

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES À INTERVENÇÃO MÉDICO-CIRÚRGICA NÃO CONSENTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marcelo Sarsur Lucas da SILVA*

Sumário: 1. Delimitação do problema. 2. Breves anotações sobre a Bioética e seus princípios. 3. Os direitos da personalidade no direito brasileiro. 4. Limites à intervenção terapêutica no Código Civil brasileiro. 5. Responsabilidade penal e civil por intervenções médico-cirúrgicas não consentidas. 6. Exclusão de responsabilidade penal na intervenção médico-cirúrgica não consentida. 7. Responsabilidade médica pela omissão e falta de consentimento. 8. Reflexões finais. 9. Bibliografia consultada.

1. Delimitação do problema.

Os questionamentos suscitados pelas intervenções médico-cirúrgicas em matéria jurídica não são recentes, nem se encontram pacificados pelas considerações doutrinárias já efetuadas sobre o tema. Duas são as dificuldades que se apresentam, num primeiro momento, aos estudiosos da Ciência do Direito: a complexidade técnica e lingüística inerente ao assunto, assim como a diferença de método entre as Ciências Médicas e o Direito.

* Acadêmico do 6º Período da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Valle Ferreira. O autor dedica estes breves anotações à profa. Daniela de Freitas Marques, orientadora e responsável pelas primeiras reflexões do autor sobre a Bioética. A ela, admiração, gratidão e amizade.

As pesquisas farmacêuticas, genéticas e clínicas lograram descobrir novos tratamentos e drogas, assim possibilitando a preservação e a melhoria da qualidade de vida de inúmeros seres humanos. As pesquisas científicas no campo médico lidam com técnicas, conceitos e elementos de recente descoberta, como a fecundação *in vitro*, a análise genômica, os tratamentos com inibidores enzimáticos para o combate de patologias virais (tais como o HIV/AIDS), que ainda não são de domínio do grande público. Solicitar ao direito que não só compreenda a mecânica por trás destes procedimentos, bem como expeça regras de postura que tragam certeza, segurança e tranqüilidade social, é tarefa demasiadamente tormentosa. Ademais, bem como a própria linguagem do Direito, o jargão médico pode intimidar aqueles que o desconhecem. O diálogo entre o direito e a medicina, por mais necessário que seja, acha-se diante de barreiras de ordem técnica e lingüística.

Uma outra distinção limita os pontos de contato entre as Ciências Jurídicas e as Artes Médicas: a diferença no padrão metodológico. Enquanto o direito, geralmente, estrutura-se sobre normas imperativas que não admitem transigência - isto é, o “*dever-ser*” - a medicina possui abordagem mais flexível diante dos casos concretos - o “*ser*” - buscando, dentro da gama de tratamentos possíveis para o distúrbio, aquele que melhor serve à situação em concreto. Não se trata de admitir, neste trabalho, uma fronteira intransponível entre os planos do “*ser*” e do “*dever-ser*”, como o pensamento idealista na filosofia do direito e o positivismo jurídico tanto proclamavam, mas reconhecer que, nos esquemas de pensamento de ambas as ciências, o modo de enxergar as situações varia consideravelmente. O jurista parte de um dado, a princípio, indiscutível: o ordenamento jurídico vigente. Já o clínico, adstrito tão somente ao dever hipocrático (e legal) de realizar o bem, não compreende os motivos que perpassam as preocupações jurídicas com a formalidade e com a validade da manifestação do consentimento dos pacientes. O direito, em muitos casos, é visto com desconfiança, tido como fonte dispensável de burocracia e de atrasos nos processos necessários ao labor terapêutico.

Apesar das imensas dificuldades, os avanços médicos vão sendo, pouco a pouco, assimilados pelo direito, que, como sistema reitor e imperativo das relações sociais, estabelece os campos do lícito e do ilícito não somente na esfera da experimentação científica como também no plano das aplicações diuturnas da tecnologia médica.

A recente vigência do Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002 - CCB) reabriu a discussão sobre os limites jurídicos às intervenções médico-cirúrgicas. As repercussões imediatas desta alteração normativa modificam o que anteriormente se entendia como exercício regular da profissão médica, alterando as fronteiras entre o permitido e o juridicamente reprovável, nos campos civil e penal. Nasce, portanto, relevante tarefa para a Ciência Jurídica: examinar o conteúdo do novo diploma e conciliá-lo com os demais preceitos legais, quando possível, bem com os fundamentos doutrinários da sua compreensão.

O problema suscitado por este breve trabalho é a delimitação de algumas das possibilidades de intervenção médico-cirúrgica não punível sem o consentimento do paciente, nos termos do CCB e do Código Penal brasileiro (CP). Para tanto, é preciso, a título de introdução, destacar os fundamentos bioéticos indispensáveis ao entendimento do presente tema, bem como o substrato normativo que disciplina a matéria.

2. Breves anotações sobre a Bioética e seus princípios.

Compreende-se por *Bioética* “a parte da Ética, ramo da filosofia, que enfoca as questões referentes à vida humana (e, portanto, à saúde)” (SEGRE, 2002a, p. 27).

O termo “Bioética” provém da obra do oncologista estadunidense Van Rensselaer Potter, intitulada “Bioethics: Bridge to the Future”, publicada em 1971. Segundo o médico norte-americano, era preciso estabelecer diálogo entre as ciências e as humanidades, a fim de desenvolver uma ética das

relações vitais (SOARES, 2002, p.11). Esta primeira abordagem, muito assemelhada às preocupações de ordem ambiental, perdura na Bioética contemporânea, sob o título de *Macrobioética*, que aborda “matérias como a Ecologia, visando à preservação da espécie humana no planeta” (SEGRE, 2002a, p. 27).

Já a denominada *Microbioética*, preocupada com as relações entre os profissionais de saúde e seus pacientes no exercício da atividade clínica, encontra seu marco fundamental contemporâneo na obra de dois autores estadunidenses, Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em seu livro “Principles of Biomedical Ethics”. Nesta obra, Beauchamp e Childress ofereceram novo rumo aos estudos da Bioética, restringindo-a aos meios científicos e fundando o paradigma principialista (SOARES, 2002, p. 11-12).

Na definição de Fermin R. SCHRAMM (1998, p. 33),

“O *principialismo* é uma teoria moral embasada em princípios *prima facie* e aplicada ao campo dos dilemas e conflitos morais que surgem na área biomédica, que foi muito criticada nos anos 80 por supostamente atribuir uma ênfase demasiada no princípio do respeito à autonomia individual, em detrimento dos outros princípios *prima facie* e por ser (supostamente) o típico produto do individualismo protestante norte-americano (e em parte britânico) e seus valores não serem necessariamente pertencentes a outras culturas morais, inclusive à cultura ‘mediterrânea’ e ‘latino-americana’. (...) De fato, o principialismo é simultaneamente analítico e pragmático, quer dizer, uma metodologia da análise moral que analisa, de forma racional e imparcial, os argumentos morais em situações concretas de conflitos de interesses e valores *prima facie*, visando dirimir, quando possível, os conflitos pela escolha dos melhores argumentos.”

Este trabalho não pode, devido à extensão e à complexidade do tema, aprofundar a discussão sobre os modelos de análise bioética. Opta-se, portanto, pela adoção do modelo de análise principialista, que se mostra de mais simples exposição e de melhor adequação à discussão a ser desenvolvida no plano jurídico, em momento posterior.

O principialismo enuncia quatro princípios fundamentais para a resolução dos conflitos morais da Bioética: *autonomia*, *beneficência*, *não-maleficência*¹ e *justiça*². Os dois primeiros princípios listados são de indispensável compreensão para o desenvolvimento deste trabalho, cumprindo estudá-los mais detidamente.

O *princípio da autonomia* constitui-se no respeito à liberdade e às convicções do paciente no que se refere ao tratamento a ele oferecido. Não se trata de construção tão-somente filosófica, fundada na moral kantiana, na qual a autonomia é a “qualidade que a vontade tem de legislar para si mesma” (KANT *apud* SALGADO, 1995, p. 258) ou ainda a “obediência do indivíduo à lei da razão, que ele encontra em si mesmo como um ser racional” (SOARES, 2002, p. 36), como também decorrência da experiência prática da clínica médica. É atributo reconhecido à pessoa do paciente, enquanto ser racional e moral, vindo a acarretar, por consequência, a faculdade do mesmo em consentir ou não diante da oferta de tratamentos médico-cirúrgicos, uma vez que ele receba a informação necessária a esta escolha

1 Diversos autores dispensam o princípio da não-maleficência, argumentando que o mesmo é parte integrante do princípio da beneficência (SEGRE, 2002b, p. 36), ou noção tão rudimentar a todos os sistemas éticos que enunciá-la é algo completamente dispensável (LEPARGNEUR, 1996, p. 133). Este trabalho concorda com a primeira posição exposta, reduzindo o princípio da não-maleficência a uma manifestação do princípio da beneficência, entendido pelo prisma do dever médico de agir em prol do paciente (cf. SEGRE, 2002b, *loc. cit.*).

2 Este trabalho sustenta que o assim denominado “princípio da justiça” é de inaceitável configuração conforme propõe o modelo principialista. Primeiro, porque seu conteúdo costuma ser referido a uma noção vaga de “moral social” (SEGRE, 2002b, p. 40) ou de “equidade” (LEPARGNEUR, 1996, p. 133), buscando dados heterônomos para assentar um princípio ético (autônomo, ínsito ao sujeito). Ao mesmo tempo, seria desconhecer dois milênios e meio de reflexões jusfilosóficas enunciar um conceito de justiça ontológico, único, imutável e oponível *erga omnes*. A justiça é noção subjetiva, condicionada por fatores de ordem histórica, sociológica, psicológica e jurídica, sendo impossível definir um conceito unívoco de “justiça”. A fim de respeitar a pluralidade inerente às sociedades constitucionais laicas da atualidade, cumpre abster-se de oferecer um conceito de justiça que ignora as diferenças individuais no pensamento, na fé e na ideologia.

pelo profissional especializado, e forme seu consentimento de modo livre - isto é, despido de qualquer coerção - e competente (CULVER, 2002, p. 95-96). Em face do direito brasileiro, tanto o Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246/88 - CEM) quanto o CCB reconhecem expressamente o princípio da autonomia do paciente (cf. item 4, *infra*).

Já o *princípio da beneficência* pode ser formulado num comando simples: toda e qualquer intervenção médico-cirúrgica deve ter por objetivo realizar o bem do paciente, aqui entendido como aquilo que lhe assegure a sobrevivência, a saúde e a qualidade de vida. Este princípio “diz respeito à atuação do médico, que deseja realizar seu dever levando em conta a autonomia do paciente” (SOARES, 2002, p. 32). Dentro do princípio da beneficência também deve estar contida a abstenção de fazer o mal (*não-maleficência*), visto que há apenas mudança de enfoque: num caso, deve-se fazer o bem para o paciente; noutro, deve o médico apenas deixar de lesar, não sendo dele exigida a realização do bem. Há significativa redução na *responsabilidade do médico diante do caso* (SEGRE, 2002b, p. 36). No atual quadro das Ciências Médicas, é preciso enxergar o princípio da beneficência sob um enfoque complexo, uma vez que é necessário sopesar riscos e benefícios para se chegar à equação mais benéfica (HOSSNE, 2002, p. 108). Em termos legais, o dever do médico de agir com beneficência perante seus pacientes encontra respaldo no CEM e nas normas jurídicas de responsabilização penal e civil por condutas lesivas dolosas ou culposas, comissivas ou omissivas.

Não obstante a limitada explicação principialista oferecida neste trabalho, revela-se a tensão dialética entre os princípios da autonomia e da beneficência:

Vê-se, conclusivamente, que ao confrontarmos os princípios de beneficência e autonomia ele se opõem diametralmente, sob o ponto de vista ideológico. De um lado -

é o caso da beneficência - *estabelece-se um consenso sobre o que é bom para a pessoa, estrutura-se um padrão quanto à forma em que ela deve pensar e agir, cria-se a noção de doença (conceito estatístico) em contraposição à de normalidade e aceita-se a idéia de que é lícito, à sociedade, intervir sobre o "anormal", mesmo contrariamente à sua vontade. (...)*

A autonomia, apreendida conceitualmente, situa-se no pólo oposto. *A idéia básica é que todo ser humano pode decidir sobre si mesmo, pareça justa ou não a sua conduta.* Dentro do respeito integral à idéia autonomista, não se julgam as razões de quem quer que seja (nem mesmo as do coração) para pensar, sentir ou agir desta ou de outra maneira. (grifos nossos) (SEGRE *et alii*, 1998, p. 21-22)

Conforme se demonstrará mais adiante, este conflito de princípios ultrapassa os umbrais da filosofia e se insere no discurso jurídico, especialmente no que se estabelecem os limites da atuação do profissional médico e da liberdade do paciente em dispor da sua vida e da sua integridade física.

3. Os direitos da personalidade no direito brasileiro.

O Código Civil apresenta Capítulo específico sobre os chamados *direitos da personalidade*, disciplinando no Estatuto Civil brasileiro, pela primeira vez, esta gama de direitos. Destaque-se que o CCB não inova na proteção dos direitos personalíssimos, visto que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o direito penal já ofereciam proteção jurídica aos direitos da personalidade, sendo que, na seara penal, recebem estes outro *nomen juris*: bens jurídicos.³ Pela amplitude da tutela jurídica que recebem, é impróprio

³ O bem jurídico-penal é um dos mais importantes conceitos das Ciências Penais. Como bem assevera José Cirilo de VARGAS (2000, p. 11), "o bem jurídico representa o ponto de partida na elaboração e na interpretação dos tipos penais. Os conceitos de bem jurídico e tipo penal acham-se de tal maneira entrelaçados, que não se pode prescindir da idéia do primeiro, ao se examinar o segundo." São bens jurídico-penais a vida, a integridade física, a honra, a liberdade física e moral, entre outros bens da pessoa humana, sendo que diversos destes confundem-se com a categoria privatista dos "direitos da personalidade".

vincular os direitos da personalidade a um só ramo da Ciência do Direito, devendo os mesmos “assumir posição jurídica autônoma, por constituírem verdadeira categoria de direito, com objeto, natureza jurídica e características singulares” (LEITE, 2001, p. 150).

Na definição de FRANCISCO AMARAL (2000, p. 245), os direitos da personalidade são “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.” Pela enumeração, declaradamente não exaustiva, efetuada pela doutrina do direito privado, são direitos da personalidade os direitos à vida, à integridade física, à integridade moral e à integridade intelectual, em todos os seus desdobramentos (LEITE, 2001, p. 163-166).

Os direitos da personalidade são *absolutos* (oponíveis *erga omnes*, implicando dever geral de abstenção a todos), *extrapatrimoniais* (impossíveis de avaliação em termos pecuniários), *indisponíveis* (impossíveis de cessão a terceiro, estando fora do comércio), *impenhoráveis* (impossíveis de subtração coercitiva pela via judicial), *imprescritíveis* (não se perdem pelo decurso do tempo), *irrenunciáveis* (impossíveis de serem recusados pelo titular), *ilimitados* (não é possível reduzi-los a uma lista fechada), *vitalícios e necessários* (acompanham a pessoa por toda a vida, sendo indispensáveis à própria existência humana) (LEITE, 2001, p. 157-159). Em certas circunstâncias excepcionais, por exigência da ordem jurídica, os direitos da personalidade encontram limitações ao seu exercício (e.g., a quebra de patentes de fármacos em prol da saúde pública, restringindo o exercício do direito de invenção, ou ainda a vedação à manifestação anônima do pensamento, nos termos do art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988). Estas restrições surgem quando se manifesta um *conflito axiológico* dentro da ordem jurídica, que opta pelo sacrifício de um valor jurídico perante outro de maior relevância sistemática.

Representam os direitos da personalidade ponto de contato privilegiado entre o Direito Privado e o Direito Público, uma vez que as Constituições contemporâneas e as Declarações Universais de direitos também trazem expressamente a garantia a tais valores. Faz-se necessário citar o dispositivo do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal - "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*" -, bem como o art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos - "*Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*" - e os arts. 4.1 e 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente: "*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. (...)*" e "*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*".

Já a tutela penal aos direitos da personalidade compreende, no Código Penal brasileiro, todos os crimes contra a vida e contra a integridade pessoal (arts. 121 a 137), os crimes contra a honra (arts. 138 a 145) e os crimes contra a liberdade individual (arts. 146 a 154), bem como outras condutas penalmente sancionadas que lesam, por via indireta, a pessoa ou sua integridade física (e.g., o roubo - art. 157 do Código Penal -, em que há lesão à propriedade mediante *violência* ou *grave ameaça*, ou o estupro - art. 213 do Código Penal -, o qual tutela, no dizer do estatuto, "os costumes", mas compreende a doutrina tratar-se, primariamente, da proteção da *liberdade sexual* da mulher).

No Código Civil brasileiro, a tutela dos direitos da personalidade encontra-se no Capítulo II (Dos direitos da personalidade), Título I (Das pessoas naturais) do Livro I (Das pessoas) da Parte Geral, contendo 11 artigos (arts. 11 a 21). Tratam-se de disposições gerais, dentre as quais há breves considerações sobre a natureza dos direitos da personalidade e sobre o seu exercício (arts. 11 e 12) e normas que tutelam o direito à vida e à

integridade física (arts. 13 a 15), o direito ao nome da pessoa (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à vida privada (art. 21). A análise aprofundada dos direitos da personalidade foge ao escopo deste trabalho, cabendo analisar o dispositivo específico sobre as intervenções médico-cirúrgicas - o art. 15 do CCB.

4. Limites à intervenção terapêutica no Código Civil brasileiro.

Dentro da tutela do direito à integridade física, reside a norma insculpida no art. 15 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*” Sem qualquer exagero de retórica, pode-se afirmar que a norma do art. 15 do CCB é verdadeira *consagração do princípio bioético da autonomia do paciente* diante do direito positivo. Uma exegese do dispositivo faz-se imprescindível a fim de capturar o verdadeiro âmbito da norma.

Quando o direito positivo enuncia uma proibição, há, de fato, dois comandos normativos: um deles ordena aos destinatários da norma que se abstenham do comportamento proibido, enquanto o segundo comando normativo prescreve obrigatoriamente um determinado modo de comportamento, que, por sua vez, não se encontra sujeito a qualquer sanção, por ser conforme ao direito. É esta a diferença, por exemplo, entre a *norma penal* (art. 121 do CP - “*Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos*”) e o *preceito da norma penal* (“*Não matarás*”).

O comando normativo do art. 15 do CCB assenta, primeiramente, uma proibição: *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com perigo de vida, a intervenção médico-cirúrgica*. Uma interpretação reversa apura o seguinte conteúdo normativo: *toda intervenção médico-cirúrgica que implique risco de vida para o paciente, para ser realizada licitamente, deve receber o*

*consentimento expresso*⁴ e anterior do paciente. Há, portanto, um dever para o profissional médico, qual seja, o de obter o consentimento prévio do paciente para proceder a qualquer procedimento terapêutico ou cirúrgico que implique risco de vida.

Por *tratamento médico* deve-se compreender todo procedimento terapêutico que não exija a intervenção direta sobre o corpo humano, manualmente ou mediante instrumentos (e.g., um exame de rotina, prescrição de medicamentos, recomendações dietéticas, exercícios fisioterapêuticos, etc.). A *intervenção cirúrgica* é, por sua vez, procedimento terapêutico no qual há intervenção direta sobre o corpo humano, manualmente ou mediante instrumentação. Há intervenção cirúrgica mesmo quando não existe incisão, como é o caso do exame com o emprego de sondas, por exemplo. Sendo a distinção entre ambos os conceitos inútil para os fins deste trabalho, vem-se empregando o termo *intervenções médico-cirúrgicas* como conceito aglutinador das duas definições acima.

A locução "*com perigo de vida*"⁵ refere-se, evidentemente, à agressividade da intervenção médico-cirúrgica, que poderia, *por si só*, provocar o óbito do paciente. As demais intervenções médico-cirúrgicas devem ser vistas à luz deste dispositivo, isto é, dado que o direito exige até nos mais complexos procedimentos clínicos o consentimento do paciente, é mister o consentimento do mesmo em face de intervenções

4 No entender deste trabalho, não é lícito, no âmbito da norma do art. 15 do CCB, defender a possibilidade do "consentimento tácito" fornecido pelo paciente. O art. 111 do CCB enuncia que "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa." Salvo em casos de manifesta impossibilidade de manifestação do paciente (e.g., pessoa comatosa e em iminente risco de vida, sem parentes conhecidos, que necessita ser submetida a cirurgia com absoluta urgência), o consentimento deve ser *expresso e informado*, isto é, antecedido pelas explicações necessárias do clínico sobre os detalhes, objetivos e riscos do procedimento. Em face, também, do caráter geralmente indisponível do exercício dos direitos da personalidade (conforme declara o art. 11 do CCB), a manifestação do consentimento do paciente deve ser realizada de modo expresso. Este trabalho entende existir no dispositivo do art. 15 do CCB referência a ato unilateral de vontade (declaração de vontade expressa) por parte do paciente. Por outro lado, a lei não parece estabelecer requisito específico de forma ou de solenidade a revestir o ato (art. 107, CCB).

5 O problema da determinação do "risco de vida" é assunto que este trabalho opta por deixar de discutir. A natureza dos procedimentos médico-cirúrgicos é de tamanha complexidade que um procedimento rotineiro para uns pode representar risco iminente de vida para outros - a saber, pessoas com quadros graves de anemia não podem ser submetidas a qualquer cirurgia, sob pena de requerer transfusões de sangue para suprir as perdas de glóbulos vermelhos decorrentes da intervenção, apenas para citar um exemplo banal.

médico-cirúrgicas que não acarretam perigo de vida. Trata-se de interpretação extensiva do dispositivo, consoante o quadro normativo do Código Civil brasileiro e a valorização da *autonomia da pessoa humana* em face das intervenções médico-cirúrgicas.

Submeter-se a tratamento médico-cirúrgico é suportar, sem oferecer resistências, a realização do procedimento terapêutico. Já *constranger*, no sentido jurídico, é “forçar, compelir, obrigar, coagir” (PRADO, 2002, p. 270) alguém a fazer alguma coisa, neste caso, submeter-se à intervenção médico-cirúrgica forçada. O verbo *constranger* pressupõe o conflito de vontades entre o coator (aquele que coage) e o coagido (aquele que suporta a coação). Se há concordância entre o médico e o paciente, obviamente não haverá constrangimento. Este é o caso das *intervenções médico-cirúrgicas consentidas*.

O instituto do *consentimento informado* não é desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Já o mencionava, expressamente, o Código de Ética Médica, em seu art. 46: “É vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida”. A Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, que dispõe sobre diretrizes e normas regulamentadoras da pesquisa envolvendo seres humanos, traz a seguinte definição do *consentimento livre e esclarecido* (II.11):

“*anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa*”.

Não se deve confundir o *consentimento* com o *termo de consentimento*, da mesma maneira como se denomina, no linguajar comum, o instrumento do contrato como “contrato”. De fato, o consentimento é a anuência do paciente, conforme a definição dada acima, e não o documento no qual este consentimento se expressa.

São critérios de validade do consentimento ou da rejeição do paciente:

1. O paciente deve receber do médico *informação* adequada sobre o tratamento sugerido. Como mínimo, isso deve incluir os possíveis danos e benefícios que o tratamento poderá trazer. Além do mais, o paciente deve ser informado dos possíveis danos significativos e benefícios associados com qualquer outro tratamento que possa razoavelmente ser utilizado nas presentes circunstâncias para poder comparar as duas condutas. Finalmente, o paciente deve ser informado do provável curso a ser seguido pela sua doença, se ele eleger não receber qualquer tipo de tratamento. Para uma completa discussão do critério de informação adequada, ver Culver & Gert, 1982;

2. O paciente *não deve ser coagido* a consentir. Certamente o paciente também não deve ser coagido a rejeitar o tratamento, porém isso parece que raramente acontece. O que é “coerção”? O termo, em linguagem ordinária, é algumas vezes utilizado para cobrir um amplo espectro das técnicas de controle de comportamento, indo da persuasão até a intimidação física. Entretanto, é geralmente pretendido um significado razoavelmente restrito como critério de consentimento válido: o uso, com um paciente, de ameaças negativas que seriam suficientemente fortes para que a maioria das pessoas razoáveis se rendessem às mesmas. Assim, persuasão, apesar de ser

um argumento, não é olhada como coerção. Entretanto, forçar fisicamente um paciente a ser tratado, ou ameaçar um paciente com conseqüências muito desagradáveis se ele não aceitar o tratamento, são atitudes usualmente consideradas coercitivas.

3. O paciente deve ser *totalmente competente* para consentir ou rejeitar um tratamento. (CULVER, 2002, p. 95-96)

A *informação* a ser transmitida ao paciente deve levar em consideração os dados da pessoa a ser tratada, sua disposição para apreender detalhes da sua condição de saúde e seu estado psíquico. É preciso informar,

Mas para que haja um consentimento esclarecido a informação revelada deve ser compreendida, não sendo suficiente que a pessoa seja mera receptora. Informações falseadas, incompletas ou mal-entendidas podem ocasionar defeitos de raciocínio por meio dos quais os indivíduos formam suas opiniões baseados em fatos manifestamente implausíveis e comprometem sua decisão autônoma. *As informações devem ser adaptadas às circunstâncias do caso e às condições sociais, psicológicas e culturais, utilizando-se um padrão orientado para cada paciente, que denominamos de padrão subjetivo.* (grifo nosso) (FORTES, 1994, p. 131)

Uma vez que, para o direito, o consentimento é visto enquanto declaração de vontade, exigem-se dele todos os requisitos legais à validade do negócio/ato jurídico: capacidade jurídica do agente, objeto lícito e determinado, forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CCB). Não basta, portanto, somente a capacidade de entender e de avaliar as informações relativas à intervenção médico-cirúrgica, sendo esta uma exigência adicional à validade do consentimento.

O que se entende por *competência do paciente* em Bioética distingue-se da definição jurídica de competência (ou, para se utilizar o termo apropriado, *capacidade*). Adotando uma das definições mais usuais de *competência do paciente*, afirma-se que “um paciente é competente se souber entender e valorizar a informação que o levará a tomar uma decisão” (CULVER, 2002, p. 98).

O consentimento do paciente também deve ser *anterior* à medida terapêutica, e passível de *revogação* a qualquer momento antes da intervenção, dado que o mesmo “não pressupõe imutabilidade ou permanência, podendo ser revogado a qualquer instante por decisão voluntária, livre, consciente e esclarecida, sem que ao paciente sejam imputadas sanções morais ou legais” (FORTES, 1994, p. 133).

Geralmente, quando a intervenção médico-cirúrgica se realiza sem o consentimento do paciente, deve o médico responder, penal e civilmente, pela conduta ilícita por ele praticada.

5. Responsabilidade penal e civil por intervenções médico-cirúrgicas não consentidas.

Uma vez que se garante ao paciente o direito de não ser submetido a qualquer intervenção médico-cirúrgica sem o seu consentimento, há crime de *constrangimento ilegal* (art. 146 do Código Penal brasileiro) quando se força o paciente a se submeter a tratamento apesar da sua recusa livre e voluntária. Assim estabelece o citado artigo: “*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*”. Como a lei não manda que o paciente se submeta a tratamento sem o seu consentimento, forçá-lo a se sujeitar à intervenção médico-cirúrgica é conduta típica, ou seja, definida como crime pela norma penal.

O objeto jurídico da tutela penal no crime de constrangimento ilegal é a *liberdade individual*, posta em risco ou lesada por uma conduta do sujeito ativo. Não se tomam em consideração eventuais lesões corporais (art. 129, CP) que poderiam vir a ser produzidas no paciente em decorrência da intervenção médico-cirúrgica, dado que a mesma, quando há fins terapêuticos, não corresponde a fato penalmente relevante.⁶

Exige-se, para a configuração do crime de constrangimento ilegal, o emprego de violência, grave ameaça ou qualquer outro meio que possa reduzir a capacidade de resistência do sujeito passivo. Quando informa o paciente, deve o médico abster-se de aterrorizar o mesmo com descrições exageradas das conseqüências da sua recusa à intervenção médico-cirúrgica, sob pena de se configurar a grave ameaça exigida pela figura típica do constrangimento ilegal - note-se, inclusive, que *não é preciso que a ameaça seja irreal*, bastando o ânimo do clínico, desejoso de realizar a intervenção médico-cirúrgica, em incitar medo no paciente para estar configurado o crime.

Do mesmo modo, é pessoa com reduzida capacidade de resistência o paciente submetido a anestésicos ou quaisquer outros produtos farmacêuticos que lhe reduzam a faculdade de discernir e de optar. A persuasão, conforme se percebe, não se inclui entre os meios de constrangimento penalmente reprováveis, sendo, pois, instrumento legítimo para a obtenção do consentimento do paciente.

A indenização civil pela intervenção médico-cirúrgica ilícita será medida com base nos arts. 949 e 954 do CCB, que tratam, respectivamente, do ressarcimento por lesões ou ofensas à saúde e do ressarcimento por ofensa à liberdade pessoal. Em observância ao que dispõe o art. 63 do Código de Processo Penal, a sentença condenatória transitada em julgado pelo crime

⁶ Descabe analisar, nos estreitos limites do presente trabalho, a questão da natureza da intervenção médico-cirúrgica em face da teoria do delito. Este trabalho opta por considerar a conduta de lesionar, produzida no âmbito da intervenção cirúrgica, como *conduta socialmente adequada*, deixando a mesma de corresponder ao tipo do crime de lesões corporais. Para uma discussão mais aprofundada, cf. PIERANGELI, 2001, p. 195-200.

de constrangimento ilegal é título executivo no juízo cível, descabendo a abertura de processo de conhecimento para a condenação do responsável por perdas e danos.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece, em hipóteses extraordinárias, a exclusão da responsabilidade penal e civil do médico que submete outrem a intervenção médico-cirúrgica contrariamente à sua vontade.

6. Exclusão de responsabilidade penal na intervenção médico-cirúrgica não consentida.

O Código Penal de 1940, não alheio ao problema das intervenções médico-cirúrgicas sem o consentimento do paciente, contém dispositivo que as considera extraordinariamente válidas diante do risco de vida para o paciente. O § 3º, inciso I, do art. 146 do Código Penal dispõe: “*Não se compreendem na disposição deste artigo: a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida*”.

Opera-se, neste caso, uma *causa de exclusão da ilicitude*, com base na norma que reconhece o estado de necessidade (art. 24, CP). Consoante lição doutrinária,

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). Há conflito entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor. (PRADO, 2002, p. 276)

A esse respeito, bem observa Nelson HUNGRIA (1982, p. 170-171):

O direito penal positivo rejeita, na sua generalidade, o princípio defendido por GRAF ZU DOHNA, de que “é justo o meio para um justo fim”; mas há casos particulares em que cede a tal critério. É o que ocorre, por exemplo, no caso do chamado “tratamento médico arbitrário”, desde que se apresente justificado por sua indeclinabilidade e urgência.

É preciso destacar que a excludente de ilicitude do art. 146, § 3º, I, CP somente pode ser invocada em situações de *iminente risco de vida*. Este risco de vida deve ser iminente (atual ou próximo) e anterior ao procedimento terapêutico a ser realizado contrariamente à vontade do paciente. O risco de vida que advém do próprio tratamento (como na hipótese do art. 15 do CCB) não é válido para se invocar a excludente de ilicitude. Assim, qualquer intervenção médico-cirúrgica não consentida em situações de ausência de risco de vida não pode aproveitar a permissão especial do dispositivo citado.

Só esse requisito [*o iminente risco de vida*] é que permite a intervenção médica ou cirúrgica, sem anuência do enfermo ou de seu representante legal. *Um perigo de vida remoto não justificaria a ação do médico; um mal físico que não o acarretasse, muito menos.* (grifos nossos) (NORONHA, 1998, p. 161)

O eminente professor carioca Nilo BATISTA, em publicação recente, expôs posição pela revogação do art. 146, § 3º, I do CP após a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Na afirmação do respeitado jurista,

Vem agora o art. 15 do Código Civil, e estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A sutileza

de distinguir o perigo de vida anterior à intervenção médica e o mesmo perigo decorrente dela não ajuda muito: freqüentemente se apresentam juntos, sendo o primeiro condição física de incremento do segundo e condição jurídica de sua legitimidade.

(...) Mas vejo clara antinomia: o art. 15 do Código Civil revogaria o art. 146, § 3º, inc. I do Código Penal. O consentimento, direto

ou diferido e, em qualquer caso — como hoje se postula —

informado do paciente passa a constituir exigência indeclinável

da intervenção médico-cirúrgica. É claro que sobrevive o estado de necessidade como causa geral de exclusão da ilicitude (art.

24, CP), não se apavorem os facultativos. Rigorosamente, na

ausência de consentimento em situação de iminente perigo de

vida (por exemplo, paciente incapaz de exprimir vontade), a

solução se mantém, como se mantém o fundamento (estado

de necessidade, segundo sua formulação geral do art. 24, CP).

A coisa muda de figura é na hipótese de oposição capaz. (grifos

do autor) (BATISTA, 2003)

No entender deste trabalho, as preocupações do mestre carioca mantêm sua relevância, embora não se opte pela mesma conclusão. A revogação do art. 146, § 3º, I, do CP não parece ter sido operada pelo Código Civil, por duas razões: a primeira é que a norma revogadora do CCB (art. 2.045) trata especificamente do Código Civil de 1916 e da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, sem remeter a quaisquer “disposições em contrário”. Isto, por si só, não afasta a máxima “*lex posterior derogat priori*”, mas oferece subsídio para se admitir a subsistência da norma do art. 146, § 3º, I, do CP. A segunda razão é de ordem hermenêutica: a redação dos dispositivos do art. 15 do CCB e do art. 146, § 3º, I, do CP não guarda relação de contrariedade direta entre eles. A saber: a última refere-se ao *risco de vida preexistente*, enquanto a outra tutela situações de *risco de vida superveniente*.

A distinção entre *risco de vida preexistente* (idôneo a configurar a hipótese de exclusão de ilicitude) e *risco de vida superveniente* (aquele provocado pela intervenção médico-cirúrgica) é de grande importância, dado que reside nesta separação a faculdade de invocar a exclusão de ilicitude. De outro modo, poderia o clínico, utilizando-se dos riscos do procedimento por ele iniciado, auferir indevido benefício da causa de exclusão de ilicitude.

A norma do art. 146, § 3º, I, do CP possui, como traço essencial, a referência ao estado de necessidade justificante - "*se justificada por iminente risco de vida*". Não cumpre distinguir, como deseja o renomado professor da UERJ, entre casos em que o paciente encontra-se incapaz de manifestar sua vontade e situações nas quais o mesmo se opõe à intervenção médico-cirúrgica. Existindo iminente risco de vida para a pessoa, o médico pode e deve atuar nos termos do art. 146, § 3º, I do Código Penal, que nada mais representa senão a configuração, na Parte Especial, da causa de exclusão de ilicitude presente na Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

Não havendo crime de constrangimento ilegal, por estar a conduta de submeter paciente a intervenção médico-cirúrgica involuntária justificada pelo iminente risco de vida, *cessa de existir qualquer responsabilidade civil sobre o fato do constrangimento*, subsistindo aquela responsabilidade pelas conseqüências da intervenção, em especial se, por imprudência, imperícia ou negligência, adveio dano ao paciente.

Não obstante, em face do direito brasileiro, *pode o clínico invocar outras situações nas quais, apesar de ilícita, a intervenção médico-cirúrgica não consentida deixa de representar crime*. Isto se dá em conseqüência direta das demais normas jurídicas de tutela da vida e da integridade física da pessoa humana.

7. Responsabilidade médica pela omissão e falta de consentimento.

Para se compreender em quais circunstâncias o médico pode ignorar a vontade livre do paciente a fim de submetê-lo a intervenção médico-cirúrgica não consentida sem sofrer as conseqüências penais da sua conduta, é preciso remeter ao tratamento da omissão imprópria no direito penal brasileiro.

A omissão diz-se *própria* quando o tipo penal constitui-se em razão da abstenção de qualquer pessoa em realizar conduta penalmente obrigatória. Isto ocorre no crime de *omissão de socorro* (art. 135 do CP), que dispõe: “*Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*”. Nota-se que o preceito da norma penal dirige-se a todos, sem exceção, que possam oferecer socorro, sem que disto advenha risco para o sujeito ativo.

Mas não somente a omissão própria é reprimida pelo direito penal brasileiro. Há crimes em que a ausência de conduta do indivíduo, por força de norma penal, representa *conduta punível*. São os casos de *omissão imprópria*, ou seja, de crimes que são cometidos, em regra, por ações, mas que vêm a acontecer por força da não realização de determinados deveres de agir. Determina o § 2º do art. 13 do Código Penal: “*A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”. Esta omissão imprópria funda-se na figura do *garantidor*.

O garantidor é pessoa investida pela lei de deveres perante o sujeito passivo da conduta penal. A norma penal do art. 13, § 2º do CP traz três dispositivos que elucidam a quem cabe agir: a) aqueles que tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) aqueles que, de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado; e c) aqueles que, com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado.

A doutrina penal qualifica o médico enquanto garantidor dos pacientes sob sua responsabilidade, nos termos do art. 13, § 2º, “b” do Código Penal. Na autorizada lição de Francisco de Assis TOLEDO (2001, p. 117-118):

Penso que, aqui, a solução deve apoiar-se no princípio de que a *posição de garante* surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo. Nesta situação se encontram: o guia, o salva-vidas, o enfermeiro, o médico de plantão em hospitais ou prontos-socorros, os organizadores de competições esportivas etc.

O médico, perante a lei penal, possui *dever de agir* na conservação dos bens jurídicos do paciente a ele confiado. Trata-se de agir com probidade e diligência, ou seja, utilizando-se apropriadamente dos recursos clínicos disponíveis no sentido de restaurar a saúde e preservar a vida do sujeito passivo da intervenção médico-cirúrgica. O direito penal há se ser acionado sempre que o clínico agir com imperícia, imprudência ou negligência (crimes culposos), ou quando o médico abster-se de oferecer os cuidados necessários à restauração do estado saudável do sujeito (crimes omissivos impróprios). Vale destacar que, quando há omissão imprópria, as penas cominadas ao médico são *superiores àquelas atribuídas aos crimes culposos*: por exemplo, se o cirurgião, devido à imperícia, provoca lesões corporais graves no paciente, a pena máxima estabelecida é de 1 ano de detenção, agravada pela inobservância de norma técnica da profissão médica (art. 129, § 6º, c/c § 7º, CP). Se a mesma lesão corporal de natureza grave é provocada pela *inação do médico* diante da doença do paciente, a pena máxima cominada é de 5 anos de reclusão (art. 129, § 1º, CP).

Ressalte-se, ainda, que *a recusa do paciente à intervenção médico-cirúrgica não aproveita ao médico por ele responsável enquanto motivo exculpante*. A vida e a integridade física são bens, em regra, indisponíveis, estando além da vontade do seu titular cedê-los ou deles dispor livremente. Bem destaca Leonardo FABBRO (1999, p. 10):

No Brasil, pode-se então dizer que há uma disponibilidade controlada ou parcial. É lícito, assim, concluir-se que a primeira grande limitação à autonomia do paciente é a impossibilidade de livre disposição do próprio corpo ou de partes dele.

A disponibilidade de um bem jurídico não é informação que se obtém, *a priori*, quando se analisam os tipos penais. É preciso efetuar esforço interpretativo para se captar os limites aceitáveis juridicamente à disposição do bem. A este respeito, reproduz-se a advertência de José Henrique PIERANGELI (2001, p. 120-121):

Em resumo, uma vez estabelecido que não se pode fixar um critério seguro que permita concluir-se pela disponibilidade, ou não, do bem jurídico, para se estabelecer os limites do consentimento justificante, faz-se necessário observar:

1º) há que se percorrer não só um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal;

2º) na realização desse trabalho, o intérprete deve reportar-se a todas as fontes (imediatas e mediatas), e, a partir daí, examinar os decretos, atos administrativos, regulamentos, portarias e pesquisar o direito consuetudinário;

3º) o critério adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal é arbitrário, e, por conseqüência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade.

O intérprete deve, sempre, ter em conta que “o bem jurídico que se protege com a norma é, além do seu conteúdo essencial, elemento indispensável para a interpretação, ao perfilar e delinear claramente a essência da figura delitiva e revelar ao aplicador qual é a sua verdadeira finalidade”.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro aponta, indubitavelmente, para a indisponibilidade da vida e da integridade física da pessoa. A Constituição Federal de 1988 assenta o direito à vida, como já se citou, entre os *direitos e garantias fundamentais* (art. 5º, *caput*, CF). O primeiro Título da Parte Especial do Código Penal brasileiro trata dos crimes contra a pessoa, destacando, em seus dois primeiros Capítulos, os *crimes contra a vida* e o *crime de lesões corporais*. As ações penais a eles cominadas, na forma dolosa, são públicas incondicionadas, salvo no caso das lesões corporais leves, que exigem representação do ofendido (art. 88, Lei 9.099/1995). Há, inclusive, a instituição do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tamanha a sua relevância para o direito.

Enquanto direitos da personalidade, vige para os bens *vida humana e integridade física* a norma do art. 11 do CCB: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Percebe-se, pois, que o *consentimento informado* previsto na norma do art. 15 do CCB é exceção de cessibilidade do bem jurídico, legalmente prevista, nos termos do art. 11. Já o art. 13 do Código Civil prescreve: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, toda disposição de partes do corpo humano, em tese, deve atender a imperativos médicos, sendo proibida qualquer lesão voluntária à integridade física. Do mesmo modo, é sabido que a *eutanásia*, ou como querem alguns autores, o *suicídio assistido*, é conduta que o direito brasileiro repreende severamente, exigindo-se a aplicação de sanção penal àquele que auxilia o suicídio (art. 122, CP).

Em adição, o direito privado brasileiro deixa de reconhecer validade às convenções firmadas entre particulares quando estas dispõem de modo a fraudar lei imperativa (art. 166, VI, CCB). A lei, como se demonstrou acima, não permite a disponibilidade ampla do bem *integridade física*, sendo nulo qualquer ato firmado neste sentido, sem finalidade médica. A discordância do paciente em se submeter a procedimento médico-cirúrgico não pode ser invocada pelo médico que com ela concorda, já que esta relação particular não afasta a responsabilidade penal do médico, *ex vi lege* (art. 13, § 2º, CP).

Uma vez assentados estes entendimentos, cumpre formular situação hipotética: um paciente, cujo quadro clínico não importa risco iminente de vida, é diagnosticado com uma moléstia leve. Contudo, a sua recusa em receber imediatamente o tratamento médico oferecido pelo clínico conduzirá, em questão de poucas horas, a um quadro irreversível de lesão que o fará perder a mobilidade dos membros inferiores. O paciente, cômico e informado, por temor da intervenção médico-cirúrgica que implica risco de vida, não consentiu com a realização da medida. O médico possui ciência tanto das conseqüências que advirão da sua inação, quanto da responsabilidade penal e civil que sobre ele incidirão quando o resultado nocivo ocorrer, bem como da proibição jurídica às intervenções médico-cirúrgicas não consentidas. Destaque-se que o dano proveniente da moléstia não representa, em absoluto, risco iminente de vida, não estando a conduta do médico compreendida pela eximente de ilicitude do art. 146, § 3º, I do CP. Qual a solução jurídica aplicável?

Este trabalho propõe solução residente na *culpabilidade* enquanto elemento da conduta punível. Premido pela necessidade de submeter o paciente a intervenção médico-cirúrgica absolutamente necessária e pela recusa infundada do paciente em oferecer seu consentimento, *não se pode exigir do médico que se abstenha de levar a cabo o tratamento*, porque isto implicaria grave violação dos deveres profissionais do clínico e acarretaria a

responsabilidade penal do mesmo pelas eventuais lesões à integridade física do paciente. Cabe reconhecer que existe, no exemplo citado, *inexigibilidade de conduta diversa*, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, o que afasta o caráter criminoso da intervenção médico-cirúrgica desautorizada pelo paciente. Segundo precisa definição doutrinária,

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito. (TOLEDO, 2001, p. 328)

Ora, se o médico, apesar de ter plena consciência da ilicitude da intervenção médico-cirúrgica contrária à vontade do paciente, encontrava-se em situação na qual a sua omissão acarretaria graves conseqüências jurídicas, não poderia ele ter outro comportamento senão o de atentar contra a liberdade de autodeterminação do paciente, a fim de lhe preservar bem de superior importância, como é a integridade física. Este é o fundamento jurídico do *princípio bioético da beneficência*.

Encontra-se o médico diante de situação insustentável na hipótese supracitada: ou o clínico constrange o paciente a se submeter à intervenção médico-cirúrgica necessária à preservação da sua integridade física, ou o mesmo incorrerá nas penas pelas lesões decorrentes da sua omissão voluntária no papel de garantidor do paciente, ainda que por respeito à vontade livre e esclarecida do sujeito passivo. Há *dois preceitos penais em choque*: aquele que exige do médico a abstenção do constrangimento ilegal e o que prescreve ao clínico o dever de agir para evitar lesões nos pacientes sob sua tutela legal.

8. Reflexões finais.

A solução jurídica apurada para o problema das intervenções médico-cirúrgicas não consentidas sem risco de vida para o paciente traz à tona um importante questionamento: se o clínico pode agir contrariamente à vontade do paciente em qualquer ocasião na qual a oposição do mesmo pode provocar lesões à sua própria integridade física, *até onde pode ser reconhecido o princípio da autonomia em face do direito brasileiro?*

A norma do art. 15 do Código Civil brasileiro pode representar, num futuro próximo, uma mudança de concepções diante dos problemas bioéticos na clínica médica, implicando maior valorização da autonomia do paciente. Entretanto, sua força cogente encontra-se ainda tolhida por normas gerais de proteção jurídico-penal dos bens indisponíveis da pessoa humana, como a vida e a integridade física. O reconhecimento da autonomia da pessoa pelo próprio profissional médico torna-se prejudicado diante dos comandos da ordem jurídica de preservar a vida e a integridade física do paciente mesmo que contra a sua vontade.

Trata-se, portanto, daquilo que nas discussões bioéticas é denominado *paternalismo*, definido brilhante e sucintamente por HART como “proteger os indivíduos deles mesmos” (1963, p. 31). O paternalismo já foi o cerne da atividade médica, vez que se confundia a beneficência com uma suposta faculdade do clínico em optar por aquilo que era “melhor” para o paciente, de acordo com o seu ponto de vista particular. O conhecimento médico agregava-se a concepções religiosas e morais, como na Grécia Antiga, onde os sacerdotes eram encarregados das atividades médicas.

O direito brasileiro, especialmente no ramo criminal, apresenta forte viés paternalista, neste e em outros exemplos. Nas raízes de tal concepção, bem se identifica uma tendência de pensamento:

Essa postura parte de um encadeamento lógico pelo qual “ninguém é dono de si mesmo”, e à família, à entidade hospitalar ou ao Estado cabe o direito de moldar as pessoas segundo determinados padrões.

Trata-se, a nosso ver, de ideologia decorrente da política feudal ou, então, do Estado autoritário, segundo a qual “o Governo” precisa do cidadão para utilizá-lo quer como força de trabalho, quer para defesa da integridade do grupo. A vida, dentro dessa ótica, deixa de ser um bem disponível, do qual o indivíduo humano pode abrir mão, para ser algo mais (ou menos?) pertencente à família, à grei, ao clã, à nação. O princípio constitucional do “direito à vida” passa a ser interpretado como um dever, retirando-se da pessoa o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, de dispor de seus órgãos (por exemplo, para fins de transplante) ou de sua própria vida. O ideal “beneficente” em saúde é basicamente paternalista, na acepção concreta do termo, que vê o pai agindo autoritariamente com relação ao seu filho, em face da necessidade de protegê-lo contra riscos que ele não está ainda preparado para enfrentar.
(grifo nosso) (SEGRE *et alii*, 1998, p. 22)

Levando a visão de mundo paternalista às suas últimas conseqüências, é possível perceber a *instrumentalização da vida humana*, colocada de lado diante das necessidades coletivas ou dos valores sociais, ideológicos e religiosos amplamente adotados por uma comunidade. Deste modo, frustra-se o primeiro objetivo da ordem jurídica num Estado democrático de direito, que é a *valorização da dignidade da pessoa humana*. A preservação intransigente da vida humana e da integridade biológica acaba por anular qualquer possibilidade de discordância, de realizar as convicções que constituem, propriamente, a identidade da pessoa. Reside, aí, outro

paradoxo: *a fim de valorizar a pessoa em sua plenitude, enquanto ente físico, intelectual e moral, é preciso abrir mão da preservação inafastável de seus bens fundamentais, como a vida e a integridade do corpo.*

A proibição instituída pelo art. 15 do Código Civil, norma abertamente assentada sobre o princípio da autonomia, possui pequena ou nenhuma relevância em situações de risco de vida ou de lesões para os pacientes. Pelo seu caráter geral, sem suporte no restante do ordenamento jurídico, perde-se o próprio valor imperativo da vedação. Vale recordar, a propósito, a lição do professor Volnei GARRAFA, da Universidade de Brasília, sobre a regulamentação jurídica dos problemas bioéticos:

Um perigo que sempre ronda os meios científicos diz respeito à possibilidade de surgirem propostas de proibições generalizadas, com relação às pesquisas e práticas biomédicas que possam vir a ter seus reais objetivos distorcidos. Neste sentido, é indispensável que as regras e as leis que dispõem sobre o desenvolvimento científico e tecnológico sejam cuidadosamente elaboradas. (...)

De qualquer maneira, é sempre preferível confiar mais no progresso cultural e moral (ou no chamado "direito achado nas ruas") do que em certas normas jurídicas. Existem, de fato, zonas de fronteira nas aplicações das ciências, para as quais são necessárias as regras jurídicas; mas é impossível a rápida reconstrução de referências ou valores compartilhados, a menos que se insista na alternativa da imposição autoritária. Trata-se, acima de tudo, de verificar se é possível trabalhar para a definição de um conjunto de condições de compatibilidade entre pontos de vista que permanecerão diferentes, mas cuja diversidade não necessariamente implique em um conflito ou radical incompatibilidade. (grifo nosso) (1999, p. 18-19)

A leitura isolada da norma do art. 15 do CCB oferece uma visão parcial do problema bioético das intervenções médico-cirúrgicas desautorizadas, que não reflete completamente a postura do direito brasileiro em relação a esta controversa questão. Contudo, oferece-se aos estudiosos do Direito uma nova abordagem ao assunto tratado, a partir do enfoque da pessoa natural sujeita à intervenção médico-cirúrgica.

O direito brasileiro, inegavelmente, ainda precisa avançar muito no sentido do reconhecimento da autonomia moral dos pacientes, mas não deve fazê-lo expedindo normas abstratas, desvinculadas da realidade da clínica médica ou mesmo do restante do ordenamento jurídico. Em sede dos questionamentos bioéticos, numa sociedade pluralista, deve a lei assentar *pontos de partida* à tomada de decisão no caso concreto, sem buscar resolver, *a priori*, todos os problemas dessa natureza pela expedição de ordenanças inflexíveis. A compreensão do direito enquanto modelo imperativo de comportamento, válido em todas as circunstâncias, não subsiste em contraste à dinâmica das relações sociais, muito especialmente quando valores de ordem subjetiva colidem com os princípios consagrados socialmente e cada situação é considerada única e irrepetível em seus traços definidores.

Trata-se de uma impossibilidade a definição da supremacia da *autonomia* ou da *beneficência* enquanto princípio que melhor concretiza o fundamento da ordem jurídica, que é a dignidade da pessoa humana. É tão somente no caso concreto que se pode, numa análise transdisciplinar, capturar a melhor solução possível, assim entendida em toda a sua precariedade (por razões de ordem técnica, moral, jurídica, entre outras). A melhor solução de um caso, hoje, pode não corresponder ao mesmo daqui a alguns anos, e esta compreensão é de vital importância para a abordagem de qualquer questionamento bioético. Quanto mais o direito, nesta fascinante área do conhecimento humano, oferecer margens ao diálogo e à descoberta, mais equânimes serão as soluções apuradas, e melhor se realizará o valor supremo da dignidade da pessoa.

9. Bibliografia consultada.

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BATISTA, Nilo. O novo Código Civil e Direito Penal: Uma Carta e onze questões. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, n. 127, 2003. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 01 set. 2003.
- CULVER, Charles M.. Competência do Paciente. Trad. Patrícia Roffo de Nelson. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. p. 95-105. (Coleção Fac. Med. USP 2)
- FABBRO, Leonardo. Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente. *Bioética*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 7-12, 1999. Periodicidade semestral.
- FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a Bioética e o Consentimento Esclarecido. *Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 129-135, 1994. Periodicidade semestral.
- GARRAFA, Volnei. Reflexões Bioéticas Sobre Ciência, Saúde e Cidadania. *Bioética*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-20, 1999. Periodicidade semestral.
- HART, H. L. A.. *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.
- HOSSNE, William Saad. Competência do Médico. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. p. 106-118. (Coleção Fac. Med. USP 2)
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. 6: arts. 137 ao 154. 5. ed. 1. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. (Org.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- LEPARGNEUR, Hubert. Força e Fraqueza dos Princípios da Bioética. *Bioética*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 131-143, 1996. Periodicidade semestral.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. V. 2: Dos crimes contra a pessoa; Dos crimes contra o patrimônio. 29. ed. atual. Atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- SCHRAMM, Fermin Roland. A Autonomia Difícil. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998. Periodicidade semestral.
- SEGRE, Marco. Definição de Bioética e sua Relação com a Ética, Deontologia e Diceologia. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002a. p. 27-34. (Coleção Fac. Med. USP 2)
- _____. Considerações Críticas sobre os Princípios da Bioética. In SEGRE, Marco; COHEN, Claudio. (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002b. p. 35-40. (Coleção Fac. Med. USP 2)
- _____; SILVA, Franklin Leopoldo e; SCHRAMM, Fermin R.. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 15-23, 1998. Periodicidade semestral.
- SOARES, André Marcelo M.. Bioética. In SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. São Paulo: Loyola, 2002. p.11-58. (Coleção Gestão em Saúde 1)

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. (Coleção Ciências Criminais 4)

Resumo

Trata-se da tutela jurídica das intervenções médico-cirúrgicas não consentidas em face do art. 15 do Código Civil brasileiro e suas repercussões penais. Após breves considerações sobre os princípios da Bioética, o artigo aborda o conflito jurídico entre a autonomia do pessoa e a responsabilidade médica pelo bem-estar do paciente, apontando como o Direito brasileiro não oferece a flexibilidade necessária à solução das questões bioéticas no caso concreto.

Abstract:

The article deals with the legal treatment of non-consented medical and surgical procedures according to the article 15 of the Brazilian Civil Code and its criminal repercussions. After brief considerations on the principles of Bioethics, the study approaches the legal conflict between the autonomy of the person and the medical responsibility for the patient's welfare, pointing how the Brazilian Law does not provide enough flexibility to the solution of bioethical issues on concrete cases.