

NOTA DO TRADUTOR

Este livro do Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, que agora chega às mãos do leitor brasileiro, conjuga ao menos duas qualidades que, em minha visão, o tornam merecedor desta tradução: ao mesmo tempo em que apresenta uma exposição abrangente dos aspectos jurídicos relevantes do Direito Penal da Medicina, consegue ser claro também ao leitor sem formação jurídica. Ao evitar ao máximo o “juridiquês”, que às vezes faz doer os ouvidos do leigo, o autor escreveu um livro também conveniente a profissionais da medicina e seus pacientes. Uma postura válida diante do fato de que, no Direito Penal da Medicina, se encontra um objeto de estudo que surgirá, volta e meia, na vida de qualquer pessoa. Esforcei-me para que a tradução refletisse esse cuidado do autor, e incluí notas de tradução (NT) sempre que as entendi fundamentais para a compreensão do leitor brasileiro.

Proveniente de uma família de médicos, pude aliviar um pouco daquela responsabilidade por ter escolhido o direito como profissão ao me dedicar, com muita satisfação, à tradução deste livro, que contribuirá, como acredito, para a discussão brasileira. Ao Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, agradeço a oportunidade e o apoio especial que tornaram esta tarefa acadêmica e este alívio pessoal possíveis.

Por fim, é necessário agradecer também a duas outras pessoas, sem as quais a vida na Alemanha não seria tão proveitosa e os resultados desta tradução, tão satisfatórios. Ao meu querido amigo Lucas Montenegro, sou grato não apenas pela leitura cuidadosa de mais esta tradução, mas também pela fiel parceria que eu poderia, sem exageros, qualificar de irmandade. Ao meu querido professor e amigo, Dr. Luís Greco, por dever o que sequer é possível expressar nestas linhas, dirijo então apenas meus sinceros agradecimentos pelos auxílios prestados em mais este projeto. E aos dois dedico esta tradução.

Berlim, agosto de 2018.

ORLANDINO GLEIZER

BIOGRAFIAS

PROF. DR. DR. ERIC HILGENDORF (Autor)

Nascido em 1960 em Stuttgart, Alemanha, terminou o segundo grau em Ansbach em 1980. Estudou Filosofia, História Moderna, Ciências Religiosas e Ciências Jurídicas na Universidade de Tübingen. Graduou-se nas áreas de Filosofia e História com trabalho sobre a “Evolução histórica da liberdade de expressão parlamentar na Alemanha” (Entwicklungsgeschichte der parlamentarischen Redefreiheit in Deutschland, Peter Lang, Frankfurt a.M. et alii, 1991). Em 1990, obteve o título de Doutor em Filosofia, com a tese “Argumentação na ciência jurídica: da recepção da filosofia analítica e da teoria crítica na investigação fundamental da ciência jurídica” (Argumentation in der Jurisprudenz: Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, Duncker & Humboldt, Berlin, 1991). Em 1992, obteve o título de Doutor em Direito, com sua tese “Responsabilidade jurídico-penal pelo produto na ‘sociedade de riscos’” (Strafrechtliche Produzentenhaftung in der ‘Risikogesellschaft’, Duncker & Humboldt, Berlim, 1993). Em 1997, obteve sua *venia legendi* na Universidade de Tübingen para as áreas de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, com sua tese de habilitação “Da delimitação entre proposições sobre fatos e juízos de valor no direito penal” (Zur Abgrenzung von Tatsachenaussagen und Werturteilen im Strafrecht, Duncker & Humboldt, Berlim, 1998). Após a habilitação como professor, foi Professor Titular de Direito Penal na Universidade de Konstanz; desde 2001, leciona na Universidade Julius-Maximilians de Würzburg, como Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Teoria do Direito, Direito da Informação e Informática

Jurídica. De 2010 a 2012, foi decano da Faculdade de Direito da Universidade de Würzburg. Seus principais âmbitos de pesquisa são a dogmática jurídico-penal geral, o direito penal da medicina, o direito penal biológico, o direito penal econômico e o direito penal da técnica. A isso se soma seu compromisso com a investigação sobre os fundamentos do direito (direito comparado, filosofia do direito, teoria do direito, bioética, história do pensamento jurídico e história do direito penal).

ORLANDINO GLEIZER (Tradutor)

Nascido em 1989, no estado do Rio de Janeiro, graduou-se bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em 2012. Desde então, atua como advogado criminal no Brasil. Em 2015, obteve o título de Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), com a dissertação “Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das pessoas jurídicas”. Mudou-se para a Alemanha em 2015, para cursar LL.M. em Direito na Universidade de Augsburg, para o qual apresentou a dissertação de mestrado “Diferentes problemas do monitoramento de telecomunicações” (Verschiedene Streitpunkte der Telekommunikationsüberwachung). Desde 2016, é assistente científico da cátedra do Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf na Universidade Julius Maximilian de Würzburg. Em 2017, iniciou seu doutorado em direito na Universidade Humboldt de Berlim, sob orientação do Prof. Dr. Luís Greco. Seus principais âmbitos de pesquisa são a dogmática da parte geral do direito penal, o direito penal econômico e o direito processual penal.

SUMÁRIO

Prólogo	5
Nota do Tradutor.....	7
Biografias	9
Abreviaturas, siglas e palavras estrangeiras.....	19
§ 1. Introdução	25
I. Medicina e Direito Penal.....	25
II. Um panorama da história do Direito Penal da Medicina.....	26
III. O juramento de Hipócrates.....	28
IV. O Juramento de Genebra da Associação Médica Mundial	30
V. Base legal do Direito Penal da Medicina	31
VI. Tendências de desenvolvimento do Direito Penal da Medicina	32
VII. Peculiaridades do Direito Penal da Medicina.....	33
§ 2. A intervenção médica curativa	35
I. Introdução e panorama dos problemas a serem tratados neste capítulo	35
II. A intervenção curativa no sentido estrito como lesão corporal	35
1. Excurso: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.....	36
2. A intervenção curativa como lesão corporal	37
III. Problemas especiais da intervenção curativa	39
IV. Intervenções sem indicação clínica.....	41

V. A justificação por meio do consentimento	42
1. Pressupostos gerais de um consentimento válido	42
2. Vícios de vontade	43
3. Intervenções em menores de idade.....	44
4. Caso especial: circuncisão de lactentes e crianças pequenas	45
5. Intervenção violadora dos bons costumes.....	47
VI. Os esclarecimentos médicos	48
1. Um panorama dos pressupostos de um esclarecimento efetivo .	48
2. Espécies de esclarecimentos.....	49
3. O momento do esclarecimento	50
4. Forma do esclarecimento	51
5. A pessoa obrigada a prestar os esclarecimentos.....	52
6. Extensão da obrigação de esclarecimento	53
7. Ausência do dever de esclarecimento	54
8. Problemas práticos com o esclarecimento	55
VII. Justificação por meio do consentimento presumido	56
VIII. Consentimento hipotético.....	57
IX. Justificação por meio do estado de necessidade justificante, § 34 StGB	57
X. A ampliação cirúrgica.....	58
1. A problemática da ampliação cirúrgica.....	58
2. Causas de justificação em casos de ampliação cirúrgica.....	59
XI. Formas especiais de intervenção.....	60
§ 3. Excurso: a história da eutanásia	61
I. Sobre o conceito de eutanásia	61
II. Eutanásia na antiguidade	61
III. Idade Moderna.....	62
IV. A respeito do debate sobre a eutanásia nos séculos XIX e XX	63
1. Darwinismo social.....	63
2. Eugenia.....	64
3. Higiene racial	65
4. Eutanásia no tempo do nacional-socialismo	66
5. O precursor da eutanásia nazista	67
V. Diferenças em relação à discussão atual	71

§ 4. O tratamento jurídico da eutanásia – bases jurídicas e propostas atuais de reforma	73
I. Introdução.....	73
II. Conceito e tipos de “eutanásia”	74
III. Direitiva antecipada de vontade do paciente	79
IV. Casos problemáticos.....	80
1. Atenção à vontade do paciente.....	80
2. Interrupção do tratamento de pacientes em estado vegetativo ...	82
3. Delimitação entre eutanásia ativa e cumplicidade impunível para o suicídio	86
4. Interrupção do tratamento em recém-nascidos.....	89
V. Eutanásia ativa.....	90
1. Regras sobre a eutanásia na Holanda, Bélgica e em Luxemburgo	91
2. Sugestões a respeito da eutanásia ativa na Alemanha.....	92
VI. O futuro da eutanásia	95
§ 5. Sociedades de eutanásia	97
I. Introdução.....	97
II. A forma de atuação da Dignitas	97
III. Reconhecimento jurídico-penal.....	99
IV. Argumentos a favor da criminalização das sociedades de eutanásia	100
V. Novas bases jurídicas	101
§ 6. O aborto	107
I. Introdução.....	107
II. A proteção gradual da vida do nascituro	108
1. Base jurídica antes da nidação	108
2. Base jurídica após a nidação	109
a) A regulação legal do aborto, §§ 218 ss. StGB.....	109
b) Impunibilidade do aborto, § 218a Abs. 1 StGB	111
c) Indicação médico-social e criminológica, § 218a Abs. 2, 3 StGB	112
d) Delitos especiais médicos, §§ 218b e 218c StGB	113
3. Momento do parto	114

III. Resumo: Sistema de proteção gradativa da vida.....	115
§ 7. Proteção do embrião e pesquisas com células-tronco	117
I. Introdução.....	117
II. Visão panorâmica da discussão ética	118
1. Questões de status	118
2. Problemas resultantes: direito à ignorância.....	122
III. Direito Constitucional	122
IV. A Lei de Proteção aos Embriões	123
1. História da lei	124
2. O conceito de embrião da ESchG	124
3. As proibições da ESchG	124
a) § 1 ESchG.....	125
b) § 2 ESchG.....	125
c) Problema especial do diagnóstico pré-implantacional: § 3a ESchG.....	126
d) Outros delitos, §§ 3 ss. ESchG	127
e) Outras normas da ESchG.....	128
4. Pesquisas com embriões no exterior	128
V. A Lei de Células-Tronco	129
1. Fundamentos e história da lei.....	129
2. O conceito de embrião para a Lei de Células-Tronco	130
3. Solicitação de pesquisas com células-tronco	130
4. Responsabilidade penal na Lei de Células-Tronco	131
§ 8. Transplante de órgãos	133
I. Introdução.....	133
II. História do transplante de órgãos	134
III. O significado da Lei de Transplantes de Órgãos alemã (TPG)	135
IV. Escopo da TPG.....	135
V. Os pressupostos da doação de órgãos <i>post-mortem</i>	136
1. Morte do doador – morte cerebral como critério para declaração da morte.....	136
2. Tipos de modelos de regulação da doação de órgãos <i>post-</i> <i>-mortem</i>	138

a) Soluções da recusa.....	138
b) Soluções do consentimento	139
c) Solução da declaração	139
d) Solução da informação	140
e) Solução do estado de necessidade	140
3. Regras dos §§ 3 e 4 TPG.....	141
VI. Atores participantes.....	142
1. Hospitais de coleta	142
2. O encarregado pelos transplantes	142
3. Centrais de transplantes.....	142
4. Central de coordenação	143
5. Central de intermediação.....	143
6. Conselho Federal de Medicina alemão (BÄK)	144
7. Comissões.....	144
VII. O procedimento de doação de órgãos	146
VIII. “Escândalo dos Transplantes”	146
1. Fatos	147
2. Processamento pelos tribunais	147
3. Reação do legislador	149
4. Consequências sociais	150
IX. A doação por pessoas vivas.....	151
X. Tipos penais.....	152
1. Delito do § 168 Abs. 1 StGB.....	152
2. Delito do § 19 TPG	153
3. A proibição de tráfico de órgãos e tecidos, §§ 17 e 18 TPG	154
a) Motivos da regulação	154
b) Críticas à proibição de tráfico de órgãos	154
c) Tráfico no sentido do § 17 TPG	155
d) Exceções à proibição de tráfico de órgãos.....	155
e) Casos problemáticos.....	155
aa) Proteção do doador por planos de saúde	156
bb) Pequenos gestos de gratidão	156
cc) Adequação da remuneração.....	156
dd) Doação cruzada (Doação Cross-Over).....	157

XI. Xenotransplante.....	158
§ 9. O dever de sigilo médico	161
I. Introdução.....	161
II. Bem jurídico protegido e significado do § 203 StGB	161
III. Elementares típicas do § 203 StGB.....	163
1. Sujeito ativo.....	163
a) Delito especial	163
b) Autores do delito, Abs. 1	163
c) Assistentes profissionais.....	164
d) Atuação para preparação profissional.....	165
2. Objeto do delito: o segredo	165
3. A extensão do dever de sigilo médico.....	166
4. Pessoas protegidas.....	167
5. Nexo de relação com a profissão.....	167
6. Ação do delito: a revelação do segredo.....	169
7. Tipo subjetivo.....	170
IV. Causas de justificação	171
1. Panorama das causas de justificação pertinentes.....	171
2. O consentimento.....	172
3. O consentimento presumido.....	173
4. Estado de necessidade justificante.....	174
5. Exercício de interesses legítimos	175
6. Deveres e direitos legais de revelação do segredo	175
§ 10. Corrupção e estelionato em cobranças	177
I. Corrupção com e sem infração funcional [<i>Vorteilsannahme und Bestechlichkeit</i>]	177
1. A corrupção passiva sem infração funcional [<i>Vorteilsannahme</i>]	177
a) O médico enquanto funcionário público	178
b) Vantagem no sentido do § 331 StGB	179
c) O exercício da função médica	180
d) O pacto de injusto.....	181
e) Ação do delito: requerer, aceitar promessa ou obter	182
2. Corrupção passiva com infração funcional, § 332 StGB [<i>Bestechlichkeit</i>]	183

3. O delito de corrupção passiva com infração funcional nas relações comerciais, § 299 StGB.....	183
4. O projeto de uma lei para combate à corrupção no sistema de saúde.....	185
5. O financiamento privado.....	186
II. Estelionato em cobranças	188
1. Introdução.....	188
2. Pressupostos	188
a) Fraude	188
b) Surgimento de um erro	189
c) Disposição patrimonial e dano patrimonial	190
d) Dolo e intenção de enriquecer	191
§ 11. Novos desafios	193
I. A auto-otimização do homem: o aperfeiçoamento [<i>enhancement</i>]..	193
1. A tendência à auto-otimização	193
2. Desenvolvimentos atuais.....	194
a) Cirurgias estéticas.....	194
b) Doping físico e mental.....	194
c) O aperfeiçoamento da geração futura – IVF, PID, tecnologia genética	195
d) Avaliação conjunta	196
II. O diagnóstico genético preditivo.....	196
III. Técnicas de geração de imagens	199
IV. Robótica médica e a conexão entre homem e máquina	199
V. Sobre a delimitação entre tratamento e aperfeiçoamento.....	201
1. Delimitações na medicina e na ética	201
2. Relevância no direito, especialmente no direito penal da medicina	203
Bibliografia	207
Índice remissivo	215