



## APRESENTAÇÃO

Esta obra reúne artigos de estudiosas/os brasileiras/os e estrangeiras/os, trazendo ao público reflexões sobre as questões referentes à responsabilidade penal dos médicos. Trata-se de uma área ainda pouco explorada pela doutrina brasileira, principalmente quando comparada ao atual estado das discussões em países estrangeiros, que além de mais avançadas, vêm passando por profundas transformações. A importância e a vulnerabilidade dos bens jurídicos com os quais o médico lida em seu dia-a-dia – a vida, a saúde, a autonomia e a liberdade dos pacientes – explicita a sensibilidade dos temas tratados, que possuem relevância não apenas teórica, mas sobretudo prática, já que se referem a situações recorrentes e dilemáticas com as quais o médico certamente se deparará em algum momento no exercício da sua profissão. Ademais, a imputação de responsabilidade penal no Direito Penal da Medicina apresenta peculiaridades e complexidade própria em face da intensa especialização e divisão de competências que caracterizam a atividade médica. Por fim, o avanço da tecnologia no setor da saúde traz consigo novos desafios e conflitos que, certamente, demandam a atenção dos estudiosos do direito penal.

Como o/a leitor/a perceberá, o tratamento de muitas das questões abordadas neste livro sofre, em alguma medida, com a falta de clareza. Isso decorre não apenas da falta de regulamentação legislativa, como também da escassez de trabalhos que se debruçam sobre temas dessa área, como constata *Gisele Mendes de Carvalho* em seu texto. A exemplo da polêmica em torno do direito dos pacientes à recusa de tratamentos vitais, há problemas que, apesar de sua enorme relevância prática, acabam sendo de difícil solução em razão da existência de dispositivos contraditórios na legislação penal e civil e nas normativas editadas pelo Conselho Federal de Medicina. Este órgão de regulação profissional tem atuado de forma a extrapolar sua competência, disciplinando questões sensíveis





referentes ao exercício de direitos fundamentais dos pacientes (como ocorreu, recentemente, com a edição da Resolução nº 2232/19), que deveriam ser objeto de instrumentos legislativos. Esse silêncio do legislador envolve questões que têm sido discutidas com intensidade no cenário internacional, como a polêmica em torno da licitude e limites aplicáveis ao diagnóstico genético pré-implantacional, analisado neste volume por *Jesús-María Silva Sánchez*, e as importantes propostas legislativas sobre eutanásia e respeito à autonomia em fim de vida, debatidas aqui por *Claus Roxin*.

Diante desse cenário, a proposta do livro é lançar luz sobre alguns desses temas e propor soluções para problemas concretos, considerando-se não apenas o horizonte legislativo brasileiro, mas também a experiência de outros países.

Os textos foram agrupados e dispostos segundo a afinidade dos temas. No primeiro bloco, o/a leitor/a encontrará trabalhos orientados por um mesmo fio condutor: o ideal de respeito à autonomia do paciente. Nessa primeira parte do livro, são debatidas questões vinculadas à dogmática do consentimento e à recusa de intervenções médicas no Direito Penal da Medicina, o que envolve a análise de figuras como o consentimento presumido e o consentimento por representação, além de problemas referentes à autonomia em fim de vida e ao tratamento jurídico-penal da eutanásia.

*Flávia Siqueira* aborda o tratamento jurídico-penal das intervenções médicas arbitrárias, realizadas sem o consentimento ou contra a vontade do paciente. A autora traça, inicialmente, os fundamentos filosóficos e jurídicos de um modelo fundado no respeito à autonomia do paciente, o qual se afasta do tradicional paternalismo médico e confere ao paciente o direito de tomar suas próprias decisões médicas. Esse fundamento orienta as conclusões quanto ao tratamento dogmático das interferências não consentidas na esfera corporal do indivíduo: considerando que apenas o consentimento poderá legitimar as intervenções médicas, sua ausência torna *prima facie* ilegítimas as intervenções arbitrárias, puníveis a título de lesão corporal e/ou constrangimento ilegal. Ao final, a autora analisa a proposta de criação de um tipo penal específico para abarcar as situações debatidas, a exemplo das legislações portuguesa e austríaca.

Com o texto de *Manuel da Costa Andrade*, retoma-se o debate sobre a legitimidade das intervenções médicas, controvertendo-se com questões relacionadas ao estatuto dogmático do consentimento e, em especial, do consentimento presumido. Esta última figura constitui uma causa supralegal de justificação que, apesar de pouco explorada pela doutrina brasileira, possui especial relevância no Direito Penal da Medicina para solucionar casos em que o paciente não possui capacidade atual de expressar sua vontade e concretizar sua autonomia. Pode-se mencionar, por exemplo, os casos em que o paciente chega inconsciente ao





hospital e necessita de uma cirurgia de urgência; aqueles nos quais é necessária uma ampliação da intervenção num contexto em que o paciente ainda se encontra anestesiado; e, ainda, quando se discute a recusa ou interrupção de tratamento em pacientes que perderam irreversivelmente a consciência. Neste trabalho, o autor contextualiza sua análise com as especificidades da legislação portuguesa, que prevê o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários como um delito contra a liberdade, e delinea as consequências dogmáticas da adoção de um modelo baseado no consentimento (ou “acordo”) do paciente.

Partindo dos mesmos pressupostos vinculados à autonomia do paciente, *Izabele Kasecker* se volta para uma constelação peculiar de casos referente ao consentimento de menores de idade e ao consentimento por representação, analisando principalmente a recusa de tratamentos realizada pelo próprio paciente menor ou por seus representantes legais. A capacidade para o exercício concreto da autonomia é um dos pressupostos de validade do consentimento, de modo que, nos casos em que menores são submetidos a tratamentos médicos, deve-se, em regra, recorrer à figura do consentimento por representação, podendo o representante legal consentir no lugar do incapaz. Nesse contexto, a autora traça parâmetros para a concretização do respeito à autonomia até mesmo de pacientes tradicionalmente tidos como incapazes, reconhecendo, por um lado, a desvinculação entre a capacidade para consentir e a capacidade civil ou penal e consagrando, por outro, o direito do incapaz ao veto. Por fim, analisa a possibilidade de se responsabilizar penalmente o médico por homicídio omissivo ou por omissão de socorro nos casos em que este, respeitando a recusa de tratamento do menor ou de seu representante legal, deixa de intervir para o salvamento do paciente.

*Vivianne Ferreira e Rafael Longhi* debatem um tema que vem ganhando crescente importância com o incremento da expectativa de vida e dos tratamentos para o prolongamento da vida: o “testamento vital”, uma *diretiva antecipada de vontade* (na linguagem do Conselho Federal de Medicina) ainda não disciplinada expressamente em lei em nosso ordenamento jurídico. Algum/a leitor/a logo se perguntará: mas o que um texto sobre esse tema faz em um livro de *Direito Penal da Medicina*? Sendo objeto desse ato a expressão da vontade de uma pessoa no que diz respeito aos “tratamentos e procedimentos médicos a serem realizados num momento futuro de impossibilidade de decisão e expressão da vontade”, ele se torna essencial para aferir a vontade presumida do paciente e, portanto, fundamentar a justificação com base no consentimento presumido. Trata-se, assim, de documento que delimita o âmbito de atuação médica e, conseqüentemente, os contornos das possíveis responsabilidades civil e penal, esta última sob a ótica dos crimes de lesão corporal, de constrangimento ilegal, de omissão de socorro ou mesmo de homicídio omissivo.





*Claus Roxin*, em seu clássico trabalho “a apreciação jurídico-penal da eutanásia”, traduzido por *Luís Greco* e *Flávia Siqueira*, examina analiticamente todas as modalidades de auxílio médico à morte – como a eutanásia pura, indireta, passiva, ativa etc. – e desenvolve, com minúcias, suas possíveis consequências dogmáticas no âmbito do Direito Penal da Medicina. O autor traça os precisos limites entre as condutas que, nesse âmbito, são *prima facie* permitidas (v.g. o uso de terapia anestésica, ainda que implique na diminuição da vida, e o auxílio médico a suicídio, tendo como base a legislação alemã) e aquelas que são consideradas puníveis, principalmente a título de homicídio a pedido (§ 216 do StGB). *Roxin* promove também um importante diálogo com a jurisprudência, analisando os principais casos sobre a matéria julgados pelo BGH<sup>1</sup>, assim como com as mais relevantes propostas legislativas de regulação da eutanásia na Alemanha.

*Gisele Mendes de Carvalho* também se controverte com o delicado e polêmico assunto da eutanásia, analisando-o à luz do ordenamento jurídico brasileiro e das principais normativas do Conselho Federal de Medicina que afetam o estudo do tema: Resolução n° 1.805/2006, que regulamenta a “limitação do esforço terapêutico”, e Resolução n° 1.995/2012, que estipula como dever do médico o respeito às “diretivas antecipadas de vontade”. Após fundamentar o direito do paciente à recusa de tratamentos vitais, a autora explora as soluções dogmáticas para os problemas colocados, como a possível punição da participação em suicídio por omissão ou da omissão de socorro em casos de não impedimento de um suicídio livre, questionando também a possibilidade de se justificar um homicídio piedoso sem o consentimento do paciente. *Carvalho* propõe, ao final, um novo olhar sobre a eutanásia, fundamentando uma concepção utilitarista para o tratamento das questões que circundam o tema.

No segundo bloco, dedicado a temas relativos à imputação de responsabilidade penal aos médicos, estão agrupados trabalhos sobre omissão, imputação em crimes culposos, aplicação da pena e caracterização do médico como funcionário público para fins penais, os quais tratam de controvérsias de parte geral e especial aplicadas ao contexto específico da Medicina.

*Heloisa Estellita* trata do problema da responsabilidade por omissão de médicos plantonistas, recorrente entre nós e objeto de calorosa cobertura pelos meios de comunicação. A diversa gravidade da resposta penal a depender da afirmação de uma posição de garantidor do plantonista leva a autora a discutir o fundamento dessa posição por parte dos médicos em geral, e, especificamente, dos plantonistas, discutindo se ela decorreria do compromisso contratual ou institucional do médico com o hospital; da assunção de fato do tratamento de

1. *Bundesgerichtshof*, tribunal federal com funções similares ao nosso Superior Tribunal de Justiça.





um paciente ou da assunção direta e pessoal do turno de plantão. As nuances são ilustradas com a ajuda de um caso tomado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que lhe dá ensejo para propor ulteriores diferenciações, como entre pacientes já internados e novos pacientes.

*Sónia Fidalgo* aborda problemas específicos de imputação penal nos casos em que há divisão de tarefas no exercício da medicina em equipe, os quais, em razão da crescente complexidade da atuação médica, são cada vez mais frequentes. Esses casos desafiam a dogmática penal justamente em razão da existência de diferentes intervenientes na atividade, o que dificulta a individualização da responsabilidade penal. A autora soluciona esses casos a partir de dois critérios que, em sua concepção, delimitam os deveres de cuidado e, com isso, os âmbitos de responsabilidade daqueles que desenvolvem uma atividade em equipe: o princípio da divisão do trabalho e o princípio da confiança.

*Tatiana Stoco* analisa os critérios relevantes para a fixação da pena nos crimes dolosos praticados por médicos contra seus pacientes. Trata-se de hipóteses nas quais entra em jogo um aspecto de possível aproveitamento por parte do médico da vulnerabilidade da vítima. Essas circunstâncias, segundo a autora, devem ser consideradas no momento da aplicação da pena, todavia sob os parâmetros de uma teoria da aplicação da pena proporcional ao fato, noutras palavras, limitando-se àquilo que revele maior ou menor grau de culpabilidade pelo fato.

*Raquel Scalcon*, por sua vez, aborda tema com alta relevância prática que é o da qualificação, ou não, do médico que atua no Sistema Único de Saúde como funcionário público para efeitos penais, ou seja, no âmbito dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública. O fio condutor da autora é a assimetria punitiva decorrente da qualificação do agente como funcionário público ou não, e da decorrente necessidade de oferecer uma interpretação restritiva ao art. 327 do Código Penal. Embora o tema seja antigo e recorrente em nossos tribunais, a autora o retoma enfatizando, especialmente, três pontos: a inconsistência da solução dada pelo STF; o aumento do recurso a Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; e o projeto de novo Código Penal (PL 236/2012) em trâmite no Congresso Nacional.

No terceiro e derradeiro bloco, foram agrupados textos que tratam de problemas específicos do Direito Penal da Medicina, envolvendo questões novas e controvertidas, relacionadas à digitalização, à biotecnologia, ao transplante de órgãos e ao sigilo médico.

*Eric Hilgendorf*, em trabalho traduzido por *Orlandino Gleizer*, trata dos impactos da digitalização no âmbito da medicina e, especialmente, do “e-Health”, um supraconceito que abarca procedimentos de assistência na área da saúde envolvendo tecnologias de informação e de comunicação empregadas





para a orientação ou tratamento de pacientes. Esses procedimentos alcançam o emprego da telemedicina para diagnósticos e terapias realizadas à distância e o uso de dispositivos de “mobile health”, ou seja, aplicativos de fitness e saúde, por exemplo, que colhem uma quantidade enorme de dados sobre seus usuários. Relativamente a eles, o autor discute suas vantagens e desvantagens, e, especialmente, os desafios jurídicos quando se tratar da responsabilidade penal por ataques hackers, uma preocupação que ganha destaque neste setor dado o caráter sensível dos dados relativos à saúde.

*Maria Auxiliadora Minahim* explora a regulação penal das biotecnologias no Brasil a partir de um estudo crítico da Lei 11.105/05, discutindo analiticamente questões complexas referentes, principalmente, à manipulação de genes. Se, por um lado, o emprego de novas tecnologias genéticas traz consigo importantes promessas – como o desenvolvimento de novos tratamentos e formas de repor órgãos ou tecidos defeituosos –, por outro, explicita o perigo do desconhecido, podendo afetar a própria identidade da espécie humana. Surge, assim, a necessidade de regulamentação dos limites da concretização do conhecimento científico nessa esfera, o que em alguma escala também recai sob a tutela do Direito Penal. Após analisar essas e outras questões relativas à biossegurança, a autora analisa alguns tipos penais previstos na Lei 11.105/05, como a utilização de células tronco embrionárias em desconformidade com a lei, a engenharia genética e a clonagem.

*Jesús-María Silva Sánchez* aborda o polêmico tema do diagnóstico pré-implantacional: o mapeamento genético do embrião *in vitro* realizado antes da inseminação artificial com o objetivo de possivelmente descartar os embriões que não possuam as características genéticas desejadas. Como constata o autor, esse acaba sendo, na verdade, um procedimento seletivo eugenésico, questionando-se sua compatibilidade com a dignidade humana e com a proteção da vida. Após discorrer sobre o estatuto jurídico do embrião não implantado, dialogando com julgados do Tribunal Constitucional espanhol, o autor apresenta fundamentos estruturais e valorativos para negar a licitude do condicionamento de implantação de embriões a determinadas características genéticas. No Brasil, a Lei de Biossegurança não apenas permite o uso de embriões *in vitro* para pesquisas científicas, como também não dispõe sobre a prática do diagnóstico pré-implantacional. Trata-se, assim, de questão ainda não regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, do que resulta a importância da discussão oferecida pelo penalista espanhol.

*Tatiana Badaró* estuda a controvérsia em torno da proibição do comércio de órgãos para transplante, conduta punível no Brasil segundo o art. 15 da Lei 9.434/7. A autora investiga a fundo, e sob perspectiva crítica, os argumentos favoráveis e contrários à proibição, questionando sua legitimidade, em especial, a partir da teoria do bem jurídico. Apesar do consenso internacional quanto à







proibição dessa prática e até mesmo da existência do art. 199, §4º, que obstaculiza a regulação de um mercado de órgãos para transplante, essa é, de fato, uma criminalização eminentemente paternalista, já que ignora o consentimento e a vontade livre daquele que decide vender o próprio órgão, o que, segundo a autora, vai de encontro com os fundamentos de um liberalismo moderado. Diante disso, *Badaró* formula propostas de *lege lata* e de *lege ferenda* com vistas a solucionar os problemas apontados no transcórre do texto.

Por fim, *Hugo Soares* examina a situação dilemática na qual foram colocadas as vítimas de estupro por força da Resolução CREMERJ n. 296/2019. Esta resolução criou, para os médicos, um dever de notificação às autoridades policiais e sanitárias dos casos de estupro, colocando em xeque o exercício de direitos fundamentais quando as vítimas de estupro acabam engravidando em decorrência do ato criminoso. O autor se dispõe a discutir se seria legítimo que o Estado colocasse essas vítimas em uma situação dilemática, ou seja, a de escolher “manter-se eternamente vinculadas a uma terceira vida, produto mais contraditório de um estupro”; “vivenciar (embora não na qualidade de réu) um processo penal orientado à reconstituição fática do seu trauma”; ou “abdicar da sua boa saúde, submetendo-se a procedimentos médicos clandestinos”.

No aspecto formal, decidimos manter as configurações de citação em notas de rodapé no formato original, tal qual as recebemos das autoras e autores. Entendemos que a completude das informações contidas nas notas, independentemente da ordem dos elementos, já fornece os dados necessários sobre as obras consultadas.

Somos profundamente gratas às colaboradoras e colaboradores, que receberam o projeto com entusiasmo. Cumpre agradecer também a *Izabele Kasecker* pela colaboração na revisão de diversos textos e a *Orlandino Gleizer* pela tradução do texto de *Eric Hilgendorf*. Nas pessoas do Prof. Dr. *Luís Greco* e do Dr. *Marcelo Porciúncula*, agradecemos à editora Marcial Pons por acreditar em mais esse projeto.

FLÁVIA SIQUEIRA e HELOISA ESTELLITA









## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> – FLÁVIA SIQUEIRA e HELOISA ESTELLITA .....	7
<b>1º Bloco – Respeito à autonomia do paciente: consentimento, recusa de tratamentos e eutanásia</b>	
1. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no Direito Penal da Medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. <i>Flávia Siqueira</i>	19
2. Consentimento em Direito Penal médico – o consentimento presumido. <i>Manuel da Costa Andrade</i> .....	55
3. A responsabilidade penal do médico por omissão diante da recusa de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal. <i>Izabele Kasecker</i> .....	79
4. “Testamento vital”? A diretiva antecipada de vontade. <i>Vivianne Ferreira e Rafael Longhi</i> .....	101
5. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. <i>Claus Roxin</i> .....	129
6. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. <i>Gisele Mendes de Carvalho</i> .	169
<b>2º Bloco – Imputação de responsabilidade penal e aplicação da pena em casos de Direito Penal da Medicina</b>	
7. Contornos da responsabilidade omissiva imprópria dos médicos plantonistas. <i>Heloisa Estellita</i> .....	195
8. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão de trabalho. <i>Sónia Fidalgo</i> .....	219





9.	Critérios relevantes para a fixação da pena em infrações dolosas praticadas pelo médico contra o paciente. <i>Tatiana Stoco</i> .....	235
10.	O médico que atua no sistema único de saúde (SUS) e sua qualificação como funcionário público para efeitos penais. <i>Raquel Scalcon</i> .....	251
<b>3º Bloco – Problemas específicos de Direito Penal da Medicina</b>		
11.	Medicina e Digitalização (eHealth): um novo desafio para o Direito da Tecnologia. <i>Eric Hilgendorf</i> .....	279
12.	Disciplina penal do uso das biotecnologias no Brasil: Lei 11.105 de 2005. <i>Maria Auxiliadora Minahim</i> .....	291
13.	“Diagnóstico de Preimplantación” y Derecho. Una valoración jurídica de la generación de embriones in vitro con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero. <i>Jesús-María Silva Sánchez</i> .....	307
14.	Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. <i>Tatiana Badaró</i> .....	325
15.	Estupro, dever de comunicação às autoridades e titularidade da ação penal: reflexões derivadas da Resolução do CREMERJ n. 296/2019, que estabelece a notificação de estupros aos órgãos competentes investigativos em casos atendidos por médicos no Estado do Rio de Janeiro. <i>Hugo Soares</i> .....	347