto ora em destaque: “O *omittere*, jurídico-penalmente relevante, é um real construído cuja relevância resulta da transferência da equiparação axiológica tendo em conta a proibição dos resultados. Ou seja, ao Direito penal tanto monta a conduta que produz o resultado proibido como a omissão que o deixa ter lugar. O que, tudo somado e se bem virmos, se afigura interessante, já que é um afloramento, para não sermos mais afirmativos, de que o desvalor de resultado, que não o de ação e muito menos o da intenção, é a pedra de toque, o ponto nevrálgico, do sentido último que procuramos para o juízo de ilicitude”. (Cf. FÁRIA COSTA, José de. Viagem ao

Como se vê, o critério do domínio evidencia que a mera fonte formal, ou o dever extrapenal, não pode fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de ação e omissão de garantidor, sendo necessária uma equivalência também sob o ponto de vista do desvalor da conduta, a qual, para este entendimento, reside no domínio sobre o fundamento do resultado.⁸⁶

Uma concepção ainda mais distante da vista até o presente momento pode ser encontrada na obra de Jakobs, cuja concepção de direito penal é bastante oposta à adotada neste trabalho. As propostas do autor desenvolvem-se a partir de parâmetros funcionalistas, pautadas por uma visão de sociedade enquanto “composição de comunicação entre pessoas, que não pode condizer com um formato de Direito Penal volteado estritamente para a insinuação da tutela de bens jurídicos”⁸⁷. Conforme explica Rodrigues de Souza, para o autor, nesse contexto social, haveria “uma expectativa de que as pessoas vão empreender seus comportamentos de maneira afinada a certo padrão”⁸⁸, o que impulsiona, de um lado, a ideia de *competências organizativas*, e, de outro, a ideia de *responsabilidade institucional*, unificadas, portanto, pela necessidade “del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social”⁸⁹. Da primeira ideia, seriam extraídos deveres negativos, centrados no pressuposto de que “el otro no deba ser perturbado en su existencia”⁹⁰. Desse dever negativo, decorreriam tanto a proibição de causar danos a outrem, quanto a obrigação de impedir, dentro do seu âmbito de organização, que bens alheios sejam expostos a perigos.

orienta através da dogmática: um passeio pela região da omissão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, v. 1, n. 3, p. 49-60., 1997, p. 52.)

⁸⁶ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 90 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁸⁷ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 166.

⁸⁸ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 166.

⁸⁹ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996, p. 862.

⁹⁰ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996, p. 859.

Para Jakobs, essa obrigação de evitar perigos para um bem alheio não prescinde de um “fundamento jurídico especial”, já que resulta da própria liberdade que o indivíduo tem de se organizar e, logo, existe “porque el autor es persona y tiene que respetar por ello a la víctima”⁹¹. Esse dever, portanto, tem, como base, a ideia de autonomia individual, não de solidariedade, como evidencia a seguinte passagem do autor:

(...) en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o de la propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario.⁹²

De outra ponta, a *responsabilidade institucional* imporia deveres positivos dirigidos a pessoas com “um *status* especial relacionado a instituições básicas para a existência da sociedade”⁹³. Desses deveres também decorreriam proibições e obrigações, o que dá lugar tanto a crimes comissivos quanto omissivos, de modo que a “dicotomia entre deveres negativos e positivos nada tem a ver com a dicotomia (naturalística) entre agir e omitir”⁹⁴. Percebe-se que para a teoria de Jakobs, o ponto central não reside na aludida dicotomia naturalística, já que a edificação da sociedade “no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones”⁹⁵, das quais decorrem, então, os mencionados deveres negativos e positivos, de modo a poder-se infringir um dever de garantia também por meio de um delito de comissão. Observa Rodrigues de Souza:

⁹¹ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996, p. 859.

⁹² JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996, p. 859.

⁹³ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 91 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁹⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 92 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁹⁵ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996, p. 874.

Dessa forma, tudo o que pode ser esclarecido a respeito da ação pode ser igualmente transferido ao fato omissivo, pois o ponto nuclear reside nos critérios de conferência de resultados ofensivos a determinadas pessoas posicionadas como garantes, cuja relevância jurídica do fato será verificada por meio da adoção de uma hermenêutica de cunho social e da utilização das coordenadas da teoria da imputação objetiva.⁹⁶

Todas as teorias acima avançadas são muito mais complexas, sendo possível identificar em cada uma delas méritos, bem como argumentos e conclusões bastante problemáticos. No entanto, o que se pretende através dessa breve digressão é dar a conhecer a existência de uma longa e intensa discussão acerca da posição de garantia, em que, já há algum tempo, as fontes formais do dever de garantia têm sido substituídas por teorias materiais. Teorias as quais costumam sustentar que “o decisivo não é o próprio dever de agir, e sim a especial posição na qual se encontra o sujeito na proteção de um bem jurídico ou na gestão de uma fonte de perigo”⁹⁷. Essa constatação é importantíssima e suficiente para o seguimento da pesquisa e para o alcance dos objetivos aqui propostos. Passa-se, então, à análise da (ir)relevância do comportamento médico omissivo, a fim de ingressarmos, o quanto antes, no ponto central da presente investigação.

2.3 O COMPORTAMENTO OMISSIVO NO EXERCÍCIO DA MEDICINA E SUA RELEVÂNCIA PENAL: SOBRE A POSIÇÃO DE GARANTIA QUE O MÉDICO PODE VIR A ASSUMIR

Ao contrário do que ocorre no direito penal secundário, sobretudo na criminalidade de empresa, âmbito no qual se costuma suscitar fervorosas discussões acerca dos “fundamentos, pressupostos, limites e conteúdo dos deveres de agir dos dirigentes”⁹⁸ de sociedades simples ou empresárias, não havendo consenso quanto

⁹⁶ RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 173.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 359.

⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de*

às circunstâncias que podem colocar o aludido sujeito na posição de garantidor, tampouco restando completamente claro se ele pode vir a assumir essa função; no direito penal médico, os autores contemporâneos, em sua maioria, já partem do pressuposto de que o médico assume sim, em determinado contexto, a posição de garantidor de bens jurídico-penais relativos ao enfermo. Aliás, bem sabe-se que o profissional da medicina, ao lado daquele que exerce a atividade de babá, bombeiro e policial, é o clássico exemplo do sujeito garantidor, dada a própria natureza da sua profissão. Por essa razão, a preocupação observada em certos autores, no terreno da criminalidade de empresa, quanto à prevalência de “uma ilegal responsabilidade ‘por posição’, ou pela mera ostentação formal da condição de administrador”⁹⁹ de uma sociedade simples ou empresária, também está presente no direito penal médico. Ora, considerar dito profissional como garantidor pela simples razão de que ele exerce a profissão médica implica a mesma indevida responsabilidade penal “por posição” acima destacada, a qual é, sem dúvida, inadmissível na atual delimitação que o Direito Penal impõe à responsabilidade criminal em estados assumidamente democráticos.

Nesse particular, embora as teorias relativas ao dever de garantia estejam inquestionavelmente mais avançadas no direito penal médico do que nas investigações relativas aos deveres de agir do dirigente de empresa – inclusive porque aqui o tema é desenvolvido há muito mais tempo –, é imprescindível que se continue a (re)afirmar o fundamento material que ampara a posição do médico enquanto garantidor do enfermo. A insistência é necessária, especialmente em nosso país. Primeiro porque nosso código penal adotou as fontes formais do dever de garantia. Segundo porque ainda há um número significativo de autores brasileiros que não deram a devida importância aos critérios materiais contemporaneamente desenvolvidos pela doutrina no que tange à figura do garantidor, seja no desenvolvimento do direito penal médico, seja em outras áreas, como a já mencionada criminalidade de empresa.

cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. SP: Marcial Pons, 2017, p. 29 (coleção Direito Penal e Criminologia).

⁹⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 29 (coleção Direito Penal e Criminologia).

Em consideração ao que aqui se disse, o próximo tópico destina-se a cumprir com a aludida tarefa, trazendo, ainda que em linhas gerais, o fundamento *legal* e *material* do dever de garantia atribuível ao médico.

2.3.1 O fundamento do dever médico de garantia: assunção fática e inequívoca do tratamento do enfermo

Na doutrina brasileira, há duas posições quanto à norma legal que fundamenta o dever de garantia médica¹⁰⁰: um deles, enquadra dito profissional na alínea “a” do parágrafo 2º do art. 13 do CP; enquanto o outro, na alínea “b” do mesmo dispositivo. Assim, é possível encontrar autores que, como Bitencourt, argumentam, a luz do art. 121, *caput*, c/c art. 13, §2º, “a”, ambos do CP, que os médicos podem responder criminalmente por homicídio, na forma de omissão imprópria, na hipótese de, por exemplo, negarem-se “a atender determinado paciente em perigo de vida, e que em virtude dessa omissão vem a morrer”¹⁰¹. Não obstante a isso, parece-nos que há fortes razões para concluir-se que essa especial função de garantia, no que tange ao médico, está legalmente prevista na alínea “b” do dispositivo em comento. E, muito embora a realidade nos permita afirmar, ao lado de Sporleder de Souza¹⁰², que “independentemente de qual seja a hipótese legal”, o fato é que não há dissenso sobre “a especial função de garantia de bens jurídicos” que médico pode vir a assumir, principalmente com relação os bens vida e saúde, pensamos que o desenvolvimento dessas razões é essencial à análise do dever em estudo.

Em primeiro lugar, lembra-se que a função de garantia da alínea “a” fundamenta-se na lei, razão pela qual, na ausência de um dispositivo, penal ou extrapenal, de direito público ou privado¹⁰³, que constitua o médico “como responsável pela salvaguarda de bens jurídicos alheios”¹⁰⁴, não é possível atribuir a ele o referido papel de garantia.

¹⁰⁰ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Volume 1. Parte Geral. 23ª ed., SP: Saraiva Jur, 2017, p. 324.

¹⁰² SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.

¹⁰³ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*. 3ª ed., RJ: Editora IMPETUS, 2014, p. 66.

¹⁰⁴ LEITE, André Lamas. *As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 153.

Não temos dúvida de que a área da saúde é fortemente legislada¹⁰⁵. O próprio texto constitucional, ao conceber a saúde como direito social¹⁰⁶ e dever do Estado, determina que o Poder Público garanta o acesso universal e igualitário a ações e serviços que visem a sua promoção, proteção e recuperação, e, portanto, lhe imputa a regulamentação, fiscalização e controle das aludidas ações e serviços¹⁰⁷. Desse preciso dever constitucional decorre, por exemplo, a chamada Lei do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei nº 8.080/1990), por meio da qual o Estado “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado” (cf. art. 1º da referida lei). Interessante observar que a referida lei agrega às diretrizes de ações e serviços públicos de saúde constitucionalmente estipuladas¹⁰⁸ outros princípios¹⁰⁹, deixando claro que eles não devem ser observados somente em âmbito público, mas também no âmbito privado:

¹⁰⁵ É possível lembrar, sem muito esforço, de diversos exemplos: há dispositivos voltados a procedimentos cirúrgicos (como aqueles referentes à esterilização cirúrgica da Lei nº 9.263/1996), bem como dispositivos que disciplinam a pesquisa na área médica (como a Lei nº 11.105/2005, que elenca as condições para a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisa e terapia); há, ainda, legislação relativa ao comércio de medicamentos (como a Lei nº 5.991/1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos); assim como há leis voltadas aos serviços de assistência à saúde, tanto em âmbito público (a exemplo da Lei do SUS), quanto em âmbito privado (tem-se aqui a Lei . 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde); etc.

¹⁰⁶ Diz o art. 6º da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁰⁷ Nesse sentido, determinam os artigos 196 e 197 da CF, respectivamente: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; e “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

¹⁰⁸ As referidas diretrizes estão previstas no art. 198 da CF, que diz: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. (...)”.

¹⁰⁹ É o quanto estabelece o art. 7º da Lei do SUS. Observe-se: “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de

Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.¹¹⁰

Em que pese a importância dos aludidos princípios éticos, bem como das diretrizes e demais previsões constitucionais e infraconstitucionais relativas ao direito à saúde e ao desenvolvimento da prática médica, não se logrou encontrar um dispositivo capaz de criar um vínculo de garantia entre os profissionais médicos do estado, ou entre aqueles que exercem a medicina de maneira privada, e os bens jurídicos do paciente, nem mesmo em relação ao bem jurídico saúde. O que, de modo bastante geral, se encontra na legislação é a forma pela qual as ações e serviços de saúde devem ser organizadas, bem como as regras que devem orientá-las. Não há, contudo, um dispositivo que impute ao médico a responsabilidade por bens jurídicos alheios.

Pensamos que a situação é diferente no que tange, por exemplo, aos agentes comunitários de saúde previstos nos parágrafos 4º e 5º do art. 198 da Constituição Federal. Esses servidores são contratados – através de processo seletivo público, é claro – pelos gestores locais do SUS para atuarem exclusivamente nesse âmbito¹¹¹, ampliando “o acesso da comunidade assistida às ações e aos serviços de informação, de saúde, de promoção social e de proteção da cidadania”¹¹². A sua presença na Estratégia Saúde da Família é considerada obrigatória pela Lei nº 11.350/2006, que regula as suas atividades, e na qual é possível encontrar a atribuição legal de

governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.”

¹¹⁰ Redação do art. 22 da Lei do SUS. Ainda vale observar o art. 20 da lei em questão, o qual caracteriza os serviços privados de assistência à saúde, dizendo: “Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde”.

¹¹¹ Cf. art. 2º da Lei nº 11.350/2006.

¹¹² Cf. art. 3º da Lei nº 11.350/2006.

responsabilidade pela tutela de determinados bens jurídicos, de acordo com as exigências da alínea “a”.

Vale, então, examinar a referida lei, para que se perceba, via comparação, a falta de dispositivo semelhante no que diz respeito aos médicos, e, portanto, a ausência de preceito legal capaz de conferir ao aludido profissional o mesmo fundamento típico (i.e., art. 13, § 2º, alínea “a”, CP) que embasa a função de garantia dos agentes comunitários.

De início cabe sublinhar que o agente comunitário de saúde não se confunde com o profissional da medicina, eis que, para assumir o aludido cargo, basta que ele preencha alguns requisitos básicos dispostos no art. 6º da Lei nº 11.350/2006, dentre os quais, destaca-se a conclusão do ensino médio, sendo que, até mesmo essa exigência, pode ser flexibilizada, conforme o §1º do já mencionado artigo. O crucial para o exercício do cargo é, portanto, a capacitação técnica do servidor, por meio de cursos a ele oferecidos, sobretudo no que diz respeito à Educação Popular em Saúde¹¹³.

A partir dessa formação, e no âmbito da assistência multiprofissional em saúde da família, imputa-se ao agente comunitário, como atividade precípua, “a realização de visitas domiciliares rotineiras, casa a casa”, cujo objetivo é buscar “pessoas com sinais ou sintomas de doenças agudas ou crônicas, de agravos ou de eventos de importância para a saúde pública”, para encaminhá-las à “unidade de saúde de referência”, conforme os exatos termos do §2º do art. 3º da Lei nº 11.350/2006. Esse dispositivo, portanto, não impõe ao agente comunitário apenas um dever genérico de prevenção de doenças e promoção da saúde, junto com os demais sujeitos que compõem a Estratégia Saúde da Família, mas o responsabiliza pela assistência dos indivíduos da comunidade em que atua, especificamente no que tange à identificação, e conseqüente direcionamento às unidades de saúde competentes, daqueles que necessitam de atendimento ou avaliação médica.

¹¹³ A Lei define a Educação Popular em Saúde como “práticas político-pedagógicas que decorrem das ações voltadas para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, estimulando o autocuidado, a prevenção de doenças e a promoção da saúde individual e coletiva a partir do diálogo sobre a diversidade de saberes culturais, sociais e científicos e a valorização dos saberes populares, com vistas à ampliação da participação popular no SUS e ao fortalecimento do vínculo entre os trabalhadores da saúde e os usuários do SUS” (Cf. §1º do art. 3º da Lei nº 11.350/2006).

Na realidade, o art. 3º vai bem além disso, uma vez que elencando outras inúmeras atividades¹¹⁴, que igualmente devem ser cumpridas pelo agente comunitário de saúde, e que deixam ainda mais claro o vínculo entre o aludido servidor e os indivíduos da comunidade em que atua, bem como a extensão do seu dever de garantia para com essas pessoas.

Conclui-se, através das considerações então deduzidas, que os dispositivos da Lei nº 11.350/2006 impõem aos agentes comunitários deveres que ultrapassam a diretriz constitucional de participação da comunidade nas ações do SUS¹¹⁵, e, por conseguinte, dizem muito mais do que uma obrigação genérica relativa à promoção e

¹¹⁴ Para fins de melhor ilustrar a imposição do ora sustentado dever de garantia, traz-se aqui o *caput* do art. 3º em estudo na sua inteireza, bem como os parágrafos deste dispositivo que mais importam à presente análise: “Art. 3º – O Agente Comunitário de Saúde tem como atribuição o exercício de atividades de prevenção de doenças e de promoção da saúde, a partir dos referenciais da Educação Popular em Saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do SUS que normatizam a saúde preventiva e a atenção básica em saúde, com objetivo de ampliar o acesso da comunidade assistida às ações e aos serviços de informação, de saúde, de promoção social e de proteção da cidadania, sob supervisão do gestor municipal, distrital, estadual ou federal. (...) § 2º No modelo de atenção em saúde fundamentado na assistência multiprofissional em saúde da família, é considerada atividade precípua do Agente Comunitário de Saúde, em sua área geográfica de atuação, a realização de visitas domiciliares rotineiras, casa a casa, para a busca de pessoas com sinais ou sintomas de doenças agudas ou crônicas, de agravos ou de eventos de importância para a saúde pública e consequente encaminhamento para a unidade de saúde de referência. § 3º No modelo de atenção em saúde fundamentado na assistência multiprofissional em saúde da família, são consideradas atividades típicas do Agente Comunitário de Saúde, em sua área geográfica de atuação: (...) IV - a realização de visitas domiciliares regulares e periódicas para acolhimento e acompanhamento: a) da gestante, no pré-natal, no parto e no puerpério; b) da lactante, nos seis meses seguintes ao parto; c) da criança, verificando seu estado vacinal e a evolução de seu peso e de sua altura; d) do adolescente, identificando suas necessidades e motivando sua participação em ações de educação em saúde, em conformidade com o previsto na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); e) da pessoa idosa, desenvolvendo ações de promoção de saúde e de prevenção de quedas e acidentes domésticos e motivando sua participação em atividades físicas e coletivas; f) da pessoa em sofrimento psíquico; g) da pessoa com dependência química de álcool, de tabaco ou de outras drogas; h) da pessoa com sinais ou sintomas de alteração na cavidade bucal; i) dos grupos homossexuais e transexuais, desenvolvendo ações de educação para promover a saúde e prevenir doenças; j) da mulher e do homem, desenvolvendo ações de educação para promover a saúde e prevenir doenças; V - realização de visitas domiciliares regulares e periódicas para identificação e acompanhamento: a) de situações de risco à família; b) de grupos de risco com maior vulnerabilidade social, por meio de ações de promoção da saúde, de prevenção de doenças e de educação em saúde; c) do estado vacinal da gestante, da pessoa idosa e da população de risco, conforme sua vulnerabilidade e em consonância com o previsto no calendário nacional de vacinação; § 4º No modelo de atenção em saúde fundamentado na assistência multiprofissional em saúde da família, desde que o Agente Comunitário de Saúde tenha concluído curso técnico e tenha disponíveis os equipamentos adequados, são atividades do Agente, em sua área geográfica de atuação, assistidas por profissional de saúde de nível superior, membro da equipe: I - a aferição da pressão arterial, durante a visita domiciliar, em caráter excepcional, encaminhando o paciente para a unidade de saúde de referência; II - a medição de glicemia capilar, durante a visita domiciliar, em caráter excepcional, encaminhando o paciente para a unidade de saúde de referência; III - a aferição de temperatura axilar, durante a visita domiciliar, em caráter excepcional, com o devido encaminhamento do paciente, quando necessário, para a unidade de saúde de referência; IV - a orientação e o apoio, em domicílio, para a correta administração de medicação de paciente em situação de vulnerabilidade; V - a verificação antropométrica.”

¹¹⁵ Cf. inc. III do art. 198 da CF.

proteção da saúde, a qual resulta insuficiente para fins de erigir determinado sujeito à condição de garantidor. A aludida diretriz constitucional, aliás, apresenta interessante semelhança com a determinação do art. 225 da CF, no que diz respeito ao dever dirigido ao Estado e à coletividade de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Vale informar, por isso, que o aludido art. 225 já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, conforme nos lembra Rieger, em obra direcionada ao dever de garantia no direito penal ambiental¹¹⁶, na qual a autora destaca a seguinte e esclarecedora passagem de voto da Ministra Laurita Vaz¹¹⁷.

A parte Recorrente afirma que o agente tinha a obrigação de defender o meio ambiente por imposição constitucional, consoante o art. 225 da Constituição Federal. Contudo, resta claro que não basta uma obrigação genérica atribuída a todos os cidadãos de preservar o meio ambiente para as gerações futuras. É necessária a existência de dever específico de cuidar, proteger e/ou vigiar, pois, se fosse assim, grande parte da população praticaria crimes contra o meio ambiente diariamente, tendo em vista a inação em face das inúmeras destruições ambientais, como o corte ilegal de árvores em floresta, a produção de poluição de toda natureza, a lavra ou extração de recursos minerais sem autorização e inúmeras outras condutas delituosas.

Por tudo isso, deixa-se registrado que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão que comporte uma obrigação médica de garantia para com bens jurídicos alheios, ao menos até o presente momento, e na exata medida dos dispositivos que alcançamos encontrar na área da saúde e relativamente à prática médica.

De outro lado, não se pode esquecer que os Conselhos Federal e Regionais de Medicina, no exercício de suas competências¹¹⁸, dão conta de expedir diversas resoluções normativas, especialmente para fins de estabelecer as orientações da

¹¹⁶ RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental*. O dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹⁷ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma), REsp 897.426/SP. Recurso especial. Penal. Crime ambiental. Arts. 40 e 48, ambos da Lei n.º 9.605/98. Denúncia. Índícios de autoria e materialidade. Ausência. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Omissão imprópria. Descaracterizada. Dever de agir imposto por lei. Incabível dever genérico imposto para toda coletividade. (...). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Indalécio Vaz de Goés. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, Edição nº 128. Disponibilização: 25 de abril de 2008. Publicação: 28 de abril de 2008.

¹¹⁸ As atribuições dos Conselhos Federal e Regionais da Medicina são conferidas pela Lei nº 3.268/1957, que, em seu art. 2º, determina: “O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

ética profissional médica, assim como para disciplinar as atividades exercidas pelos profissionais em questão. Dentre elas, deve ganhar destaque a Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina, por meio da qual se aprovou o atual Código de Ética Médica.

Trata-se, aqui, da existência de diversas normas deontológicas, que, pode-se dizer, compreendem “la positivización de un modelo ético que un determinado colectivo adopta como próprio”, isto é, consistem em “un criterio assumido por el colectivo”¹¹⁹, em razão da sua possibilidade de auto-regulamentação. Definem-se, portanto, como “un conjunto de reglas y principios dirigidos a regir determinadas conductas del profesiona de carácter no técnico y que se configuran como un marco ético de actuación para el conjunto del colectivo”, impondo ao profissional “un plus de obligatoriedad”¹²⁰. Desse modo, a questão que ainda resta a saber, quanto ao permissivo da alínea “a”, § 2º, art. 13 do CP, é se esse “plus” é capaz de sustentar um dever jurídico penal e, conseqüentemente, legitimar uma resposta também penal aquele que o infringir.

Entendemos que esse também não é o caso. Do contrário, estar-se-ia, certamente, a incorrer em “flagrante violação ao princípio da legalidade”¹²¹, pois que a hipótese prevista na alínea “a” só se apresenta diante de lei elaborada em conformidade com o “proceso legislativo previsto na Constitución Federal e nas Constituições Estaduais”¹²². E, logo, diante de leis complementares, ordinárias, delegadas ou, ainda, de decretos legislativos e medidas provisórias convertidas em lei, consoante reforça Tavares:

Não podem ser assemelhadas à lei o decreto, o regulamento, a resolução, as instruções normativas ou qualquer outro ato emanado dos órgãos do Estado que não preencha aquelas condições. Essa interpretação restritiva decorre justamente dos termos do art. 5.º, II, da Constituição da República, pela qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esta última expressão deve ser compreendida igualmente de

¹¹⁹ BERISTAIN, Arantza Libano. Reflexiones críticas en torno al valor normativo de los códigos deontológicos. Particular consideración de las normas deontológicas vigentes en la esfera sanitaria española. In: *Dereitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 785.

¹²⁰ BERISTAIN, Arantza Libano. Reflexiones críticas en torno al valor normativo de los códigos deontológicos. Particular consideración de las normas deontológicas vigentes en la esfera sanitaria española. In: *Dereitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 784/785.

¹²¹ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes Omissivos Impróprios*. 3ª ed., RJ: Editora Impetus, 2014, p. 67.

¹²² TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Monografias Jurídicas. Marcial Pons Ediciones Jurpídicas y Sociales, S.A., 2012, p. 319.

modo restritivo para incluir só aqueles atos que provenham do Poder Legislativo e elaborados de acordo com o processo estabelecido na própria Constituição.¹²³

Também Beristain, ao tratar sobre o Código de Ética e Deontologia Médica publicado pela Organização Médica Colegial da Espanha, e apoiado em Gonzáles Morán, entende que o descumprimento de normas deontológicas pode acarretar, só e exclusivamente, sanções disciplinares. Nas palavras do autor:

(...) las normas y recomendaciones contenidas en el código referido no ostentan el mismo rango y carácter, y mientras algunas constituyen una mera versión em lenguaje deontológico de un precepto legal de derecho positivo (por lo que obligan por doble motivo, legal y deontológico), otras normas son meramente deontológicas (no constituyen el correlato de precepto legal alguno) quedando impuesta a título colegial y dando lugar a sanciones disciplinarias, mientras finalmente existen algunas disposiciones deontológicas que sólo tratan de fomentar en el profesional (em este caso, el médico) un comportamiento de elevada calidad ética sin que su incumplimiento lleve acarrada sanción o censura alguna.¹²⁴

Argumentos que aqui, uma vez lançados, parecem-nos suficientes para afastar o enquadramento do dever de garantia médica da alínea “a”, § 2º, art. 13, do CP. Acreditamos, enfim, que a proteção de bens jurídicos é imposta ao médico por outro motivo, o qual, conforme adiantávamos à abertura, resta expresso pelo legislador brasileiro na alínea “b” do mesmo § 2º, art. 13, do CP. Esse, aliás, é o entendimento predominante na doutrina.

Pois bem. Segundo Tavares, a aludida alínea prevê a “assunção, por parte do sujeito, da responsabilidade de impedir os resultados lesivos ou perigosos a determinada pessoa”¹²⁵. A mencionada “outra forma” da alínea “b”, por meio da qual o sujeito assume “a responsabilidade de impedir o resultado”, não reflete, portanto, o principal fundamento da fonte de garantia prevista no aludido permissivo legal. Não é essa “outra forma” ou – para utilizarmos o termo normalmente empregado pela doutrina tradicional – não é o “contrato”, o que dá forma ao vínculo de garantia, mas

¹²³ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Monografias Jurídicas. SP: Marcial Pons, 2012, p. 320.

¹²⁴ BERISTAIN, Arantza Libano. Reflexiones críticas en torno al valor normativo de los códigos deontológicos. Particular consideración de las normas deontológicas vigentes en la esfera sanitaria española. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 785/786.

¹²⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Monografias Jurídicas. SP: Marcial Pons, 2012, p. 325.

sim o fato de o sujeito ter assumido a responsabilidade de proteger determinado bem jurídico. O núcleo dessa fonte de garantia reside, pois, no verbo “assumir”, na postura de “assunção” da tutela do bem jurídico. De maneira mais enérgica, explica Schünemann:

Evidentemente, não é o dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal; o dever contratual de natureza civil não é mais do que um epifenômeno jurídico da posição de garantidor de natureza jurídico-penal.¹²⁶

Aliás, as considerações doutrinárias acerca da alínea “b” no direito penal brasileiro, desde Aníbal Bruno, revelam a “infiltração de critério material, deslocando para segundo plano o elemento formal do contrato”¹²⁷, de modo que, já há um bom tempo, “o decisivo é a *assunção voluntária* e não o contrato (ainda que a primeira se motive no segundo)”¹²⁸, tudo a reforçar e subsidiar o que aqui se passa a concluir. Na mesma linha, contemporaneamente, Bierrenbach afirma que o dispositivo em debate prevê a “denominada assunção voluntária de custódia, com ou sem contrato, como fonte da posição de garantia”¹²⁹, lembrando, ainda, ser “imprescindível que o garante assuma, efetivamente, a referida custódia para que possa responder pela omissão”¹³⁰.

Transportada a compreensão dessa fonte de garantia para o tema do presente trabalho, percebe-se que a origem do dever de garantia médica centra-se na assunção efetiva do tratamento de um determinado enfermo, o que decorre da própria essência do ato médico. “O *acto médico* é um acto de cura, é um acto de cuidado que tem uma dimensão onto-antropológica”, pertencendo, assim “ao mais fundo do modo-

¹²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução de Alaor Leite. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013, p. 166 (coleção Direito Penal e Criminologia).

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361.

¹²⁹ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 69.

¹³⁰ BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 69/70.

de-ser humano”¹³¹. Ser-se é cuidar-se e também é ser-se-com, de modo que, cuidar de si é, igualmente, cuidar do outro. Ainda, nas palavras de Faria Costa:

(...) nós só existimos porque o “outro” existe. Sem o “outro” não somos. Mas porque somos, também cuidamos, também curamos. Por isso, este acto de cura, este acto de cuidado para com o “outro”, este acto de “pré-ocupação”, em que o “outro” nos ocupa, nos preenche, nos dá sentido, este acto de cuidado é o *alfa* e o *omega* de qualquer comunidade de homens e mulheres historicamente situados.¹³²

Na mesma linha (sem, contudo, adentrar na dimensão onto-antropológica acima), Estellita aponta o médico e os enfermeiros encarregados do tratamento de determinado paciente como exemplo de sujeitos que podem ser considerados garantidores de acordo com o a alínea “b” em questão. Para ela, nosso Código Penal prevê, de maneira expressa, a possibilidade de assunção de deveres de proteção, observando que “essa assunção só pode ser afirmada quando o agente assume faticamente a esfera de responsabilidade (aspecto material) independentemente de formalidades”¹³³. Ainda de maneira mais próxima do tema deste estudo, argumenta Tavares:

Os médicos, uma vez que tenham assentido a tratarem do paciente, incluem-se na posição de garantidor. Não importa, para tanto, que o tenham feito pessoalmente ou por telefone. Aqui, diante da relevância do exercício profissional e dos fundamentos de confiança neles depositada pelo paciente, a assunção de responsabilidade já se inicia com a promessa de atendimento. O dever de garantia cessa apenas quando o tratamento estiver concluído ou quando o contrato se tenha desfeito por iniciativa do próprio paciente, ou quando entre médico e paciente se tenha estabelecido uma insuperável ruptura de relacionamento.¹³⁴

Salienta-se que o entendimento então exposto não só está de acordo com a atual compreensão da fonte de garantia prevista na alínea “b”, como também parece

¹³¹ FARIA COSTA, José de. Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica. (Cadernos de exercícios: segundo exercício). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3965, Secção de Doutrina, p. 72.

¹³² FARIA COSTA, José de. Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica. (Cadernos de exercícios: segundo exercício). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3965, Secção de Doutrina, p. 72.

¹³³ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 103/104 (coleção Direito Penal e Criminologia).

¹³⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Monografias Jurídicas. SP: Marcial Pons, 2012, p. 329.

corresponder ao que tem sido desenvolvido pela parte dominante da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, de acordo com as constatações apontadas por Rodrigues em obra destinada à responsabilidade penal médica:

Tanto a Doutrina como a Jurisprudência aceitam, em faixa maioritária, que o médico assume a posição de garante pela evitação do resultado típico, ao assumir efectivamente o tratamento do doente, independentemente da configuração, validade ou eficácia de qualquer negócio jurídico.¹³⁵

Importa ter claro que as afirmações acima foram articuladas levando-se em conta o disposto no Código Penal português, país desde onde a obra fora escrita, e cujo legislador não adotou o critério das fontes formais para a regulação legal da posição de garantia¹³⁶. No Brasil, como aqui se está a ver, a base legal é diversa, posto que os critérios formais do dever de garantia foram expressamente previstos pelo legislador brasileiro no Código Penal. Todavia, como já tivemos a oportunidade de referir, essa disposição não impede que utilizemos, em nosso país, as teorias materiais na composição dos fundamentos que sustentam o dever jurídico-penal de agir para evitar o resultado.

Ademais, observa-se que, tradicionalmente, a posição de garante que o médico pode vir a sustentar está calcada no critério formal da mera realização de um negócio jurídico, sendo esse um critério adotado ou não pelo legislador. Portanto, o que o trecho acima está a mostrar é que a clássica fundamentação do dever médico, enquanto garantidor de bens jurídico-penais, acabou sendo substituída por teorias materiais, de modo que hoje a corrente maioritária exige, como critério à atribuição de responsabilidade penal ao profissional em questão por via da omissão imprópria, que ele efetivamente tenha assumido o tratamento do enfermo.

Por tudo isso, é possível dizer que, tanto a doutrina brasileira quanto parte relevante da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, tem usualmente exigido que o

¹³⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 134.

¹³⁶ A matéria atinente à omissão imprópria e, logo, à posição de garantidor está prevista no artigo 10º do Código Penal português, que assim dispõe: “Artigo 10.º Comissão por acção e por omissão 1 — Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 — A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 — No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.”

médico tenha efetivamente assumido o tratamento do paciente para que seja considerado garantidor da vida, da saúde e da integridade física deste doente. Os médicos enquadram-se, portanto, no grupo dos chamados garantidores de proteção, sendo que “a proximidade sócio-existencial” entre os aludidos profissionais e o enfermo, “decorrente da aceitação expressa ou tácita, contanto que inequívoca”, do segundo sujeito pelo primeiro, é o que vincula “o médico ao dever pessoal e jurídico de evitar o resultado típico que a omissão da acção susceptível de paralisar o curso patológico causal irá desencadear”¹³⁷. Em outros termos, é a efetiva assunção do tratamento do enfermo que legitima a responsabilidade médica de conservação dos bens jurídicos do sujeito enfermo, condição de garantia essa que, no Brasil, está legalmente amparada na alínea “b”, §2º, art. 13 do CP.

2.3.2 A extensão do dever de garantia e o agir concreto

As linhas acima concluíram que o médico que assume, fática e inequivocamente, o tratamento de um enfermo passa a ser seu garantidor e, logo, tem o dever jurídico penal de agir para conservar os bens jurídicos daquele sujeito, especificamente à sua saúde, integridade física e própria vida. A assunção dessa responsabilidade fundamenta o dever de garantia, mas não pode, contudo, justificar toda e qualquer ação que vise à proteção dos referidos bens, nem mesmo quando é a vida do paciente que está em jogo. Nesse sentido, é preciso reconhecer e compreender que o exercício da medicina é limitado, o que nos traz de volta às normas deontológicas (assim como à ética da profissão, à bioética, às *leges artis*, etc.) que, no subcapítulo anterior, foram entendidas como incapazes de fundamentar a função de garantia, a ponto de justificarem, elas próprias, a responsabilidade penal por omissão imprópria. Essa afirmação, portanto, não retira a relevância das aludidas normas no que tange à conformação do dever de agir. Afinal, “em poucos domínios das relações sociais como neste o “ético” andarão tão de mãos dadas com o “legal”, na determinação da responsabilidade jurídica”¹³⁸.

¹³⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 137.

¹³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da ortotanásia: introdução a sua consideração jurídica*. Ciência Penal, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1975, p. 12.

Por essa razão, a extensão do dever de garantia que o médico pode vir a assumir também é determinada pelo conjunto de normas que regulam e orientam a prática médica. Com isso, quer-se dizer que as normativas da profissão integram o dever de *agir* médico, à medida que conduzem à identificação da conduta que dele é juridicamente esperada. Essa relação entre as competências do sujeito garantidor e o seu concreto dever de agir é esclarecida por Estellita:

Em âmbitos com competências individuais juridicamente reguladas – por lei, contrato ou outro instrumento com força normativa legalmente reconhecida, como os estatutos sociais etc. –, o conteúdo do dever concreto de agir é delimitado por essas normas, que estabelecem concretamente a possibilidade jurídica de agir do garantidor, e, pois, o que é dele juridicamente esperado, ou o conteúdo do seu dever concreto de agir.¹³⁹

Pensamos, porém, que, antes de adentrarmos no estudo das referidas normas, é preciso compreender as ideias que as servem de base, o que passa pela identificação do modelo que orienta a relação médico-paciente nos dias atuais. Portanto, tendo sempre presentes os resultados até aqui alcançados, passamos ao segundo capítulo desta dissertação, no qual, além da análise recém mencionada, iremos avançar nas consequências do dissentimento do paciente frente aos deveres, em princípio, impostos ao médico garantidor.

¹³⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017. (coleção Direito Penal e Criminologia), p. 248.

3 O MÉDICO GARANTE, O PACIENTE AUTONOMO E O QUE A TUTELA PENAL DA VIDA SIGNIFICA NESSE CONTEXTO

Observávamos, no capítulo que a este antecede, que deontologia, ética, bioética, filosofia, *leges artis*, entre outros saberes, balizam a prática médica e, por consequência, conformam o dever de garantia que o médico pode vir a assumir. Assim, o capítulo que ora se inicia vai buscar, no direito penal¹⁴⁰ e para além dele¹⁴¹, contornos mais precisos à ação concreta e esperada do médico garantidor, bem como irá avançar nas questões relativas à manifestação de vontade do paciente, colocando em xeque a “induvídosa” indisponibilidade do bem jurídico vida. Para tanto, e conforme havíamos prometido, começamos pela compreensão do modelo que, contemporaneamente, orienta a relação médico-paciente.

¹⁴⁰ Atenta-se para o fato de que, em áreas que se transformam e movimentam de maneira tão intensa e frequente (como a medicina), o direito penal é, por vezes, chamado a legislar, para fins de conferir mais segurança a um vasto campo de incertezas. Sabe-se, porém, que essa não é a sua função, razão pela qual se faz questão de salientar que o presente trabalho não quer exigir do direito penal mais do que aquilo que ele está legitimado a nos oferecer. Sobre o tema, ver: FÁRIA COSTA, José de. Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias* - volume I. Organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (*Studia Iuridica*, 98. *Ad Honorem*, 5).

¹⁴¹ Faria Costa observa que “o âmbito incriminador não está totalmente nas mãos do legislador penal. Este, por força das circunstâncias e devido à matéria sobre que tem de legislar, tem que abdicar desse seu dever constitucional – do dever constitucional de definir, em homenagem ao princípio da legalidade, exactamente os comportamentos penalmente proibidos – e dentro de certos limites das a definição dos conteúdos normativos incriminadores à ciência e pensamentos médicos.” Tais considerações são ilustradas pela análise da “lei da procriação medicamente assistida – PMA” (Lei nº 32/2006 de Portugal), na qual o autor identifica que, muitos dos elementos típicos dos ilícitos-penais nela previstos, só podem ser definidos pela ciência e pensamento médico (FÁRIA COSTA, José de. Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias* - volume I. Organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (*Studia Iuridica*, 98. *Ad Honorem*, 5), p. 119/120). Embora essas observações não estejam, portanto, ligadas à extensão do dever de garantia, o que se quer aqui observar é a inseparável ligação do direito penal com a bioética (entre outras áreas do saber) no que diz respeito às normas que orientam e delimitam o exercício da medicina. Não compreendemos, contudo, que, no caso do dever de garantia, a necessidade de ultrapassar as fronteiras do direito penal resulte uma violação ao princípio da legalidade. Por outro lado, pensamos que o direito penal precisa dialogar de modo mais frequente e profundo com as outras ciências envolvidas, não podendo ficar alheio a determinadas discussões, utilizando-se das respostas obtidas nesses debates, sem deles ter participado, sob pena de ampliar ou limitar a responsabilidade criminal de modo indevido.

3.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO QUE ORIENTA A PRÁTICA MÉDICA NOS DIAS DE HOJE

3.1.1 O exercício da medicina entre as marcas do paternalismo e o modelo de autonomia

À iminência da morte, há algo que atormentava, talvez mais que a morte em si, a vida – ou *o morrer* – de Ivan Ilitch. “O sofrimento maior” da personagem de Tolstói “provinha da mentira, aquela mentira por algum motivo aceita por todos” – família, amigos e médicos –, “no sentido de que ele estava apenas doente e não moribundo, e que só devia ficar tranquilo e tratar-se, para que sucedesse algo muito bom”, em que pese ele soubesse “que, por mais coisas que fizessem, nada resultaria disso, além de sofrimentos ainda mais penosos e morte”¹⁴². É essa mentira que o atormentava:

E esta mentira atormentava-o, atormentava-o o fato de que não quisessem confessar aquilo que todos sabiam, ele mesmo inclusive, mas procurassem mentir perante ele sobre a sua terrível situação, e obrigassem-no a tomar também parte nessa mentira. A mentira, essa mentira que lhe era pregada nas vésperas da sua morte, a mentira que devia abaixar esse ato terrível e solene da sua morte até o nível de todas as suas visitas, das costinhas, do esturjão no jantar... era horrivelmente penosa para Ivan Ilitch. E, fato estranho, muitas vezes em que eles efetuavam com o doente os seus manejos, ele estava a um fio de cabelo de gritar-lhes: deixem de mentir, vocês sabem e eu sei também que estou morrendo, pois então, deixem pelo menos de mentir. Mas ele nunca teve ânimo de fazê-lo. Por meio daquela mesma “decência” a que ele servira a vida inteira, todos os circunstantes rebaixavam o ato terrível, horroroso, da sua morte, ele via bem, ao nível de um acaso desagradável, quase uma inconveniência (a exemplo da maneira com que se trata um homem que, entrando numa sala de visitas, passa a exalar mau cheiro); via que ninguém haveria de compadecer-se dele, porque ninguém queria sequer compreender a sua situação.¹⁴³

A Morte de Ivan Ilitch, publicada em 1886, no nosso sentir, ao mesmo tempo em que descrever a “transformação gradual de um homem vivo como todos nós em

¹⁴² TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 55/56.

¹⁴³ TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 55/56.

cadáver”¹⁴⁴, também retrata a transformação desse homem em objeto. Ivan Ilitch, porque acometido desse “desagradável acaso”, é “excluído tacitamente da comunhão dos vivos” e passa a viver / morrer só, “não obstante todos os seus esforços para fazer os outros participarem da sua agonia”¹⁴⁵. É que ninguém queria “sequer compreender a sua situação”¹⁴⁶. Na verdade, o nosso inconsciente, explica a literatura especializada, não consegue conceber “um fim real para nossa vida na terra”, razão pela qual atribui a morte “a uma intervenção maligna fora de nosso alcance”¹⁴⁷. Nega-se, dessa forma, a realidade da morte, afasta-se esse mau de si, e, por consequência, afasta-se o próprio enfermo. Essa típica percepção humana acerca da morte como uma “ação má”, um “acontecimento medonho”¹⁴⁸, é, em especial, o que leva ao alheamento acerca da inexorável condição do enfermo. Leva à mentira, aquela que tanto perturbou o protagonista de Tolstói, considerado como “um especialista da morte na literatura”¹⁴⁹. Foi a mentira que separou Ivan Ilitch – o *homem enfermo* – dos demais – os *homens sãos* –, fazendo-o perder, antes da própria vida, a sua condição de pessoa. Situação experimentada por muitos doentes, fora da ficção literária:

Quando um paciente está gravemente enfermo, em geral é tratado como alguém sem direito a opinar. Quase sempre é outra pessoa quem decide sobre se, quando e onde um paciente deverá ser hospitalizado. [...] Pouco a pouco, e inevitavelmente, começa a ser tratado como um objeto. Deixou de ser uma pessoa. Decisões são tomadas sem o seu parecer. Se tentar reagir, logo lhe dão um sedativo [...].¹⁵⁰

¹⁴⁴ RÓNAI, Paulo. Apêndice: Sobre Tolstói e a morte de Ivan Ilitch. In: TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 87.

¹⁴⁵ RÓNAI, Paulo. Apêndice: Sobre Tolstói e a morte de Ivan Ilitch. In: TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 91.

¹⁴⁶ TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 55/56.

¹⁴⁷ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*: O que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução de: Paulo Menezes. 9ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 6.

¹⁴⁸ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*: O que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução de: Paulo Menezes. 9ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 6.

¹⁴⁹ RÓNAI, Paulo. Apêndice: Sobre Tolstói e a morte de Ivan Ilitch. In: TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009, p. 90. A morte é uma constante na obra de Lev Tolstói. Para além da novela ora em comento, lembra-se de outros dois notáveis trabalhos do autor permeados pelo tema: “Guerra e paz” e “Ana Karênina”.

¹⁵⁰ KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer*: O que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução de: Paulo Menezes. 9ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 12.

O tratamento conferido aos doentes nos termos acima descritos decorre do tradicional modelo paternalista da prática médica, fundado no Juramento de Hipócrates. Os textos atribuídos ao pai da medicina, instruíam o médico a omitir informações do paciente, incluindo o próprio prognóstico¹⁵¹, como denota a seguinte passagem do *Nomos* hipocrático:

As coisas sagradas são reveladas aos homens sagrados; às pessoas comuns (isso) não é permitido, antes de serem iniciadas nos mistérios da ciência.¹⁵²

O texto acima separa dois tipos de homem: o profissional e o leigo, sendo que só o primeiro tem acesso à ciência oculta / sagrada. A divisão também é percebida no Juramento Hipocrático, que sequer menciona a vontade do paciente, colocando-o em nítida posição de inferioridade em relação ao médico. Nesse sentido, explica Tricarico:

Se creía que una persona en estado de sufrimiento no era capaz de tomar una decisión consciente, libre y lúcida sobre su tratamiento puesto que se consideraba que la enfermedad no sólo afectaba a su cuerpo, sino también a su alma, debilitando sus “potencias” y, sobre todo, la voluntad del enfermo para tomar las decisiones más adecuadas para restablecer su salud. (...) De este modo, se señala que el médico ostentaba un papel similar al del tutor mientras que el enfermo, el paciente, era considerado como un menor que debía ser dirigido durante durante su enfermedad prescindiendo de su opinión y de su consentimiento.¹⁵³

Os ensinamentos do pai da medicina fundam-se na moral médica do “apogeu do período clássico da cultura grega na Antiguidade (final do século V e século IV a.C.)”¹⁵⁴. Trata, portanto, de uma “herança da medicina sacerdotal”, feita “por médicos e para os médicos”¹⁵⁵, muito embora tenha sido escrita em um período marcado pelo surgimento de um novo profissional da saúde, orientado pela ciência e, logo, contrário

¹⁵¹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 310.

¹⁵² *Corpus Hippocraticum*. Texto: “A Lei”. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/9n2wg/pdf/cairus-9788575413753.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁵³ TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 43.

¹⁵⁴ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 54.

¹⁵⁵ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 54.

à medicina de cunho religioso. Portanto, ao mesmo tempo em que se desenvolvia o Juramento de Hipócrates, a medicina-ciência estava começando a buscar “uma relação mais harmoniosa com o paciente através do esclarecimento deste”¹⁵⁶. Naturalmente, passaram-se longos anos para que o almejado equilíbrio na relação médico-paciente começasse a tomar forma, o que ocorre, sobretudo, com os movimentos em defesa dos direitos fundamentais do indivíduo nos anos 60, década em que, aliás, foi criado, nos Estados Unidos, o documento considerado como a primeira carta de Direito dos Pacientes (1969). No Brasil, a procura pela paridade na relação entre o profissional da medicina e o enfermo começou ainda mais tarde, com o Código Brasileiro de Deontologia Médica de 1984¹⁵⁷.

Portanto, pelo menos até a década de 80, o modelo de prática médica no Brasil era marcadamente paternalista, termo que, em sentido amplo, significa a “limitación directa o indirecta de la libertad de un individuo”¹⁵⁸, orientada tanto a evitar-lhe prejuízos (paternalismo negativo), quanto a trazer-lhe benefícios (paternalismo positivo)¹⁵⁹. A lenta mudança dessa tradicional referência hipocrática para o atual modelo de prática médica decorre da conscientização “dos indivíduos acerca de sua condição de agentes autônomos”¹⁶⁰, como bem ensina Faria Costa:

O que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente / médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido, em toda a linha, como um sujeito meramente passivo daquela relação de supra-infra ordenação, para passar a ser um sujeito detentor de direitos que, em relação dialógica – praxiologicamente dialógica e não, por certo, cientificamente dialógica – com o médico, é senhor capaz de “construir” a sua própria vida. Poder-se-á afirmar que o centro de gravidade dessa relação dialógica e complexa que é a relação

¹⁵⁶ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 55.

¹⁵⁷ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 57.

¹⁵⁸ LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. Autonomía y paternalismo em las decisiones sobre la propia salud. In: BUERGO, Blanca Mendoza (editora). *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Civitas, 2010, p. 64.

¹⁵⁹ Sobre paternalismo e direito penal, ver: MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. SP: LiberArs, 2015. HIRSCH, Andreas von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 11-28., jul./ago. 2007.

¹⁶⁰ COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 57.

médico / doente assentou arraiais, assentou a sua praça forte, no doente, na pessoa doente.¹⁶¹

A noção do sujeito dono de si foi tão fortemente enraizada que, inequivocamente, “já ninguém hoje defende um *modelo paternalista* para a actuação médica”¹⁶². Fala-se, em oposição a ele, em um *modelo de autonomia*, o que significa, em termos práticos e resumidamente, que “o direito de liberdade do paciente deve ser sempre observado pelo médico”¹⁶³, o qual só está legitimado a atuar quando passa todas as informações necessárias ao paciente (*dever de informar*) que, por sua vez, consente com a intervenção (*consentimento informado*). Porém, se é certo que hoje o modelo de *praxis* médica já não é mais o modelo paternalista, também é certo que a mudança para o modelo de autonomia não substituiu a antiga concepção por completo. O que de verdade há é a prevalência de um modelo em relação ao outro, com espaços de intersecção que dão margem a inúmeras e complexas discussões sobre o tema. Muito embora seja inconcebível que, por exemplo, um paciente seja tratado como um incapaz ou, mais ao extremo, como um objeto – como acontece na novela de Tolstói –, há quem defenda que o direito de liberdade, base do atual modelo médico, pode comprometer outros importantes direitos, como a vida e a saúde, bem como entrar em conflito com os próprios fins da medicina. Nessa linha e com o apoio da importante obra *Paternalism*, de G. Dworkin, lembra Lanuza:

[...] como ya pusiera de manifiesto Gerald Dworkin em su conocido y pionero trabajo sobre el paternalismo, la máxima antipaternalista milliana, según la cual nunca puede justificarse el forzar a um individuo “a realizar o no realizar determinados actos, porque esto fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, em opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo” no há encontrado um eco indiscutible em el ámbito jurídico occidental: los ordenamentos jurídicos de los países de nuestro entorno ofrecen, em efecto,

¹⁶¹ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 792.

¹⁶² FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 792. (sem grifo no original).

¹⁶³ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon; Ruth Chittó Gauer; Alexandre Wunderlich. (Org.). *Reformas Penais: Homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017 (p. 123-140), p. 129.

numerosos ejemplos de disposiciones que responden a uma (al menos aparente) inspiración paternalista.¹⁶⁴

Assim, em que pese seja possível dizer que as orientações paternalistas – ao menos em boa parte da doutrina –, têm, cada vez mais, perdido forças (nesse sentido, nota-se a incorporação da ideia de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” – definição que Organização Mundial da Saúde, desde 1947, já havia apresentado, mas que tardava em trazer maiores consequências para o presente tema –; a transformação que a noção de qualidade de vida está acarretando para o âmbito de proteção desse bem-jurídico; a ampliação dos objetivos da medicina, os quais passaram a incluir os chamados cuidados paliativos; etc.), o fato é que ainda há muito o que se refletir acerca de todas essas questões. Pode-se dizer que a ideologia filosófico-política liberal que sustenta o modelo de autonomia e encontra apoio “en argumentos constitucionales vinculados a las ideas de Estado liberal e Estado de Derecho”¹⁶⁵ conquistou – justamente por essa razão – um espaço que dificilmente poderá ser retomado por orientações paternalistas. Ocorre que, embora haja argumentos diversos e contundentes para fundamentar o modelo, é bastante complicado definir o que isso representa para as diferentes situações vivenciadas na relação médico-paciente.

Por fim, não se pode deixar de observar que as interações na área da saúde estão cada vez menos pessoais, a ponto de Eser afirmar que a relação médico-paciente está “progressivamente sufocada pelo direito social”¹⁶⁶. Desse modo, tornam-se cada vez mais raras as situações em que a apuração da responsabilidade penal não passa, necessariamente, pela análise das competências de cada um dos profissionais da saúde que, conjuntamente, são responsáveis pelo tratamento do doente.

¹⁶⁴ LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. Autonomía y paternalismo em las decisiones sobre la propia salud. In: BUERGO, Blanca Mendoza (editora). *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Civitas, 2010, p. 62.

¹⁶⁵ TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 301.

¹⁶⁶ ESER, Albin. Perspectivas do direito (penal) da medicina. Tradução de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista portuguesa de ciência criminal*, nº 14, 2004, p. 17.

3.1.2 A necessidade de aproximar o direito (penal) da medicina¹⁶⁷ e a bioética

A bioética principialista ganhou grande repercussão com Beauchamp e Childress na clássica obra “Princípios de Ética Biomédica”¹⁶⁸, na qual os autores lançaram os fundamentos dessa concepção. Para eles, os princípios beneficência, não maleficência, autonomia e justiça devem orientar a prática médica na condição de deveres *prima facie*, podendo, por isso, sofrer ponderações ao entrarem em conflito. Essa flexibilidade é, exatamente, o que preocupa Greco e Siqueira, os quais destacam a aludida obra como uma das causas responsáveis por (res)suscitar “posturas paternalistas na doutrina contemporânea”¹⁶⁹. Segundo argumentam, falta à proposta de Beauchamp e Childress reconhecer que a autonomia é mais do que um mero “valor situado no mesmo plano que os valores do bem-estar, da saúde ou de quaisquer das considerações conflitantes”. A autonomia, continuam os autores, é, na realidade, um “meta-valor, isto é, uma consideração que se encontra em outro plano, que diz com a hierarquização recíproca desses diversos valores”, concluindo-se, a partir disso, que:

Submeter a autonomia à lógica da ponderação é reduzi-la de barreira que se tem de respeitar a fim que se tem de promover ou maximizar e, com isso, descaracterizá-la. A autonomia que se pondera não é mais autonomia, porque a ponderação é orientada de forma heterônoma. Autonomia é o direito de ponderar; ponderá-la é transformá-la em heteronomia.¹⁷⁰

Se bem entendemos, há alguma razão no argumento dos autores. Porém, é igualmente possível identificar certo alheamento (não se sabe até que ponto proposital ou não, mas isso não é aqui relevante) naquilo que afirmam com relação ao dia a dia

¹⁶⁷ O subtítulo mostra a nossa adesão à proposta que Eser apresenta em texto intitulado “Perspectivas do direito (penal) da medicina”. Cf. ESER, Albin. *Perspectivas do direito (penal) da medicina*. Tradução de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista portuguesa de ciência criminal*, nº 14, 2004.

¹⁶⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

¹⁶⁹ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: Faria Costa, José de et al. (Org.) *Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017, p. 653.

¹⁷⁰ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: Faria Costa, José de et al. (Org.) *Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017, p. 654/655.

dos hospitais, postos de saúde, clínicas, e demais locais onde a medicina é posta em prática. Para ilustrar o que aqui se diz, toma-se, por exemplo, o caso levado ao Supremo Tribunal Federal, por via de recurso extraordinário, no qual a União requer a reforma da decisão que a condenou, junto ao Estado do Amazonas e ao Município de Manaus, a custear procedimento cirúrgico indisponível na rede pública de saúde, disponibilizando, desse modo, terapia alternativa à transfusão de sangue para aqueles que, embora possam se beneficiar da transfusão, a rejeitam por motivos religiosos, como é o caso das Testemunha de Jeová. Para ficarmos apenas entre dois “pesos” – eis que o recurso, na verdade, exige outras importantes considerações –, observe-se o conflito:

De um lado, a autonomia, a exigir respeito à liberdade de crença e consciência, como bem coloca o Ministro Relator:

A questão constitucional trazida neste recurso extraordinário exige a determinação da extensão de liberdades individuais. É certo que a Constituição assegura, em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas. Afinal, dizer que o direito social à saúde é apenas aquele concretizado por uma concepção sanitária majoritária traz em si uma discriminação às percepções minoritárias sobre o que é ter e viver com saúde. A capacidade de autodeterminação, i.e., o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acabam constrangidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar.¹⁷¹

De outro, a justiça, a demandar a devida distribuição dos limitados recursos do Estado, o que também fora observado pelo Ministro daquela Egrégia Corte:

No entanto, admitir que o exercício de convicção religiosa autoriza a alocação de recursos públicos escassos coloca em tensão a realização de outros princípios constitucionais. Não se pode afastar que a demanda judicial por prestação de saúde não incorporada ao sistema público impõe a difícil ponderação do direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à

¹⁷¹ BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 979.742 RG/AM. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público. Serviços. Saúde. Tratamento Médico-Hospitalar. Atos Administrativos. Garantias Constitucionais. Recorrente: União. Recorrido(s): Município de Manaus e Heli de Paula Souza. Relator: Min. Roberto Barroso. Inteiro Teor do Acórdão, p. 5. Documento acessível, sob o número 13132921, no seguinte endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>.

saúde de outros. Nessa linha, exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.¹⁷²

Na linha de Greco e Siqueira, parece-nos que o caso acima não comportaria qualquer conflito. O Supremo Tribunal Federal, aliás, não precisaria resolver coisa alguma: os Ministros apenas confirmariam a preponderância da autonomia em relação a todos os eventuais princípios atinentes ao caso, mantendo intacta a decisão impugnada no recurso. A simplificação, contudo, não condiz com a matéria.

O caminho que leva à aludida resposta é demasiadamente estreito, limitado, segmentado, circunscrito. Ele não permite refletir, nem mesmo, sobre o acerto das conclusões às quais conduziu, eis que, na verdade, o debate que faz sobre *o que é justo no caso concreto*, precede à própria análise do caso concreto. Em outras palavras – e com o perdão da metáfora –, quando a autonomia está em jogo, só ela pode vencê-lo. Acontece, porém, que, com o placar preestabelecido, não faz mais sentido jogar, e, sem jogo, o outro time, aquele que sequer entrou em campo, fica incapaz de concorrer para o seu resultado.

Nesse sentido, é preciso ter claro que, “muito embora se tenha de dar um lugar de primazia à autodeterminação, é também indesmentível que, depois, tudo deve ser compreendido não em uma lógica de hierarquização mas indubitavelmente em um juízo de *multiversum*”. Beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça devem “ser entendidos na sua indesmentível independência e interdependência”, pois consistem em “elementos de uma unidade com sentido”¹⁷³, a conferir o quanto necessário para que o exercício da medicina, na lição de Faria Costa:

(...) seja, em primeiro lugar, denso axiologicamente, depois seja verdadeiro em termos comunitários e seja, finalmente, conseqüente com a relação

¹⁷² BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 979.742 RG/AM. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público. Serviços. Saúde. Tratamento Médico-Hospitalar. Atos Administrativos. Garantias Constitucionais. Recorrente: União. Recorrido(s): Município de Manaus e Heli de Paula Souza. Relator: Min. Roberto Barroso. Inteiro Teor do Acórdão, p. 5/6. Documento acessível, sob o número 13132921, no seguinte endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>.

¹⁷³ FARIA COSTA, José de. Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica. (Cadernos de exercícios: segundo exercício). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3965, Secção de Doutrina, p. 74.

primeira que é o seu fundamento: que seja consequente com a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo para com o “outro”.¹⁷⁴

Ademais, do modo como entendemos, a realidade é tão excessiva e surpreendentemente complexa, que seria um erro definir, de modo categórico e taxativo, questões de tamanha importância por meio de uma única e estrita área do direito. A essa altura, parece-nos que o desenvolvimento científico já foi capaz de demonstrar, como bem observou Eser, que “anexos sectoriais de disciplinas jurídicas individuais desligadas entre si e que têm o seu cerne longe da área limite entre direito e medicina” são incapazes de atender “às exigências inerentes a uma disciplina jurídica que”¹⁷⁵, nas palavras do autor:

[...] de uma forma simultaneamente abrangente e consistente, deve tratar em perspectiva jurídico-dogmática uma área da vida cada vez mais complexa, acompanha-la em termos jurídico-políticos e por fim coloca-la empírica e ético-juridicamente em contextos mais amplos.¹⁷⁶

Dadas as considerações, pensamos que o *direito da medicina integrativo* proposto por Eser consiste no ponto ótimo a ser buscado por cada área do direito. De igual forma, acreditamos que o direito da medicina (seja mais setorial ou mais integrativo) deve servir-se da reflexão bioética¹⁷⁷, palco principal das discussões “do nosso modo de ser colectivo”¹⁷⁸. Nos distanciamos, contudo, da concepção principialista de Beauchamp e Childress, para compreender os princípios (e, da mesma forma, os direitos, as virtudes e a alteridade) como referencial teórico utilizado pela *bioética complexa*. Trata-se, aqui, de “uma abordagem abrangente na resolução de problemas que envolvem a vida e o viver”, a qual, a partir da inclusão dos sistemas

¹⁷⁴ FARIA COSTA, José de. Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica. (Cadernos de exercícios: segundo exercício). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3965, Secção de Doutrina, p. 74.

¹⁷⁵ ESER, Albin. Perspectivas do direito (penal) da medicina. Tradução de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista portuguesa de ciência criminal*, nº 14, 2004, p. 23.

¹⁷⁶ ESER, Albin. Perspectivas do direito (penal) da medicina. Tradução de Jorge de Figueiredo Dias. *Revista portuguesa de ciência criminal*, nº 14, 2004, p. 23.

¹⁷⁷ Ainda sobre as questões bioéticas, ver: GAFO, Javier (ed.). *Bioética y religiones: el final de la vida: dilemas éticos de la medicina actual*, 13. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2000 (Serie V: Documentos de trabajo, 32).

¹⁷⁸ FARIA COSTA, José de. Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume I*. Organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (*Studia Iuridica*, 98. *Ad Honorem*, 5), p. 112.

de crenças, valores e afetividade, é capaz de “avaliar de forma mais ampla o processo de tomada de decisão”¹⁷⁹.

Por fim, vale reiterar que não discordamos da veemente defesa à autonomia do paciente realizada por Greco e Siqueira. Assim como os autores, também acreditamos que a prática médica deve ser pautada em “uma concepção que leve a sério a autonomia do paciente”, de modo a “libertá-lo da passividade e do jugo médico e entende-lo como sujeito que, apesar da doença, segue com o direito de viver segundo a sua própria hierarquização de valores”¹⁸⁰. A ressalva que aqui se faz diz respeito somente à impossibilidade de estabelecermos a autonomia em grau hierárquico superior a todos os outros princípios envolvidos no tema, o que não significa diminuir a importância da autonomia do paciente, tampouco retornar ao modelo paternalista.

A beneficência, conquanto “já constante das normas hipocráticas e inerente à própria medicina”, terá hoje, como limite, a dignidade individual¹⁸¹. Da mesma forma, a não-maleficência e a justiça. Assim, o conteúdo de cada um dos tradicionais princípios da bioética deve manter relação com o atual modelo de autonomia, de modo que eventuais conflitos (como o caso do recurso extraordinária antes mencionado) serão resolvidos a partir do quanto já avançado em termos de respeito aos direitos individuais. O paciente-sujeito não pode, de forma alguma, voltar a ser paciente-objeto.

¹⁷⁹ GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 53 (1): 58-63, jan.-mar. 2009, p. 58.

¹⁸⁰ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: Faria Costa, José de et al. (Org.) *Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017, p. 650.

¹⁸¹ COUTINHO, Arnaldo Pineschi de Azeredo. *Ética na medicina*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. 144 p. (Coleção Ética nas Profissões), p. 49-50.

3.2 A (IR)RELEVÂNCIA PENAL DO COMPORTAMENTO MÉDICO CONSISTENTE NA NÃO REALIZAÇÃO DE UM TRATAMENTO CURATIVO. O DIREITO DO PACIENTE AO DISSENTIMENTO

Nas linhas que a essas antecedem, chegou-se à conclusão de que “ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia”¹⁸², deixando-se sublinhado que tal não significa uma completa substituição do primeiro pelo segundo. Dessa análise geral, passa-se, agora, a um estudo mais estrito, com a apresentação das leis e normativas que tratam do tema, bem como do desenvolvimento doutrinário acerca da questão.

3.2.1 O exercício da medicina em consonância com a deontologia, a *leges artis* e a ética da profissão

A atuação médica, como já tivemos a oportunidade de salientar, encontra limites em resoluções normativas e nos próprios princípios que orientam a profissão. Afinal, a medicina, com sua intervenção sobre o corpo e, até mesmo sobre a mente humana, coloca em risco bens jurídicos como a integridade física, a saúde e a própria vida do paciente, como bem pontua Tricarico:

En pocas profesiones existe, como en la profesión médica, un riesgo de tanta envergadura de lesión de bienes jurídicos tan fundamentales, riesgo indefectible e íntimamente ligado al ejercicio de una profesión que, como todas las ciencias que parten y tienen como objeto el cuerpo humano, es por naturaleza falible y, pese a los indudables avances de los últimos tiempos, intrínsecamente limitada.¹⁸³

Nada mais natural que, diante de tantos riscos, haja uma forte regulamentação da aludida atividade. Nesse sentido, a prática médica deve pautar-se pela *leges artis medicinae*, que compreende “um complexo de regras e princípios profissionais,

¹⁸² FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 792.

¹⁸³ TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 29.

acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico”¹⁸⁴. O próprio conceito de tratamento curativo – pelo menos na maioria das vezes em que definido – reforça essa exigência ao comportar os seguintes aspectos: “finalidade curativa; indicação médica; e execução de acordo com as *leges artis*”¹⁸⁵. Em outros termos, pode-se dizer que o aludido tratamento consiste na conduta praticada pelo profissional da saúde, sobretudo o médico, indicada e executada, de acordo com a *leges artis*, no interesse da saúde do paciente. Ou, nas palavras de Tricarico:

De modo muy general, puede definirse el tratamiento médico curativo (o terapéutico) como *el conjunto de acciones llevadas a cabo principalmente por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, en interés de la salud física o psíquica del paciente, objetivamente indicadas y ejecutadas de acuerdo con las reglas de la ciencia médica.*¹⁸⁶

A partir do desenho acima, percebe-se que estão excluídas do dever de garantia médica todas aquelas ações (i) que não possuem finalidade curativa, ou seja, que não se destinam “ao melhoramento do estado de saúde do paciente”¹⁸⁷, sendo importante lembrar que, por saúde, compreende-se “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste somente na ausência da doença ou enfermidade”, conforme define a Organização Mundial de Saúde; (ii) que não possuem indicação médica, isto é, que não consistem em um tratamento “objectivamente indicado para uma determinada situação patológica de certo paciente”¹⁸⁸; e (iii) que cuja execução não corresponde a *leges artis*, acima já definida como “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico” (*leges artis medicinae*), e que,

¹⁸⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45.

¹⁸⁶ TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 43.

¹⁸⁷ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 47.

agora, também compreende as modificações realizadas para abarcar as “concretas situações individuais”¹⁸⁹ (*leges artis ad hoc*).

A conduta do profissional da saúde também deve ser exercida de acordo com a deontologia médica, como já salientávamos à abertura. Essas regras são incluídas tanto no conceito de *leges artis*, quanto na definição de indicação médica. Com os olhos mais voltados à *leges artis*, Rodrigues explica que, direta e simplificada, ela corresponde ao *know-how* médico, incluindo, não só os parâmetros técnicos-científicos, como também as normas “deontológicas ou de ética profissional”¹⁹⁰. Por outro lado, Tricarico apresenta um conceito de *leges artis* que não engloba as referidas normas deontológicas, como se observa no trecho abaixo:

(...) el conjunto de reglas técnicas comúnmente aceptadas por la comunidad científica como válidas para realizar intervenciones de un determinado tipo – que es para el que se prescriben dichas técnicas – y para cuya determinación en un supuesto específico deben tenerse también en cuenta las circunstancias del caso concreto.¹⁹¹

Todavía, o autor não deixa de lembrar sobre a discussão que se tem levantado quanto à inclusão das normas deontológicas, para fins de determinar-se a indicação médica objetiva, isto é, “si junto a los criterios de conformidad con los conocimientos y la experiencia médicos, deben tenerse en cuenta, también aquí, critérios éticos”¹⁹². O autor sustenta que a reflexão é importante no que diz respeito ao consentimento informado do paciente, de modo que a indagação que resta responder diz respeito à possibilidade de considerar a vontade do paciente como elemento a ser avaliado na indicação médica objetiva. Possibilidade que, no Brasil, parece estar abarcada pelo Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina), que prevê “as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua

¹⁸⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54.

¹⁹¹ TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 57.

¹⁹² TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012, p. 55.

profissão”¹⁹³, dado o que dispõe o inciso XXI do “Capítulo I – Princípios fundamentais”.

Diz o inciso:

No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

O código, portanto, estabelece que, ao definir o tratamento, o médico deverá considerar as escolhas do seu paciente. De maneira ainda mais específica, o art. 24, previsto no “Capítulo IV – Direitos humanos” do código, diz ser vedado ao médico “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”. É indiscutível, portanto, que a vontade do paciente deve ser apreciada pelo médico no exercício de sua profissão. Todavia, as coisas começam a ficar um pouco mais nebulosas quando a vida do paciente entra em risco.

Nesse sentido, nota-se que, no mesmo referido capítulo, o art. 22 diz ao médico que lhe é vedado “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”. Da mesma forma, no art. 31 “Capítulo V – Relação com pacientes e familiares” do código, o médico encontra-se proibido de “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 iminente risco de morte”. É essa observação final (“salvo em caso de iminente risco de morte”) que levanta algumas discussões. Para além disso, o Código Civil também dispõe, em seu art. 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, de modo que a exigência “com risco de vida” também acaba por colocar dúvidas quanto à possibilidade de recusar uma intervenção que, a princípio, não apresentaria o aludido risco.

¹⁹³ Segundo o próprio Preâmbulo do Código: “1 – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.”

Todavia, veja-se que, de acordo com as recentes discussões doutrinárias, o art. 15 do Código Civil, trata, em realidade, de dispositivo que reforça a autonomia do paciente¹⁹⁴. Ademais, não há dúvida de que o risco de vida está presente em todo tratamento médico, por menor que possa ser, como bem afirma a justificativa apresentada ao Enunciado nº 533¹⁹⁵ da VI Jornada de Direito Civil, na qual o artigo em comento foi discutido. O resultado da Jornada é bastante esclarecedor e importante para o presente trabalho:

O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O "risco de vida" será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão.¹⁹⁶

Seguindo a linha dos argumentos acima, quanto às ressalvas presentes no Código de Ética Médica, relativamente aos casos em que há iminente risco de morte, acreditamos que elas devem ser compreendidas no seguinte e único sentido: o consentimento não precisa ser obtido nos casos em que o paciente não está em

¹⁹⁴ Nesse sentido, Nery Junior diz que: "em relação ao CC, art. 15, não se pode admitir que o paciente possa ser forçado a realizar tratamento em desconformidade com sua própria vontade". (Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. *In: Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 408). Na mesma linha: BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *In: Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012.

¹⁹⁵ Diz o Enunciado nº 533: "O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos". Cf.: AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de (Coord.). Enunciado nº 533. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

¹⁹⁶ AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de (Coord.). Enunciado nº 533. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

condições de prestá-lo, bem como quando não há tempo ou maneiras de se obter o consentimento de seu representante legal, e há iminente risco de morte. Aliás, essa mesma situação, ao lado da conduta médica destinada a impedir um suicídio, afasta o constrangimento ilegal, de acordo com o §3º, inc. I, do art. 146 do Código Penal brasileiro:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (...) § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio.

Da mesma forma, Barroso afirma ser “perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo iminente risco de vida, não seja possível a obtenção do consentimento”¹⁹⁷. As observações do autor são, contudo, expostas em texto acerca da passibilidade de recusa à transfusão de sangue. No Brasil, aliás, tem crescido o número de autores que sustentam ser legítima a aludida negação por parte de testemunhas de Jeová¹⁹⁸. Em linhas gerais, os argumentos que amparam essa posição partem do direito à liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana, como se observa no texto do referido autor:

A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).¹⁹⁹

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 377.

¹⁹⁸ A título ilustrativo, veja-se os quatro artigos sobre o tema reunidos na obra “Direito do paciente” (AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. SP: Saraiva, 2012.)

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 369.

Quanto à transfusão de sangue o art. 146 do CP, também afirma Nery Junior:

(...) a excludente de ilicitude prevista no CP, art. 146, 3º, I, por uma leitura constitucional não poderá nunca englobar a intervenção médica em desconformidade com a vontade do paciente. Ao contrário, é mister frisar que o médico, caso desrespeite a vontade do paciente e o submeter compulsoriamente à transfusão de sangue, estará praticando o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146) ou, dependendo do dano causado ao paciente, de lesão corporal (CP, art. 129).²⁰⁰

A questão que aqui se coloca vai um pouco além. Estamos a refletir se o mesmo argumento utilizado para legitimar a recusa ao tratamento médico por motivos religiosos pode ser estendido aos pacientes que, seja pelo motivo que for – não religioso, portanto – não desejam submeter-se a um procedimento médico. Ainda que não tenhamos encontrado essa exata pergunta em outros textos, há muitos autores que parecem compartilhar o entendimento de que sim, é direito de qualquer paciente recusar um tratamento médico. Pierangeli, nesse sentido, deixa claro que o entendimento dominante sobre a matéria diz que: “para se realizar um tratamento médico é exigido o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de pretá-lo”²⁰¹. Afirma, ainda, o autor:

O direito assegura ao seu titular o poder de disposição de um bem jurídico inerente à saúde e à liberdade individual, e, por conseqüência, é forçosa a conclusão de que ninguém pode ser compelido a submeter-se a um tratamento médico contra a sua vontade, ainda quando esteja atingida por uma enfermidade grave.²⁰²

O autor apenas salienta que a intervenção médica resta justificada quando a vida ou a integridade física de alguém, que não tem condições de manifestar a sua vontade, está em perigo. O perigo atual, portanto, obriga “o médico a atuar e realizar todos os atos que a situação fática está dele a reclamar e não possa valer-se do

²⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 411.

²⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 200.

²⁰² PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 218.

consentimento de pessoa que possa o paciente representar”²⁰³, ressaltando que, nesse caso, o médico deve atentar para os limites previstos no art. 24 do CP, que prevê o estado de necessidade. Ainda quanto às considerações do autor, não podemos deixar de observar que, após o trecho acima, Pierangeli refere que o direito de recusa estaria assegurado pelo art. 5º, inc. II, da CF, mas também pelo inc. IV, de modo que, de certa forma, também acaba trazendo o direito à liberdade religiosa para a discussão. Não nos parece, contudo, que o autor, ao mencionar o inciso, esteja limitando a possibilidade de recusa aos casos em que sustentada por motivo de crença religiosa, tanto que Pierangeli, em outro momento, destaca:

(...) o que torna lícita a conduta do médico, é a vontade do paciente e se submeter a um tratamento, ou, por outras palavras, é a autodeterminação do paciente em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de conseqüências lesivas para ele, conseqüências ínsitas no tratamento. É o consentimento dado à atuação do médico que estabelece os marcos inicial e final da licitude.²⁰⁴

Quanto à exigência ao consentimento, o autor ressalta que, uma vez estabelecido no art. 5º, inc. II da CF que “a lei pode impor ao indivíduo um dever de prestação ou de abstenção”²⁰⁵, a manifestação de vontade do paciente não é relevante nos casos em que “a lei torna obrigatória a submissão do indivíduo a tratamento, como as vacinações”, ou “impõe coativamente tratamentos médicos-sanitários em casos epidêmicos e até o isolamento (quarentena)”²⁰⁶.

Para além do mencionado autor, o respeito que se exige para com as decisões do paciente também fica claro em Sporleder de Souza, o qual afirma que o art. 146 não exige o médico de respeitar a autonomia do enfermo, concluindo que “o direito de liberdade do paciente deve ser sempre observado pelo médico, não obstante ser

²⁰³ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

²⁰⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 201.

²⁰⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 221.

²⁰⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

impunível o constrangimento”²⁰⁷ nas hipóteses do §3º do aludido dispositivo. Afirma, ainda, o autor:

Como se sabe, o médico é garantidor da vida (saúde) do paciente (CP, art. 13, § 2º, b), mas se a conduta negativa do médico tiver origem no consentimento do paciente exclui-se o seu vínculo de garantidor. Com efeito, o médico não responderá por homicídio (eutanásico) quando o próprio paciente recusar o tratamento, pois inexistente o dever de garantia nestes casos, já que a proteção da vida não pode ser feita contra a vontade do interessado (paciente), sobretudo quando se trata de fase terminal, de enfermidades graves e incuráveis e quando não existem mais perspectivas de melhora do quadro clínico.²⁰⁸

A questão é, contudo, um tanto delicada. Mesmo autores que sustentam, como Rivero, que “una ordenación estatal que proclame como uno de sus pilares básicos la autonomía y el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* del individuo” reconhece que o tratamento médico tem “como presupuesto mínimo de su conformidad a Derecho, la concurrencia del consentimiento del paciente”²⁰⁹, acabam dizendo que, em caso de perigo de morte, a manifestação de vontade do paciente não deve ser observada pelo médico, que, enquanto garantidor, tem o dever de agir para evitar o referido resultado. Segundo a aludida autora:

(...) el interés que trasluce la opción legislativa de preservar la vida incluso en los caso en que el propio interesado tiene voluntad de morir se convierte en argumento con el que sostener, con más contundencia aún, que la posición de garantía del médico no puede ceder ante la persistencia de una actitud del paciente que ni siquiera tiene el propósito de morir, sino sólo de ser fiel, hasta el final, a sus creencias y convicciones, de la índole que sean.²¹⁰

²⁰⁷ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do código penal (PLS 236/2012). In: *Reformas penais: Homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenadores Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer e Alexandre Wunderlich. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 128.

²⁰⁸ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do código penal (PLS 236/2012). In: *Reformas penais: Homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenadores Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer e Alexandre Wunderlich. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 127.

²⁰⁹ RIVERO, Maria del Carmen Gómez. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., 2008, p. 35.

²¹⁰ RIVERO, Maria del Carmen Gómez. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., 2008, p. 476.

Rivero, desse modo, conclui que o consentimento encontra-se limitado “allí donde su decisión comporte, de forma intencional o no, un ato de disposición de su vida”²¹¹. São justamente os argumentos em torno da (in)disponibilidade do bem vida que criam uma grande barreira ao consentimento/dissentimento do paciente²¹². Acreditamos, contudo, que há fundamentos contrários e fortes o suficiente para que seja possível afirmar-se que o médico deve respeitar a decisão do paciente, inclusive quando presente o risco de morte.

3.2.2 A ausência de um dever médico de ação nos casos caracterizados como ortotanásia

A eutanásia, que do grego significa “boa morte”^{213,214}, é normalmente concebida como “a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”²¹⁵. O conceito abre-se, portanto, para algumas formas de exercer a referida ajuda à morte digna, razão pela qual a eutanásia costuma ser diferenciada a partir dos conceitos²¹⁶ de eutanásia *ativa*, (i.e., aquela praticada mediante ação), e *passiva*, (i.e., aquela que decorre de uma conduta omissiva), além de ser dividida, em conformidade com a intenção do agente, em *direta*, *indireta* e *pura*.

²¹¹ RIVERO, Maria del Carmen Gómez. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., 2008, p. 476.

²¹² Sobre a concepção majoritária acerca da indisponibilidade da vida, ver explicações de RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de. Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 287-294., 1989, p. 288.

²¹³ Do grego eu – bem/bom – + *thanatos* – morte.

²¹⁴ Interessante ver a ironia em considerar-se uma “boa morte” como crime. Como diz Garcia: “Etymologically, of course, “eu-thanasia” should be a good death. Perhaps there was a time in our past when many people had a sensible understanding of what this could mean. They would have recognized death itself always and inherently to constitute a misfortune for the person who died, something that harms her, the natural end to a living being”. (Cf. GARCIA, J. L. A. Health versus harm: euthanasia and physicians’ duties. *Journal of Medicine and Philosophy*, 32:7–24, 2007, p. 21).

²¹⁵ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 10.

²¹⁶ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 124/125.

Fala-se em eutanásia direta²¹⁷ quando se auxilia a morte de uma “pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença”²¹⁸, hipótese que costuma ser enquadrada no art. 121, §1º, do nosso Código Penal²¹⁹. Logo, pôr fim à vida de alguém, ainda que a seu pedido e em razão do sofrimento que carrega (ajuda a morrer)²²⁰, constitui um homicídio privilegiado, punível tanto na forma ativa (eutanásia ativa direta – art. 121, §1º, do CP), quanto na forma passiva (eutanásia passiva direta – art. 121, §1º, c/c art. 13, §2º, do CP). Nesse sentido, importa observar que, de maneira geral, a doutrina diferencia a eutanásia passiva direta da conduta médica consistente na não realização de um tratamento salvador, diante da manifestação de vontade do paciente, que o recusa, e, então, vem a morrer. Segundo argumenta-se, a diferença entre as duas situações reside na intenção do médico, que, conquanto não deseje a morte do enfermo, tampouco se comporte com o objetivo de matá-lo, deixa de realizar o tratamento à medida em que “a proteção da vida não pode ser feita contra a vontade do interessado (paciente)”²²¹.

A não realização de um tratamento salvador, dentro dessa última e precisa hipótese, não traz, portanto, qualquer consequência penal. Ao médico que assim procede, não se imputa o resultado morte (ou lesão), ainda que o aludido profissional tivesse condições físico-reais de evitá-lo, e ainda que tivesse assumido a responsabilidade pelo tratamento do enfermo; ainda, portanto, que estivesse na posição de garantidor da integridade física, da saúde e da vida do paciente.

²¹⁷ Também encontramos a denominação eutanásia em sentido amplo e eutanásia em sentido estrito. Cf. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 10.

²¹⁸ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 10/11.

²¹⁹ O §1º do art. 121 do CP trata de uma causa de diminuição de pena de um sexto a um terço aplicada nos casos em que “o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”, sendo a eutanásia considerada um motivo de *relevante valor moral*. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa. 12ª ed., SP: Saraiva, 2012, p. 75.

²²⁰ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 125.

²²¹ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 127.

A ausência de uma consequência penal frente à conduta acima não pode, é claro, ser estendida ao caso da eutanásia passiva direta, na qual o médico decide que irá “deixar” o paciente morrer, interrompendo ou suprimindo, por exemplo, o seu tratamento²²², a despeito da vontade do enfermo ou de seu representante legal (nos casos em que o enfermo não é capaz de consentir), e muito embora o tratamento fosse capaz e adequado, seja para salvar-lhe a vida, evitar-lhe lesões à integridade física ou para obstar prejuízos a sua saúde. Aqui, a omissão é, sem dúvida, penalmente relevante e, logo, deve ser enquadrada no art. 121, §1º, c/c art. 13, §2º, do CP.

Por outro lado, a ajuda *no morrer*²²³, isto é, a ajuda “prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente”²²⁴, não é passível de punição penal em nosso país, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina. Compreende-se, nesse distinto contexto, que “o médico não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente para além do período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente”²²⁵. Referida conduta é denominada pela doutrina, de um lado, como *eutanásia passiva indireta*, e, de outro, como *ortotanásia* (i.e. “morte correta”²²⁶). Quanto à etimologia da palavra, parece-nos que não seria possível sustentar uma diferença significativa entre a “morte boa” (eutanásia) e a “morte correta” (ortotanásia). Ao contrário, pensamos que as duas situações são indissociáveis, razão pela qual, partindo desse aspecto, o termo eutanásia mostra-se mais adequado à representação de todos os casos em que, em razão do sofrimento do paciente, com ou sem o seu consentimento, o médico pratica uma conduta (isto é uma ação ou uma omissão) que dá causa a morte do

²²² Apesar da discussão doutrinária sobre a natureza da conduta de interrupção técnica do tratamento médico, i.e. se seria uma conduta comissiva ou omissiva, o posicionamento, hoje, dominante é de que a hipótese trata de uma conduta omissiva. Cf. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 20/21.

²²³ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 125.

²²⁴ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 10.

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução a sua consideração jurídica. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1975, p. 23.

²²⁶ Do grego *orto* – certo – + *thanatos* – morte.

enfermo, resultado que pode ou não ter sido almejado pelo profissional (diferenciando-se, então, a eutanásia direta e a indireta).

Todavia, o que se observa é que o significado atribuído à ortotanásia parece distinto do significado que normalmente se atribui à eutanásia passiva. Isso pelo fato de que, enquanto a eutanásia compreende a ajuda médica (ainda que por omissão) na morte, mediante a “suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso”, a ortotanásia consiste na conduta médica de omissão “de medidas que perderam sua indicação, por resultarem inúteis para aquele indivíduo, no grau de doença em que se encontra”²²⁷. Portanto, enquanto na eutanásia passiva, o médico deixa de praticar ações consideradas pela *leges artis* como adequadas, na ortotanásia o médico deixa de praticar ações que, pela *leges artis*, são consideradas inadequadas. Por consequência, enquanto na primeira hipótese *leges artis*, deontologia, ética profissional, etc., (re)afirmam o dever médico de agir – caso esteja na posição de garantir do paciente conforme os requisitos que vimos mais cedo – na ortotanásia as aludidas normas vão sustentar a ausência do dever de agir, exceto se o paciente assim desejar.

Nesse sentido, o Código de Ética Médica estabelece, no inciso XXII do “Capítulo I – Princípios fundamentais”, que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”. Orientação semelhante é novamente prevista no parágrafo único do art. 41 do código:

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.

Vale informar, no que tange ao ponto, que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra o Conselho Federal de Medicina, requerendo a nulidade da

²²⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. RJ: Forense, 2005, p. 73/74.

referida resolução nº 1.805²²⁸ (que trouxe a possibilidade de limitação da atuação médica acima mencionada), com base nos seguintes argumentos:

[...] [i] o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime; [ii] o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito; [iii] considerado o contexto sócio-econômico brasileiro, a ortotanásia pode ser utilizada indevidamente por familiares de doentes e pelos médicos do sistema único de saúde e da iniciativa privada.²²⁹

Contudo, em sede de alegações finais, o próprio Ministério Público Federal acabou retificando o posicionamento exposto na inicial daquela ação, requerendo o não acolhimento de seus pedidos. Aliás, ao decidir a questão, a 14ª Vara Federal do Distrito Federal acabou adotando as razões apresentadas pela Procuradora da República nas suas alegações finais. Na oportunidade, a Procuradora da República esclareceu que a resolução do CFM não regula matéria de direito penal, razão pela qual não está descriminando qualquer conduta, mas apenas garantindo que o médico, que praticar um procedimento que configure a ortotanásia, não sofrerá nenhuma sanção ético-disciplinar.²³⁰

Para além disso, nas suas razões finais, dentre outros argumentos bem pontuados, o Ministério Público Federal defendeu a atipicidade material da conduta em questão. Em primeiro lugar, o *Parquet* afirmou que, na ortotanásia, “em vez de utilizar-se de meios extraordinários para prolongar o estado de morte já instalado no paciente (que seria a distanásia), o médico deixa de intervir no desenvolvimento

²²⁸ Ainda no mesmo sentido, veja-se o artigo 1º, *caput*, da resolução nº 1.805, publicada em 28 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina: “Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.”

²²⁹ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 1.

²³⁰ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 8.

natural e inevitável da morte”²³¹, a partir do consentimento do paciente ou de seu responsável legal, o que não se confunde com a hipótese²³² em que o médico determina o processo de morte ao se omitir, já que a inevitabilidade da morte ainda não está estabelecida²³³. Assim, concluiu o Ministério Público Federal:

A eutanásia, assim, na forma ativa ou passiva, é prática que provoca a morte do paciente, pois ainda não há processo de morte instalado, apesar do sofrimento físico e/ou psicológico que possa atingir o paciente. No entanto, a omissão em adotar procedimentos terapêuticos extraordinários quando a morte já é certa (ortotanásia), não produz a morte do paciente, uma vez que nenhum ato do médico sobre ele poderá evitar o evento do desenlace.²³⁴

Em outras palavras, a ortotanásia caracteriza-se pela “circunstância de o doente estar incurso já em um processo que, segundo o conhecimento humano e um razoável juízo de prognose médica, conduzirá imediatamente e sem remissão à morte”.²³⁵ Essa hipótese é normalmente compreendida como uma conduta oposta à chamada distanásia, a qual se caracteriza pela “[...] manutenção obstinada da vida de um paciente exclusivamente por meio de meios artificiais e extraordinários, capazes de prolongar o mecanismo da morte e não da vida, tornando mais longo e sofrido o processo de morte”²³⁶. Assim, na sentença ora debatida, concluiu-se que o resultado “morte” na ortotanásia não é penalmente relevante, o que leva à atipicidade da conduta, conforme se pode ver nas linhas que seguem²³⁷:

²³¹ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 4.

²³² O Ministério Público Federal diferencia as duas hipóteses acima (eutanásia não punível e eutanásia punível) a partir da denominação ortotanásia (eutanásia não punível) e eutanásia passiva (eutanásia punível).

²³³ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 6.

²³⁴ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 4.

²³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução a sua consideração jurídica. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1975, p. 22.

²³⁶ FLORES, Marcelo Marcante. Aspectos jurídicos-penais da eutanásia e da ortotanásia no ordenamento jurídico penal brasileiro: o consentimento válido do paciente na resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 46-61., ago./set. 2014, p. 58.

²³⁷ Importa observar que o tema ora em estudo ganha especial importância em razão da proposta de reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado 236/2012), o qual, na redação em tramitação, sugere que sejam acrescentados os parágrafos 6º e 7º ao artigo 121 do atual Código Penal, nos seguintes termos: “§6º No âmbito

Vê-se, pois, que se chega à conclusão da atipicidade material do suposto crime de homicídio, ainda que privilegiado, decorrente da prática de ortotanásia, levando-se em consideração que a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (desde que autorizado por quem de direito) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal, considerando a necessária interação que os princípios constitucionais – todos derivados da diretriz primordial da preservação da dignidade da pessoa humana – têm de estabelecer com a moderna teoria do fato típico, balizando a interpretação do direito penal vigente.²³⁸

A doutrina ainda tem debatido sobre o fundamento da ortotanásia. Para Miguel Reale, as normas internacionais, bem como as disposições previstas no Código de Ética Médica nacional, as quais revelam a grande importância que possui a autodeterminação pessoal nos dias atuais, evidenciariam a adequação da ortotanásia, de modo que haveria uma contradição caso tal conduta fosse considerada típica ao mesmo tempo em que é eticamente aprovada pelos referidos documentos²³⁹. Conclui o autor que, na ortotanásia, não há uma causa de justificação, mas uma ação socialmente adequada, pois o bem jurídico vida não está sendo lesionado, já que o que se busca é “preservar esse valor, ou seja, a vida como vida digna que compreende a morte digna”²⁴⁰. Quanto ao referido instituto penal, citando Welzel, Figueiredo Dias explica que:

[...] todos os tipos incriminadores têm de ser interpretados contendo uma cláusula restritiva (implícita) de inadequação social, a qual conduziria a excluir do tipo de ilícito todas as acções que, embora formal e contextualmente o

dos cuidados paliativos aplicados à pessoa em estado terminal ou com doença grave irreversível, não há crime quando o agente deixar de fazer uso de meios extraordinários, desde que haja consentimento da pessoa ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão. §7º A situação de morte iminente e inevitável ou de doença irreversível, no caso do parágrafo anterior, deve ser previamente atestada por dois médicos.” No nosso entendimento, apesar da atual redação do Código Penal não prever os parágrafos acima, a ortotanásia não se enquadra no tipo penal previsto no art. 121 do Código Penal. Porém, tendo em vista as discussões em torno da questão, deve-se aplaudir o legislador pela iniciativa na busca de uma regulamentação penal da matéria, a fim de esclarecer eventuais dúvidas sobre o ponto, garantindo maior segurança jurídica ao médico.

²³⁸ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 6.

²³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 207-222., jul. 2016, p. 217.

²⁴⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 207-222., jul. 2016, p. 219.

preenchessem, todavia “não caem notoriamente fora da ordenação ético-social da comunidade”.²⁴¹

Contudo, o próprio Welzel, principal defensor da adequação social da conduta, acabou por concluir que ela trata de um “princípio geral de interpretação”. O instituto, portanto, não apresenta um terreno seguro para que se possa nele apoiar, não havendo consenso sobre o tema: por um lado, argumenta-se que a adequação social da conduta seria uma excludente da tipicidade; por outro, uma causa de justificação; e, ainda, como se viu, um “princípio geral de interpretação”²⁴². Quanto aos problemas atinentes ao instituto, argumenta Jescheck:

A ideia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta. Nestes casos, é preferível a aplicação dos critérios de interpretação conhecidos, pois, desta forma, se obtêm resultados comprováveis, enquanto que a adequação social não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizado.²⁴³

Percebe-se, porém, que, conquanto Miguel Reale sustente a adequação social da conduta para justificar a irrelevância penal da ortotanásia, o autor parece complementar suas razões por meio de argumentos relativos ao instituto do consentimento. Para além disso, ele também discorre o tema, de modo a indicar o que entendemos como atipicidade material da conduta, uma vez que se encontra na sua fala a referência à falta de uma ofensa ao bem jurídico vida, o qual “só aparentemente se lesiona”²⁴⁴:

Assim, diante da importância reconhecida à vontade expressa do paciente a dever ser admitida como relevante, definidora de como e quando morrer, respeitados rigidamente os requisitos previstos no Código de Ética Médica, não se estará a ofender o bem jurídico vida mas sim a agir em vista do valor socialmente reconhecido, ou seja, o direito de alguém autodeterminar como

²⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. 1ª ed. brasileira, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 291.

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. Parte Geral. SP: Saraiva, 23ª ed., 2017, p. 379.

²⁴³ JESCHECK, H. H.; *Tratado de Derecho Penal*. Trad. da 4ª ed. José Luis Manzaneres Samaniego. Granada, Comares, 1993, p. 343.

²⁴⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 207-222., jul. 2016, p. 219.

quer que a sua vida se desenrole no processo de morte inevitável para ter um fim de vida digno, uma morte digna.²⁴⁵

O argumento relativo à atipicidade material, vale lembrar, também foi apresentado pelo Ministério Público nas alegações finais da ação civil pública que visava, de início, ver reconhecida a nulidade da resolução nº 1.805/2006 do CFM. Todavia, não identificação de uma ofensa ao bem jurídico, nas considerações então feitas pelo Ministério Público Federal, liga-se ao consentimento do paciente. Segundo o *Parquet*, “a falta de adoção de terapêuticas extraordinárias, pelo médico, para prolongar um estado de morte já instalado em paciente terminal (*desde que autorizado por quem de direito*) não conduz a um resultado desvalioso no campo penal”²⁴⁶. Ainda quanto às deduzidas manifestações, vale destacar passagem que ressalta a interpretação que se tem dado ao direito à vida e à relação médico-paciente:

A medicina deixa, por conseguinte, uma era paternalista, super-protetora, que canalizava sua atenção apenas para a doença e não para o doente, numa verdadeira obsessão pela cura a qualquer custo, e passa a uma fase de preocupação maior com o bem-estar do ser humano.²⁴⁷

De outra ponta, argumenta-se que “se a conduta do médico tiver origem no consentimento do paciente exclui-se o seu vínculo de garantidor”²⁴⁸, isto é, o médico não tem o dever jurídico-penal de evitar o resultado morte, caso tal resultado tenha sido consentido pelo paciente. Nesse sentido, explica Sporleder que o Conselho da Europa²⁴⁹ recomendou “que o direito dos enfermos terminais a cuidados paliativos integrais e à autodeterminação sejam devidamente protegidos, garantindo-se que nenhum paciente seja tratado contra sua vontade e respeitando-se a sua recusa a

²⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 207-222., jul. 2016, p. 219.

²⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 6.

²⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017, p. 14.

²⁴⁸ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 127.

²⁴⁹ Ver CONSELHO DA EUROPA, Recomendação nº 1.418 (1999), A, X, XI; B, XIV, XV.

certos tratamentos”²⁵⁰. Roxin, na mesma linha, afirma não ser “permitido tratar um paciente contra a sua vontade”²⁵¹. Além disso, ao tratar sobre a possibilidade de se administrar uma medicação lenitiva, a qual, eventualmente, pode acelerar o processo de morte, afirma o referido autor que tal conduta não configura um ilícito-típico em razão do consentimento do ofendido – que, na sua opinião, acarreta a atipicidade da conduta –, como se percebe no trecho que segue:

Se a eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o máximo de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio.²⁵²

Roxin ainda ressalta que tal hipótese não deve estar restringida aos casos de morte iminente, mas também “em um período no qual o doente ainda não está para morrer”, ainda que o medicamento traga “consigo um certo perigo de aceleração da morte”²⁵³. Contudo, a aceleração do processo de morte, isto é, o perigo à vida em razão da utilização de uma medicação que visa aliviar o sofrimento do paciente não encontra regulamentação no Brasil, ainda que se costume excluir, seja pelo consentimento do ofendido seja pelo estado de necessidade, a ilicitude do fato.

3.2.3 A (in)disponibilidade da vida

Narra a história que Anna Pavlova, bailarina russa para quem foi criado o atemporal solo “A Morte do Cisne”, adoeceu gravemente durante uma turnê do Lago dos Cisnes em Haia. À época, a doença da bailarina podia ser tratada por meio de uma cirurgia, que, contudo, traria uma consequência que Anna não estava disposta a arcar:

²⁵⁰ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: *Reformas Penais: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS*. Coordenação Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, Ruth Chittó Gauer, Alexandre Wunderlich. 1ª ed., SC: Empório do Direito, 2017, p. 127.

²⁵¹ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 18.

²⁵² ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 15.

²⁵³ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000, p. 16.

a operação impediria aquela que foi *Prima Ballerina* do Balé Imperial Russo de dançar. Abandonar os palcos não era uma opção para a bailarina, que acabou recusando o tratamento médico e voltando-se para a sua principal paixão, o balé clássico. Em grande parte de suas biografias²⁵⁴, conta-se que, antes de falecer, Anna teria exclamado “preparem minha roupa de cisne”. As apresentações em Haia não foram canceladas. Nas primeiras notas do solo da bailarina, as cortinas abriram-se e o palco foi iluminado para Anna, onde quer que ela estivesse.

A bela trajetória de uma das mais notáveis bailarinas da contemporaneidade permite que se perceba, ao lado de Dworkin, “como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido”²⁵⁵. A recusa de Anna a uma vida sem movimento, mostra que a morte tem especial valor “porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo”²⁵⁶. Nessa perspectiva, compreender a relevância que a morte assume em cada indivíduo exige, em primeiro lugar, uma compreensão acerca da vida daquele mesmo sujeito. A morte não ganha significado porque esvazia a vida, mas porque faz parte dela. É o fim dela.

Desde o olhar interessado do direito penal, vê-se a morte de outro ângulo. Em realidade, para o direito penal, a morte em si não é relevante ou, de maneira mais precisa, não é *penalmente* relevante. Aqui, o que importa é o ato de matar ou de deixar morrer, de sorte que a morte é fato que só adquire relevância penal quando consiste no resultado da ofensa de alguém contra a vida de outrem. É a conduta, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que resulta a *radificação*²⁵⁷ do bem jurídico vida e, por isso, corresponde a mais profunda ruptura da teia de cuidados recíprocos existente entre os indivíduos, que reveste o resultado “morte” de significado. Tutela-se a vida – não o seu fim –, bem jurídico esse que, desde o iluminismo no século XVIII, vem ganhando especial atenção, tanto em nível constitucional²⁵⁸, quanto

²⁵⁴ PAVLOVA, Anna. *Como me tornei uma bailarina*. Tradução de: Clara Lacerda. SP: Cosac & Naify Edições, 2001. MARSH, Virginia. *Anna Pavlova 92 success facts: everything you need to know about Anna Pavlova*. Canada: Emereo Publishing, 2014, 6-8.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito), p. 280.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito), p. 280.

²⁵⁷ FARIA COSTA, José de. Vida e morte em direito penal: esboço de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico. In: FAYET JÚNIOR, Ney. *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 172.

²⁵⁸ No plano constitucional, garante-se a inviabilidade do direito à vida – assim como à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (cf. art. 5º, *caput*, da CF/88).

infraconstitucional. Essa ideia é identificada na própria estrutura do Código Penal, que abre a sua Parte Especial com o capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”, destacando, dessa forma, “la importancia y el rango valorativo que se confiere a los delitos dirigidos contra los bienes jurídicos fundamentales del ser humano, frente a los supraindividuales”²⁵⁹.

Compreender a morte nos termos do parágrafo acima, isto é, como *nadificação* da vida, pode entrar em rota de colisão com a concepção de morte como uma etapa da vida – “o fim de tudo” –, introduzida, linhas antes, pela história de Anna Pavlova. Perceber essas visões como opostas resulta, em especial, da noção de vida como um bem inviolável e da ideia de morte como um mau. Partimos, contudo, da ideia de que as concepções aqui expostas não são excludentes. No nosso sentir, vida e morte se anulam (quando há vida, não há morte e vice-versa), mas, ao mesmo tempo, complementam-se (só há vida porque há morte e vice-versa). Com isso, não se discute a necessária tutela penal sobre a vida, tampouco se ignora que, ao fim e ao cabo, a morte dela faz parte.

A própria *cura* do ato médico está, hoje, “longe de poder ser exclusivamente percebido como o cuidado da exasperada conservação da vida”²⁶⁰. Nesse sentido, e opondo-se à compreensão de eutanásia como sinônimo de homicídio ou de suicídio, Diniz diz ser um equívoco “entender o cuidado como a exigência do agir técnico permanente”, uma vez que há situações nas quais “a única forma de cuidado é o respeito às convicções pessoais das pessoas doentes e de seus cuidadores”²⁶¹. Afirma-se, dessa forma, que, ao *paradigma da cura*, opõe-se o *paradigma do cuidado*. Enquanto, o primeiro “vê a morte como um inimigo a ser vencido, usando o poder da tecnologia médica para prolongar uma vida artificial independente de sua qualidade”, o segundo, busca outras alternativas de cuidado, como explica Pithan:

(...) sob o paradigma do cuidado, percebe-se que quando a terapia médica não consegue mais atingir os objetivos de preservar a saúde ou aliviar o

²⁵⁹ ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 9-71., 2003, p. 10.

²⁶⁰ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 792.

²⁶¹ DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 307.

sofrimento, novos tratamentos tornam-se uma futilidade ou peso: surge então a obrigação moral de parar o que é medicamente inútil e intensificar os esforços no sentido de amenizar o desconforto do morrer.²⁶²

Nesse exato contexto, surgem os tratamentos paliativos, com aplicação cada vez mais frequente e abrangente. No final do séc. XX, essa forma de cuidado abordava “somente o tratamento a ser prestado no final da vida”, porém, mais recentemente, os cuidados paliativos têm sido oferecidos a todos os pacientes acometidos de doenças que representem risco de morte, desde o início do tratamento e de forma integrada aos cuidados curativos. Essas duas formas de cuidado não são, portanto, excludentes, mas sim complementares, sendo aplicados na intensidade que a prioridade do tratamento exige, e de acordo com as necessidades e os desejos de cada paciente e de seus respectivos familiares.²⁶³

Os tratamentos paliativos²⁶⁴ estão previstos, inclusive, no Código de Ética Médica como forma de cuidado devida aos doentes em situações clínicas irreversíveis e terminais²⁶⁵. Portanto, o próprio código já estabeleceu que a vida não deve ser imposta a qualquer custo, conferindo ao paciente o direito de não ser submetido a ações que, muito embora possam prolongar o tempo de vida, são desnecessárias frente às referidas situações de irreversibilidade e terminalidade do paciente. O princípio da beneficência, desse ângulo, deve ser compreendido a partir das palavras de Pithan, a qual observa que, em certos casos, agir em benefício do paciente significa não intervir, “deixando os doentes morrer em paz e com dignidade”²⁶⁶. Percebe-se,

²⁶² PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. P. 36-37.

²⁶³ MORITZ, Rachel Duarte; et al. II Fórum do “Grupo de Estudos do Fim da Vida do Cone Sul”: definições, recomendações e ações integradas para cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva de adultos e pediátrica. *Rev Bras Ter Intensiva*. 2011; 23(1):24-29, p. 26.

²⁶⁴ Os tratamentos paliativos são definidos pela Organização Mundial da Saúde da seguinte forma: “Palliative care is an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual.” (Cf. World Health Organization. WHO definition of palliative care, 2005. Disponível em: <<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

²⁶⁵ Cf. Código de Ética Médica, inciso XXII: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

²⁶⁶ PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 105.

dessa forma, que a vida não consiste no único valor a ser considerado no âmbito da medicina, como explica Faria Costa:

Vale por dizer: ao direito penal não repugna, antes se manifesta como exigência de justiça, que a violação da vida, em certas circunstâncias legalmente definidas, não seja punida (basta pensar no exemplo clássico de alguém que mata outrem em legítima defesa). O direito penal mostra-se assim extraordinariamente sensível à ponderação dos valores ou dos bens em conflito. E a esta ponderação, todos o sabem, nenhum valor ou bem escapa. Nem mesmo o bem jurídico vida que é, já o vimos, aquele que de forma plena e absoluta constitui a pedra angular da actual ordenação hierárquica da incriminação.²⁶⁷

As afirmações acima, ao contrário do que se poderia imaginar, não correspondem a uma diminuição da proteção jurídico-penal conferida à vida. A diferença está no alcance e na forma de tutela, mudança que se justifica pela própria visão atual acerca da essência da vida humana. Nesse sentido, após um profundo estudo sobre o tema, Eser acabou por concluir que o nível de proteção do bem-jurídico vida humana não tem diminuído ao longo do tempo. O que a história mostra, segundo o autor, é uma “amplitud de oscilación verdaderamente dilatada, en la cual los aspectos ‘sagrado’ y ‘cualitativo’ sólo marcan los posibles vértices valorativos”²⁶⁸, a partir dos quais o âmbito de tutela é estabelecido. Com isso, o autor acaba por afirmar que ambos as visões (sagrada e qualitativa) da vida devem encontrar um ponto ótimo:

(...) en el futuro sólo se podrán hacer esfuerzos por conseguir (...) un compromiso aceptable “entre la santidad y la calidad de la vida”. Por una parte, el respeto por la “santidad” de la vida no debe fosilizar-se en un pretexto formal para reprimir las exigencias del hombre concreto por dar un sentido a aquélla. Por la otra parte, la ambición de una vida “cualitativamente” valiosa, no debe socavar su preeminente derecho a la existencia. Esto es válido sobre todo allí donde no se trata de la vida propia sino de la valoración de una vida ajena.²⁶⁹

²⁶⁷ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 770.

²⁶⁸ ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781., set./dez. 1984, p. 780/781.

²⁶⁹ ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781., set./dez. 1984, p. 781.

As ponderações do autor são bastante interessantes e com elas concordamos. A valoração da vida deve estar em harmonia com o direito de cada um de se autodeterminar, o que significa que ninguém pode ser submetido a um tratamento médico que não deseja realizar, sob o argumento de que o Estado não pode deixar de proteger a vida, em razão do valor intrínseco que ela carrega. Nesse passo, também concordamos com as observações de Barroso²⁷⁰, que argumenta²⁷¹:

Não se trata de pregar, naturalmente, um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.²⁷²

Importa ainda observar as considerações do referido autor no que tange ao já analisado art. 15 do Código Civil, haja vista a clareza com a qual ele manifesta sua posição acerca da disponibilidade da vida. Vale transcrever:

(...) o dispositivo não consagra a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer custo. Em vez disso, respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevida ou mesmo no receio da perda da

²⁷⁰ No mesmo sentido, e a afirmar de maneira bastante contundente o direito de liberdade, afirma Dworkin: “O fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva e uniforme sirva a todos da mesma maneira. É assim que alegamos razões de beneficência e de autonomia em nome das quais o Estado não deve impor uma concepção geral e única à guisa de lei soberana, mas deve, antes, estimular as pessoas a tomar as melhores providências possíveis tendo em vista seu futuro.” (Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito), p. 298.)

²⁷¹ Os argumentos são expostos pelo autor ao tratar do aborto, sendo tranquilamente transportados ao presente caso, dado que, nem quanto ao início da vida nem quanto ao final, se estabeleceu um consenso capaz de permitir ao Estado a imposição de uma única conduta que por todos deve ser seguida. Nesse sentido, observa-se a continuação do trecho acima destacado: “A questão em discussão, sobretudo se levada para o plano do momento de início da vida, envolve um profundo desacordo moral na sociedade. Logo, não se está diante de matéria que possa figurar na categoria dos consensos mínimos. Nesse ambiente, o Congresso Nacional, expressando a vontade política majoritária da sociedade, regulou o tema de maneira que respeita o pluralismo político – isto é, a autonomia de cada um. De fato, ao exigir o prévio consentimento dos genitores para a realização de pesquisas com células-tronco, a lei assegurou o direito de cada um agir de acordo com sua ética pessoal.” BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 262.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. P. 249.

consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como – mais uma – confirmação de que o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes.²⁷³

A. Kaufmann também afirma que “nunca há habido uma protección jurídica absoluta de la vida”²⁷⁴. O autor ainda ressalta que hoje é impossível conceber o bem jurídico em estudo como um bem jurídico coletivo, impondo-se ao seu próprio titular uma obrigação de viver. A vida é, isso sim, um bem pessoal e renunciável:

A menudo se arguye que la vida humana es también un bien jurídico de la comunidad, de modo que el individuo no podría disponer sobre ella. Pero esto no es correcto. Em cualquier caso, em la Constitución alemana (art. 2, párrafo 2, de la Ley fundamental) la vida se concibe como un derecho altamente personal, De modo que no se comprende por qué tal derecho há de ser jurídicamente – y subrayo lo de jurídicamente – irrenunciable. A la objeción de que esta postura lleva a um individualismo extremo cabe oponer que la tesis de que el hombre está obligado frente a la comunidad a mantenerse con vida apoya a um cuestionable colectivismo de proveniência conocida. Ciertamente que el individuo tiene obligaciones frente a la comunidad, pero sólo em tant o que vive; sin embargo, no tiene frente a la comunidad la obligación de vivir.²⁷⁵

O autor salienta que essa possibilidade de renúncia não diminui o valor intrínseco da vida, rechaçando, aliás, toda e qualquer compreensão que caminhe nesse sentido, lembrando, no ponto, do que já se chegou a sustentar com a “Aktion T4” na época do nazismo. Segundo argumenta a limitação da tutela sobre a vida apenas está justificada pelo direito de liberdade, ou, em suas palavras, “no es el ‘valor’ de la vida ni la ‘falta’ del mismo lo que puede conducir a uma limitación de la protección de la vida, sino sólo la libertad del hombre cuando éste renuncia de modo eficaz a tal protección”²⁷⁶.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012, p. 375/376.

²⁷⁴ KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987, p. 52.

²⁷⁵ KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987, p. 51.

²⁷⁶ KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987, p. 52.

Por certo, todas essas questões ainda precisam ser intensamente debatidas, sobretudo no Brasil, onde, conforme lembram Greco e Siqueira, “essa discussão sequer teve início”:

O fundamental, parece-nos, é que o direito penal médico brasileiro tem uma grande tarefa em sua frente: ele tem de libertar-se do paradigma da promoção da saúde e do direito de tratar e entender o real significado do respeito à autonomia e dos correlatos dogmáticos dessa ideia, que são o consentimento e o dever de esclarecimento.²⁷⁷

3.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS CASOS DE REFERÊNCIA

“Qualquer questão de responsabilidade jurídico-penal do médico”, lembra-nos Figueiredo Dias, traz, “por motivos diversos, particulares dificuldades”. De uma ponta, como observamos ao longo do trabalho, “em poucos domínios das relações sociais como neste o ‘ético’ andarão tão de mãos dadas com o ‘legal’, na determinação da responsabilidade jurídica”; enquanto de outra, percebe-se que não são raras as vezes “em que a responsabilidade jurídico-penal do médico constitui pólo de fricção entre médicos e juristas”, o que se mostra “de forma particularmente aguda nos nossos tempos e nos países onde tem merecido mais cuidada atenção”²⁷⁸.

Seguimos firme, contudo, no caminho até aqui traçado, sustentando, uma vez mais – e, de novo, a partir dos ensinamentos de Faria Costa – a imprescindibilidade de se buscar respostas, pois, nas lições do autor:

(...) aqueles núcleos problemáticos da nossa vida comunitária mais comum suscitam ou exigem respostas. Respostas éticas. Respostas jurídicas. Respostas jurídico-penais. Mesmo que seja só para se afirmar que certos e determinados comportamentos, ligados àqueles problemas, não merecem uma censura jurídico-penal. Aquelas questões são interpelantes. Do nosso

²⁷⁷ GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: Faria Costa, José de et al. (Org.) *Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017, p. 665.

²⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução a sua consideração jurídica. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1975, p. 12.

tempo e para com o nosso tempo. Delas, por isso mesmo, não nos é possível nem legítimo escapar ou querer escapar.²⁷⁹

Por tudo isso, neste final de capítulo – e de dissertação –, retomam-se os casos de referência apresentados à abertura do texto, buscando, por um lado, objetivar nossas considerações, esclarecendo as respostas que, no nosso sentir, a presente monografia oferece às referidas situações; e, por outro, aprofundar, ainda que por via de um trabalho teórico, as questões práticas relativas ao nosso objeto de estudo.

Caso 1: no primeiro caso, um senhor de 79 anos de idade optou por não amputar seu pé esquerdo (membro no qual evoluía um grave processo de necrose), muito embora tivesse ciência de que, ao rejeitar a cirurgia indicada, tornava quase certa a probabilidade de morte por infecção generalizada.

A narrativa foi construída a partir de elementos destacados de uma apelação cível, na qual o Ministério Público Estadual solicitava a expedição de alvará para o hospital, onde o referido senhor de 79 anos de idade estava internado, com o objetivo de autorizar a cirurgia de amputação, ainda que contra a sua vontade. O pedido foi fundamentado, sobretudo²⁸⁰, na indisponibilidade e inviolabilidade do direito à vida. Todavia, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso.

²⁷⁹ FARIA COSTA, José de. Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias* - volume I. Organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (*Studia Iuridica*, 98. Ad Honorem, 5), p. 110.

²⁸⁰ Há outras questões importantes apontadas pelo Ministério Público, como a informação de que o paciente estava em estado depressivo, fato que teria sido respaldado por laudos médicos. Porém, uma vez que o presente trabalho não tinha como objetivo adentrar nos específicos requisitos do consentimento, acreditamos que a discussão sobre o ponto deve ser abordada em outro momento. De qualquer forma, apenas observa-se que os laudos médicos referidos teriam constatado que: o paciente/apelado estaria “desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”, mas, “continua lúcido, sem sinais de demência” (É o que diz a descrição do acórdão acerca dos laudos médicos. Cf. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70054988266 – N° CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000. Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico* nº 5214. Disponibilizado em: 27/11/13). Percebe-se, portanto, que, com base apenas nas referidas constatações médicas, não é possível concluir pelo estado de depressão sustentado pelo Ministério Público, uma vez que, compreender a morte como forma de aliviar determinado sofrimento, não leva, de modo automático, ao enquadramento do sujeito em um quadro depressivo. Portanto, quanto a questão ora suscitada, deixa-se claro que “não se pode, no caso de enfermos lúcidos, antecipadamente afirmar que qualquer recusa a tratamento deve-se a um estado depressivo” (Cf. MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 53).

Após apresentar definições para os termos eutanásia, ortotanásia e distanásia²⁸¹, o acórdão concluiu que o caso deveria ser enquadrado na segunda hipótese, afirmando que:

O caso *sub judice* se insere na dimensão da ortotanásia. Em suma, se o paciente se recusa ao ato cirúrgico mutilatório, o Estado não pode invadir essa esfera e procedê-lo contra a sua vontade, mesmo que o seja com o objetivo nobre de salvar sua vida.²⁸²

Não entendemos dessa forma. A partir das definições que encontramos em nossa pesquisa, a ortotanásia consiste em situação na qual não há mais alternativa de tratamento medicamente recomendadas. No presente caso, contudo, a cirurgia era capaz de salvar a vida do paciente, sendo que, segundo o acórdão, o próprio médico “buscou auxílio do Ministério Público, no sentido de fazer a cirurgia mutilatória mediante autorização judicial, a fim de salvar a vida do paciente”²⁸³. Importa trazer

²⁸¹ Para fins de possibilitar uma análise mais completa da decisão, veja-se como a Primeira Câmara definiu eutanásia, ortotanásia e distanásia: “(a) a eutanásia, também chamada “boa morte”, “morte apropriada”, suicídio assistido, crime caritativo, morte piedosa, assim entendida aquela em que o paciente, sabendo que a doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita ao médico ou a terceiro que o mate, com o objetivo de evitar os sofrimentos e dores físicas e psicológicas que lhe trarão com o desenvolvimento da moléstia, o que, embora todas as discussões a favor e contra, a legislação brasileira não permite; (b) a ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar o sofrimento, morte sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural, o que vem sendo entendido como possível pela legislação brasileira, quer dizer, o médico não é obrigado a submeter o paciente à distanásia para tentar salvar a vida; (c) a distanásia, também chamada “obstinação terapêutica” (*L’archement thérapeutique*) e “futilidade médica” (*medical futility*), pela qual tudo deve ser feito, mesmo que o tratamento seja inútil e cause sofrimento atroz ao paciente terminal, quer dizer, na realidade não objetiva prolongar a vida, mas o processo de morte, e por isso também é chamada de “morte lenta”, motivo pelo qual admite-se que o médico suspenda procedimentos e tratamentos, garantindo apenas os cuidados necessários para aliviar as dores, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.” (Cf. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico nº 5214*. Disponibilizado em: 27/11/13. [com grifos no original])

²⁸² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico nº 5214*. Disponibilizado em: 27/11/13. (com grifos no original).

²⁸³ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico nº 5214*. Disponibilizado em: 27/11/13. (com grifos no original).

aqui a diferença entre eutanásia passiva e ortotanásia apresentada por Fernandes e Goldim:

Na Eutanásia Passiva a intenção de não implantar uma determinada terapêutica é abreviar a vida, é antecipar a morte. Na perspectiva da Ortotanásia, não implantar uma determinada terapêutica, baseada na sua avaliação de utilidade/futilidade é totalmente diferente. O enfoque da avaliação da Futilidade Terapêutica está no processo de atendimento ser ou não adequado, enquanto na Eutanásia Passiva é o resultado da não implementação que está sendo buscado.²⁸⁴

Por outro lado, concordamos com a Primeira Câmara quanto a impossibilidade de obrigar um paciente a determinado tratamento médico, ainda que para fins de salvar-lhe a vida²⁸⁵. Essa, nos parece, é a única resposta (para além da análise quanto ao consentimento informado) que o Tribunal precisava ter desenvolvido.

Nesse sentido, vale trazer as considerações de Coutinho que, ao tratar sobre o princípio da não-maleficência, afirma que a amputação de um pé em um diabético, apesar de consistir em um dano, encontra justificativa ética porque viabiliza a manutenção da vida, destacando o autor que tal procedimento só é viável quando resulta:

(...) de um processo onde o paciente dê seu consentimento depois de seu total esclarecimento que, após pesar o risco-benefício, deve fazer valer sua autonomia e, em conjunto com o médico, optar pelo que for melhor para o seu caso.²⁸⁶

²⁸⁴ FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: *LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior*. Coordenação de Janaína Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 405.

²⁸⁵ Nesse sentido, argumentam os desembargadores que: “Resumindo, o direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. Em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto. Noutras palavras, não existe a obrigação constitucional de viver, haja vista que, por exemplo, o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio. Ninguém pode ser processado criminalmente por tentar suicídio. Nessa ordem de idéias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a cirurgia ou tratamento.” (Cf.: RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico nº 5214*. Disponibilizado em: 27/11/13).

²⁸⁶ COUTINHO, Arnaldo Pineschi de Azeredo. *Ética na medicina*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. 144 p. (Coleção Ética nas Profissões), p. 50-51.

Caso 2: no segundo caso, uma gestante recusa o tratamento médico indicado para tratar sua infecção por sífilis e, ao mesmo tempo, evitar que a bactéria que causa a doença fosse transmitida ao feto, apesar de saber que as consequências de sua escolha poderiam ser fatais para o bebê.

A sífilis congênita, na realidade, conduz a uma discussão bem mais complexa do que a proposta neste trabalho, eis que relativa a uma preocupante questão de saúde pública. Inclusive, em 2017, foi criada uma estratégia chamada de “Resposta Rápida à Sífilis nas Redes de Atenção”, para fins intensificar as ações de prevenção, diagnóstico e tratamento da doença²⁸⁷. Em que isso pese, os estudos do tema não deixam de apontar a responsabilidade que, de forma individual, também compete à gestante no tratamento da doença. Não podemos, contudo, ignorar que a causa principal da ausência de um tratamento adequado no período gestacional (e, igualmente, em relação aos pacientes não gestantes) está relacionada com as limitações e deficiências do sistema de saúde, como bem demonstram os aludidos estudos e as diversas notícias relativas à doença.

Deduzidas as observações acima, voltamos ao ponto que nos cabe avançar. Assim, nota-se que, em casos como o presente, a doutrina costuma compreender que o médico tem o dever de agir para proteger o feto. A título de exemplo, veja-se o posicionamento de Pierangeli, que discute, em sua obra “O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito”, situação bastante similar a ora analisada, no qual uma gestante recusa, por motivos religiosos, uma transfusão de sangue. Segundo o autor, o juiz do caso, que se passou em Milão, teria nomeado um curador especial para fins de prestar o consentimento em nome do feto, obrigando a paciente à transfusão de sangue. Ao comentar a solução, apoiando-se em Roland Riz, Pierangeli sustenta que

²⁸⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Municípios terão reforço de R\$ 200 milhões para conter avanço da doença. Publicado: Terça, 31 de Outubro de 2017, 10h51. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41721-municipios-terao-reforco-de-r-200-milhoes-para-conter-avanco-da-doenca>> Acesso em: 10 de out. de 2018. Ver também: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Profissionais são capacitados para atuar em locais prioritários contra a sífilis. Publicado: Sexta, 16 de Novembro de 2018, 12h29. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44691-profissionais-sao-capacitados-para-atuar-em-locais-prioritarios-contr-a-sifilis>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

a decisão do referido magistrado foi adequada, ressaltando que o dissenso do representante legal “pode ser superado pela providência judicial”²⁸⁸.

Estamos inclinados a concordar com o referido entendimento, no sentido de que o dever de garantia estaria voltado à vida e à saúde do feto, não da gestante. No entanto, nota-se que o caso conduz a uma específica e delicada discussão sobre os limites do consentimento e a tutela penal do início da vida, de modo que só poderemos sustentar nossa posição após um estudo mais aprofundada sobre o tema, o que não será desenvolvido no presente trabalho. Para o momento, apenas observa-se que o estado de necessidade, previsto no art. 24 do CP, poderia justificar a ação médica contrária ao consentimento do paciente – ressaltando-se que, nos demais casos em que o paciente recusa o tratamento médico, o aludido dispositivo não legitima (i.e., não justifica) a intervenção²⁸⁹.

Para além disso, vale observar que a própria gestante é garante do feto, podendo responder, via omissão imprópria, por eventual resultado morte, lesão à integridade física, e, a depender da posição adotada em relação ao elemento “outrem” do art. 132 do CP, pela própria situação de perigo gerada, de maneira dolosa, ao feto pela ausência do devido tratamento da doença.

Caso 3: no terceiro caso, uma jovem, completamente paralisada do pescoço para baixo, devido aos sintomas da síndrome de Guillain-Barre, pede a seus médicos que desliguem o aparelho que mantém suas funções vitais ativas.

Trata-se aqui da situação vivida por Nancy B., mulher que, no ano de 1992, requereu em juízo autorização para que seu médico desligasse o aparelho de respiração artificial que a mantinha viva. O médico advertiu que Nancy poderia sobreviver ligada à sonda médica por muitos anos, apesar de sua doença. Ainda assim, frente ao pedido da jovem, o juiz Dufour, de Quebec, Canadá, autorizou que o equipamento de respiração fosse desligado, sob o argumento de que “as pessoas têm

²⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 220.

²⁸⁹ Sublinha-se que se tem entendido que o estado de necessidade é inaplicável em situações de conflito entre bens do mesmo titular. Cf. GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *In: Faria Costa, José de et al. (Org.) Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017, p. 652.

o direito de exigir a retirada do suporte vital mesmo quando não estão morrendo, mas acham que suas vidas serão intoleráveis do modo como terão de vivê-las”²⁹⁰.

Nosso entendimento está de acordo com a aludida decisão. Todavia, como vimos no decorrer do trabalho, ainda prevalece o entendimento de que o médico, ao praticar a eutanásia passiva, deve responder por homicídio via omissão imprópria. Por outro lado, é possível encontrar autores (nos quais, inclusive, nos apoiamos) que apresentam argumento contrário. Nesse sentido, vale trazer, uma vez mais, as considerações de Sporleder:

(...) enquadram-se no segundo grupo (eutanásia permitida) a eutanásia passiva, a eutanásia ativa indireta e a eutanásia pura. Fala-se em eutanásia passiva quando há omissão em prolongar a vida de outrem que se aproxima do seu fim: a morte da vítima (paciente) se fá por abstenção da atividade médica pertinente na situação concreta. Na eutanásia passiva, a omissão médica de deixar morrer o paciente pode ocorrer mediante três formas: a) renúncia ao tratamento; b) interrupção do tratamento; e c) limitação do tratamento.²⁹¹

Portanto, conforme conclui o autor, quando “a conduta negativa do médico tiver origem no consentimento do paciente exclui-se o seu vínculo de garantidor”²⁹². Na mesma linha, afirma-se que “quando a omissão se encontra justificada é isso desde logo sinal seguro de que um dever de acção não existe”²⁹³. E ainda: “la aplicación de una causa de justificación puede impedir que nazca un concreto deber jurídico”²⁹⁴.

Caso 4: no quarto caso, os pais de uma jovem em estado vegetativo persistente, pedem aos médicos que desliguem o suporte vital da filha, em respeito à

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito), p. 259.

²⁹¹ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon; Ruth Chittó Gauer; Alexandre Wunderlich. (Org.). *Reformas Penais: Homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 126.

²⁹² SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). In: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon; Ruth Chittó Gauer; Alexandre Wunderlich. (Org.). *Reformas Penais: Homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 126.

²⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1ª ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed.; 2007, p. 958.

²⁹⁴ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 31.

vontade que ela havia manifestado antes de sofrer o acidente que a levou ao aludido quadro clínico.

A situação é posta pela história de Eluana Englaro, uma jovem italiana que, em 1992, em razão de um acidente automobilístico, entrou em estado vegetativo persistente. O pai de Eluana desejava que o suporte vital da filha fosse removido, para dar lugar ao triste, mas natural processo de morte da jovem. A intenção do pai era respeitar a vontade da menina, a qual, sabia ele, havia dito que preferia morrer a ter sua vida sustentada de modo artificial. O pedido do pai foi fundado no art. 32 da Constituição da República Italiana, que assegura:

(...) Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.²⁹⁵

Em 2008, após longa discussão provocada pela repercussão que o caso gerou, e já em grau recursal, a *Corte d'Appello Civile di Milano* autorizou a interrupção do tratamento. Todavia, o pai de Eluana ainda teve que enfrentar mais uma dificuldade. O Governo de Sílvio Berlusconi, via decreto, buscou impedir o cumprimento da decisão da Corte, a fim de manter o suporte artificial da jovem, o que acabou não acontecendo em virtude da recusa à medida por parte do presidente Giorgio Napolitano, de modo que, em 2009, uma equipe voluntária da clínica “La Quite”, em Uddine, interrompeu a hidratação e alimentação artificial da jovem Eluana.²⁹⁶

A presente hipótese, apresenta semelhança com o caso 3, mas também importantes divergências. Em primeiro lugar, trata de consentimento expresso por meio da família do paciente, o qual não tem condições de manifestar-se. Essa forma de consentimento apresenta elementos específicos, nos quais não iremos adentrar, já que, por ora, é suficiente ter em vista que, de maneira geral, a doutrina e as

²⁹⁵ Tradução livre do art. 32: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.” ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 1947, n. 298. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/resources/Costituzione%20italiana.pdf> > Acesso em: 13 set. 2018.

²⁹⁶ PEREIRA, André Dias; MATOS, Mafalda Francisco. Direito à morte digna na Itália: análise jurídica do caso Eluana Englaro. In: *Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. Coordenadores: Adriano Marteleto Godinho, Geoge Salomão Leite e Luciana Dadalto. SP: Almedina, 2017, p. 269/271.

normativas existentes no Brasil²⁹⁷ permitem o consentimento via manifestação do representante legal do paciente²⁹⁸. Logo, a diferença que aqui se quer ressaltar centra-se no fato de que a interrupção do tratamento médico, em caso de pacientes em estado vegetativo (i.e., “situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral”²⁹⁹), tem sido considerada uma hipótese de ortotanásia, não de eutanásia passiva, enquadrando-se assim no parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica.

Nesse caso, a interrupção do tratamento parece, inclusive, ser recomendada pelo Conselho Federal de Medicina, uma vez que o inciso XXII do referido código de ética diz que, “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários”.

Não podemos encerrar, contudo, antes de atentar para as observações apresentadas por Vincent, o qual questiona³⁰⁰ se não haveria um descompasso em aceitar como ética e legalmente possível a conduta médica que retira um suporte vital (caso em que o paciente “morreria de fome”); e, de outro lado, punir a conduta médica que, na mesma situação, provoca, de maneira rápida e indolor, a morte do paciente através de uma injeção letal³⁰¹. Nas palavras do autor, “it is hypocritical to consider

²⁹⁷ Há estudos interessantes sobre a percepção dos brasileiros acerca do tratamento médico conferido aos pacientes terminais, de acordo com os desejos da família do enfermo. A título de exemplo, ver: SOARES, Márcio. End of life care in Brazil: the long and winding road. *Critical Care*, 2011, 15:110.

²⁹⁸ Nesse sentido, observa-se a previsão do art. 22 do Código de Ética Médica, o qual veda a intervenção médica sem o prévio consentimento do paciente ou de seu representante legal, *in verbis*: “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”.

²⁹⁹ A definição foi estabelecida pela *Multi-Society Task Force* no relatório de 1994. (Cf. CARNEIRO, António Vaz; ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. Relatório sobre o estado vegetativo persistente. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2005. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf> Acesso em: 10 de out. de 2018.

³⁰⁰ Nos termos do autor: “Some individuals may have lost all links with their surrounding environment, and yet, their “life” may continue without the aid of life-support systems. Once this situation is considered permanent, one may not feel obliged to continue to provide treatment. In these conditions, some take the view that enteral feeding can be considered as part of the therapy, so withdrawal of feeding is considered acceptable. However, many (including myself) consider the withdrawal of feeding as a means of letting a patient die hypocritical and unacceptable. Because it is clear that death will be the end result of such a strategy, is it not preferable to create a more rapid death process, rather than to allow the patient simply to starve to death?” (Cf. VINCENT, Jean-Louis. Cultural differences in end-of-life care. *Crit Care Med*, 2001, Vol. 29, Nº. 2 (Suppl.), p. 53)

³⁰¹ Outra importante questão sobre o tratamento médico no final da vida é exposta no texto de Miccinesi e Raho. Cf. MICCINESI, Guido; RAHO, Joseph A. Contesting the equivalency of continuous sedation until death and physician-assisted suicide/euthanasia: a commentary on lipuma. *Journal of Medicine and Philosophy*, 40: 529–553, 2015.

the withdrawal of life support as acceptable but drug injection as unacceptable”³⁰².

Assim, propõe:

Perhaps, in such circumstances, we need to redefine death. Referring to “life” may not be accurate in the absence of any relation with the environment. Death is no longer simply a stopped heartbeat. Brain “death” is already accepted as a concept, allowing organ donation. With expert opinion, could not “death” be also said to have occurred in, for example, a trauma patient with multiple head fractures and organ harvesting allowed without waiting for the inevitable development of the complete brain death syndrome? It is my opinion that permanent loss of cognitive life should be considered as equivalent to brain death.³⁰³

Por tudo o que até aqui foi exposto, acredita-se que conseguimos apresentar argumentos que indicam um caminho consistente para a solução de algumas das questões que giram em torno do tema ora em estudo. É inegável, contudo, que o caso 4, ao lado das demais situações aqui analisadas, acabou por trazer a esta dissertação mais indagações do que respostas, o que, no nosso sentir, é igualmente válido. Afinal, “o que se não pode”, como Faria Costa mais uma vez ensina, “é rejeitar, é não querer ver, é não querer pensar, é não querer decidir quando, em nosso redor, a realidade se altera a velocidade vertiginosa”³⁰⁴.

³⁰² VINCENT, Jean-Louis. Cultural differences in end-of-life care. *Crit Care Med*, 2001, Vol. 29, Nº. 2 (Suppl.), p. 53.

³⁰³ VINCENT, Jean-Louis. Cultural differences in end-of-life care. *Crit Care Med*, 2001, Vol. 29, Nº. 2 (Suppl.), p. 53.

³⁰⁴ FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 792.

4 CONCLUSÕES

Capítulo 1: Para que o médico seja considerado garantidor ele deve ter assumido, de modo efetivo, o tratamento do paciente. A atuação médica encontra limites em resoluções normativas e nos próprios princípios que orientam a profissão. Essas normas, conquanto não sejam capazes de, por si mesmas, fundamentar a posição de garantia, acabam sendo extremamente relevantes no que diz respeito à conformação do dever concreto de agir do médico.

Capítulo 2: É direito de qualquer paciente recusar um tratamento médico, ainda que a recusa leve inevitavelmente a sua morte. Portanto, nos casos em que o paciente manifesta o seu dissentimento em relação a qualquer tipo de intervenção médica, o aludido profissional não pode ser penalmente responsabilizado por omissão imprópria, já que inexiste dever de agir – o dissentimento, nesse caso, torna a conduta atípica.

Por outro lado, o dever de agir médico continua presente nos casos em que há iminente risco de morte e o paciente não está em condições de consentir ou não há tempo ou maneiras de se obter o consentimento de seu representante legal.

Concluiu-se, assim, que a vida não é um bem jurídico indisponível, podendo-se afastar a tutela penal que a ela se confere em determinadas situações, como a recusa do paciente ao tratamento médico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de (Coord.). Enunciado nº 533. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

ANTUNES, João Lobo; FREITAS, António Falcão de. Relatório sobre o estado vegetativo persistente. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2005. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf> Acesso em: 10 de out. de 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. SP: Saraiva, 2012.

BARDON, Carolina Bolea. Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión. *In: Sánchez, Jesús-Maria Silva et al (Coord.). Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: B de F, 2017, p. 459-470.

BARROSO, Luís Roberto. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *In: Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERISTAIN, Arantza Libano. Reflexiones críticas en torno al valor normativo de los códigos deontológicos. Particular consideración de las normas deontológicas vigentes en la esfera sanitaria española. *In: Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3^o ed., Niterói, RJ: Impetus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 21^a ed. SP: Saraiva, 2015.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma), REsp 897.426/SP. Recurso especial. Penal. Crime ambiental. Arts. 40 e 48, ambos da Lei n.º 9.605/98. Denúncia. Índícios de autoria e materialidade. Ausência. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Omissão imprópria. Descaracterizada. Dever de agir imposto por lei. Incabível dever genérico imposto para toda coletividade. (...). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Indalécio Vaz de Goés. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, *Diário da Justiça Eletrônico*, Edição nº 128. Disponibilização: 25 de abril de 2008. Publicação: 28 de abril de 2008.

BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 979.742 RG/AM. Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público. Serviços. Saúde. Tratamento Médico-Hospitalar. Atos Administrativos. Garantias Constitucionais. Recorrente: União. Recorrido(s): Município de Manaus e Heli de Paula Souza. Relator: Min. Roberto Barroso. Inteiro Teor do Acórdão. Documento acessível, sob o número 13132921, no seguinte endereço eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>.

BUERGO, Blanca Mendoza (editora). *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Civitas, 2010.

Corpus Hippocraticum. Texto: “A Lei”. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/9n2wg/pdf/cairus-9788575413753.pdf>> Acesso em: 31 ago. 2018.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Com a colaboração de Figueiredo Dias, assistente da faculdade de direito. Vol. I, COIMBRA: Livraria Almedina, 1997.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 54.

COUTINHO, Arnaldo Pineschi de Azeredo. *Ética na medicina*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. 144 p. (Coleção Ética nas Profissões).

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. COIMBRA: Coimbra Editora. 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DISTRITO FEDERAL. 14ª Vara Federal/DF. Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).

ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 37, n. 3, p. 747-781., set./dez. 1984.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. SP: Marcial Pons, 2017, p. 240 (coleção Direito Penal e Criminologia).

FARIA COSTA, José de. Bioética e direito penal. Reflexões possíveis em tempos de incerteza. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume I*. Organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. (*Studia Iuridica*, 98. *Ad Honorem*, 5).

FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. *In: ANDRADE, Manuel da Costa. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FARIA COSTA, José de. Um olhar, eticamente comprometido, em redor da ética médica. (Cadernos de exercícios: segundo exercício). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3965, Secção de Doutrina.

FARIA COSTA, José de. Viagem ao oriente através da dogmática: um passeio pela região da omissão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, v. 1, n. 3, p. 49-60., 1997, p. 52.

FARIA COSTA, José de. Vida e morte em direito penal: esboço de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico. *In: FAYET JÚNIOR, Ney*.

Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FARIA COSTA, José de. *Ilícito típico, resultado e hermenêutica: (ou o retorno à limpidez do essencial)*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2000.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Alcance, eficacia y legitimación del derecho penal en el ámbito de las biotecnologías. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mollet del Vallès, n. 13, p. 103-116., 2003.

FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. A atividade médica em situações de final de vida e de terminalidade: uma reflexão jurídica e bioética. In: *LIVRO homenagem a Miguel Reale Júnior*. Coordenação de Janaína Conceição PASCHOAL, Renato de Mello Jorge SILVEIRA. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais; 1º ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2º ed.; 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da ortotanásia: introdução a sua consideração jurídica. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1975.

FLORES, Marcelo Marcante. Aspectos jurídicos-penais da eutanásia e da ortotanásia no ordenamento jurídico penal brasileiro: o consentimento válido do paciente na resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 46-61., ago./set. 2014.

GAFO, Javier (ed.). *Bioética y religiones: el final de la vida: dilemas éticos de la medicina actual*, 13. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2000 (Serie V: Documentos de trabajo, 32).

GARCIA, J. L. A. Health versus harm: euthanasia and physicians' duties. *Journal of Medicine and Philosophy*, 32:7–24, 2007.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 53 (1): 58-63, jan.-mar. 2009.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. *Rev HCPA*, 2006; 26(2):86-92.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Tradução de Ronan Rocha expandida pelo autor. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Direito Penal e Criminologia).

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: Faria Costa, José de et al. (Org.) *Estudos em homenagem ao prof. doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. Coimbra: Universidade de Coimbra. Instituto Iuridico, 2017.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal?. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. (Estudios de derecho penal, 15).

HIRSCH, Andreas von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 11-28., jul./ago. 2007.

JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p. 835-874., set./dez. 1996.

JESCHECK, H. H.; *Tratado de Derecho Penal*. Trad. da 4ª ed. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987.

KINDHÄUSER, Urs. La alternativa como estructura de pensamiento en el Derecho penal: sobre la causalidad de la omisión. In: Sánchez, Jesús-Maria Silva et al (Coord.). *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: B de F, 2017, p. 651-660.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer: O que os doentes terminais têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes*. Tradução de: Paulo Menezes. 9ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. Autonomía y paternalismo em las decisiones sobre la propia salud. In: BUERGO, Blanca Mendoza (editora). *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Civitas, 2010.

LEITE, André Lamas. *As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MARSH, Virginia. *Anna Pavlova 92 success facts: everything you need to know about Anna Pavlova*. Canada: Emereo Publishing, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. SP: LiberArs, 2015.

MARTINS, Rebeca do Amaral. *Experiência histórico-doutrinal brasileira acerca do conceito material de crime*. PUCRS, 2014. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/rebeca_martins_2014_2.pdf> Acesso em: 12 out. 2018.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2017.

MORITZ, Rachel Duarte; et al. II Fórum do “Grupo de Estudos do Fim da Vida do Cone Sul”: definições, recomendações e ações integradas para cuidados paliativos na unidade de terapia intensiva de adultos e pediátrica. *Rev Bras Ter Intensiva*. 2011; 23(1):24-29.

MOURA, Bruno de Oliveira. *Ilicitude penal e justificação: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Profissionais são capacitados para atuar em locais prioritários contra a sífilis. Publicado: Sexta, 16 de Novembro de 2018, 12h29. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44691-profissionais-sao-capacitados-para-atuar-em-locais-prioritarios-contr-a-sifilis>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Municípios terão reforço de R\$ 200 milhões para conter avanço da doença. Publicado: Terça, 31 de Outubro de 2017, 10h51. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41721-municipios-terao-reforco-de-r-200-milhoes-para-conter-avanco-da-doenca>> Acesso em: 10 de out. de 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Direito de liberdade e consentimento informado: a possibilidade de se recusar tratamento médico em virtude de convicções religiosas*. In: *Direitos do paciente*. Coordenadores Álvaro Villaça Azevedo e Wilson Ricardo Ligiera. SP: Saraiva, 2012.

PAVLOVA, Anna. *Como me tornei uma bailarina*. Tradução de: Clara Lacerda. SP: Cosac & Naify Edições, 2001.

PEÑA, Luzón Diego-M. Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa. *In: Sánchez, Jesús-Maria Silva et al (Coord.). Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: B de F, 2017, p. 685-702.

PEREIRA, André Dias; MATOS, Mafalda Francisco. Direito à morte digna na Itália: análise jurídica do caso Eluana Englaro. *In: Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna*. Coordenadores: Adriano Marteleto Godinho, Geoge Salomão Leite e Luciana Dadalto. SP: Almedina, 2017.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. Consentimento, ortotanásia e adequação social. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 207-222., jul. 2016.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no direito penal ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70054988266 (Nº CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000). Apelação Cível. Assistência à Saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelante: Ministério Público Estadual. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. *Diário de Justiça Eletrônico nº 5214*. Disponibilizado em: 27/11/13.

RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de. Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v. 12, 45/48, p. 287-294., 1989.

RIVERO, Maria del Carmen Gómez. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2ª ed., 2008.

RODRIGUES DE SOUZA, Daniel Brod. *O tipo-de-ilícito dos crimes omissivos impróprios no direito penal brasileiro: contributo à sua conformação e delimitação*.

Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 9-71., 2003.

RÓNAI, Paulo. Apêndice: Sobre Tolstói e a morte de Ivan Ilitch. In: TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38., out./dez. 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). Jurisdição voluntária. Pedido de reconhecimento judicial do direito à ortotanásia. Extinção sem julgamento do mérito. Remessa à via extrajudicial ou administrativa. Não cabimento. Garantia constitucional de acesso à justiça. Sentença anulada. Recurso provido. Apelação nº 1084405-21.2015.8.26.0100. Apelante: Elca Rubinstein. Apelado: Juízo da Comarca. Relatora: Giffoni Ferreira. *Diário de Justiça Eletrônico*, Ano X, Edição 2307, São Paulo. Data do Julgamento: 14/03/2017. Data de Registro: 15/03/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Declaratória. Ação que objetiva a declaração do direito de opção pela ortotanásia e pela cremação após a morte. Extinção do processo. Ausência de interesse de agir. Inconformismo do autor. Desacolhimento. Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP. Pedido hipotético. Ausência de pretensão resistida. Pedido formulado pelo apelante que dispensa intervenção judicial, pois pode ser obtido por meio de "testamento vital". Sentença mantida. Recurso desprovido. Apelação nº 1001378-30.2015.8.26.0363. Apelante: Antônio Fernando Correa Bastos. Apelado: O Juízo da Comarca. Relator: J.L. Mônaco da Silva. *Diário de Justiça Eletrônico*, Ano XI, Edição 2507, São Paulo. Data do Julgamento: 31/01/2018. Data de Registro: 31/01/2018

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos*. Tradução de Alair Leite. In: Estudos de direito penal, direito

processual penal e filosofia do direito. Coordenador Luís Greco. SP: Marcial Pons, 2013 (coleção Direito Penal e Criminologia).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Montevideo: B. de F., 2008.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. Aspectos jurídico-penais da eutanásia e o projeto de reforma do Código Penal (PLS 236/2012). *In: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon; Ruth Chittó Gauer; Alexandre Wunderlich. (Org.). Reformas Penais: Homenagem aos 70 anos do Curso de Direito e aos 20 anos do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017 (p. 123-140).

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. Monografias Jurídicas. Marcial Pons Ediciones Jurpídicas y Sociales, S.A., 2012.

TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaiderman. 2ª ed. SP: Editora 34, 2009.

TRICARICO, Pablo Guérez. *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente*. Espanha: Civitas (Thomson Reuters), 1ª ed., 2012.

VINCENT, Jean-Louis. Cultural differences in end-of-life care. *Crit Care Med*, 2001, Vol. 29, Nº. 2 (Suppl.).

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. RJ: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2, Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

World Health Organization. WHO definition of palliative care, 2005. Disponível em: <<https://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>> Acesso em: 10 de out. de 2018.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br