

FLÁVIA SIQUEIRA

AUTONOMIA,
CONSENTIMENTO E
DIREITO PENAL DA MEDICINA



Coleção

Direito Penal e Criminologia

Direção

Íñigo Ortiz de Urbina | Ramon Ragués | Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA | Carlos BERNAL | Mauro BUSSANI | Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA | Luís GRECO | Daniel González LAGIER | Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA | Daniel MITIDIERO | José Juan MORESO | Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA | Eduardo OTEIZA | Ángel Luis Prieto de PAULA | Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER | María SALVADOR | José María Rodríguez de SANTIAGO | Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA | Carlos Ari SUNDFELD | Michele TARUFFO | Íñigo Ortiz de URBINA

Autonomia, consentimento e direito penal da medicina

Flávia Siqueira

Capa

Nacho Pons

Produção e editoração eletrônica

Ida Gouveia | HBLYZ | Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação

Siqueira, Flávia

Autonomia, consentimento e direito penal da medicina / Flávia Siqueira. - 1. ed. -
São Paulo : Marcial Pons, 2019. Coleção Direito Penal e Criminologia

ISBN 9788566722758

1. Direito penal. 2. Criminologia. I. Siqueira, Flávia. II. Título. III. Série.

CDU: 345

© Flávia Siqueira

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

1157559

SUMÁRIO

Prefácio – LUÍS GRECO.....	9
Apresentação -- LUIS AUGUSTO SANZO BRODT.....	11
Agradecimentos	13
Abreviaturas	17
Introdução	29
1. Delimitação do objeto de estudo.....	31
2. Método	33
3. O programa da tese	33
1. Os casos	35
2. Entre a ética paternalista e a ética da autonomia: <i>salus aut voluntas aegroti suprema lex?</i>	41
2.1 A ética hipocrática e o paternalismo médico.....	43
2.1.1 A perspectiva ética: <i>salus aegroti suprema lex!</i>	43
2.1.2 “A proteção do indivíduo de si mesmo” e o paternalismo....	47
2.1.2.1 O que é o paternalismo?.....	47
2.1.2.2 O paternalismo na ética tradicional.....	52
2.2 A ética pós-hipocrática e a autonomia do paciente	53
2.2.1 Fundamento ético: <i>voluntas aegroti suprema lex</i>	53
2.2.2 O respeito à autonomia.....	56
2.2.2.1 A autonomia em Kant	57

2.2.2.2	A autonomia para Feinberg.....	58
2.2.2.2.1	A autonomia enquanto capacidade de autodeterminar-se	58
2.2.2.2.2	A autonomia como condição de fato	59
2.2.2.2.3	A autonomia como ideal.....	61
2.2.2.2.4	A autonomia como direito soberano à autodeterminação.....	62
2.2.2.3	A autonomia para Beauchamp/Childress.....	63
2.2.2.4	Apreciação crítica e nossa concepção	66
2.2.2.4.1	Autonomia: política e não ética?	66
2.2.2.4.2	O indivíduo autônomo e a decisão autônoma	70
2.2.2.4.3	A autonomia e o direito do paciente à autodeterminação sobre o próprio corpo	71
2.2.3	Fundamento jurídico-constitucional: dignidade, liberdade e autonomia	75
2.3	A crítica ao paternalismo a partir do respeito à autonomia pessoal	82
2.3.1	Algumas formas de manifestação do paternalismo legal: esclarecimentos conceituais	83
2.3.2	A crítica filosófica ao paternalismo sob as perspectivas consequencialista e deontológica	85
2.3.3	A ilegitimidade do paternalismo jurídico-penal a partir do liberalismo fundado na autonomia pessoal	89
2.3.4	Paternalismo rígido e moderado: a legitimidade do “paternalismo” orientado pela autonomia (<i>autonomieorientierter Paternalismus</i>).....	93
2.3.5	Paternalismo direto e indireto: o problema da participação em autolesões e das heterolesões consentidas.....	103
2.3.6	Conclusão parcial: por um modelo ético e jurídico orientado pela autonomia do paciente	107
2.4	Autonomia, consentimento informado e bioética	108
2.4.1	O consentimento informado e a ética médica.....	108

2.4.2 Shared decision-making?.....	112
2.4.3 O modelo principialista de Beauchamp e Childress.....	113
2.4.4 Neopaternalismo na medicina?.....	116
2.5 O consentimento informado na bioética brasileira	119
2.5.1 O (novo) Código de Ética Médica brasileiro.....	121
2.5.2 O consentimento informado de acordo com a Recomendação CFM n. 1/2016	124
2.5.3 PL 5559/2016: o projeto do estatuto brasileiro dos direitos dos pacientes.....	126
2.6 Resultados parciais.....	127
3. A compreensão dogmática tradicional.....	131
3.1 A atividade médica como exercício regular de um direito de profissão	131
3.2 Apreciação crítica.....	142
3.3 Ulteriores compreensões dogmáticas independentes do consen- timento sobre a justificação ou (a)tipicidade das intervenções médicas.....	148
3.3.1 Tratamento médico como causa autônoma supralegal de justificação.....	148
3.3.2 A atipicidade da conduta médica.....	150
3.3.2.1 A teoria do resultado (<i>Erfolgstheorie</i>).....	152
3.3.2.2 A teoria do interesse corporal (<i>Körperinteressentheorie</i>).....	154
3.3.2.3 A indicação e execução conforme a <i>lege artis</i> (ou teoria da ação [<i>Handlungstheorie</i>])	156
3.3.2.4 A adequação social da conduta médica.....	157
3.3.2.5 A finalidade curativa: ausência de dolo	158
3.3.2.6 Apreciação crítica	160
3.4 Os escassos julgados da jurisprudência brasileira: sintoma de uma compreensão jurídica complacente com práticas paternalistas?	161
3.5 Resultados parciais	165

4. Proposta de tratamento dogmático: o <i>consentimento</i> que afasta a tipicidade como ponto arqui-médico para a compreensão das intervenções médicas	169
4.1 O consentimento do paciente como expressão da sua autonomia e critério legitimador das intervenções médicas	169
4.2 Delimitação conceitual e tratamento sistemático do consentimento no direito penal: causa de justificação ou de exclusão da tipicidade?.....	173
4.2.1 A teoria dualista: o acordo que afasta a tipicidade e o consentimento justificante.....	175
4.2.1.1 A suficiência da <i>vontade interna</i> no acordo e a exigência da <i>exteriorização da vontade</i> no consentimento.....	179
4.2.1.2 A <i>consumação</i> nos casos de desconhecimento do assentimento do titular do bem jurídico.....	180
4.2.1.3 A suficiência da <i>vontade natural</i> no acordo e a exigência da <i>capacidade</i> no consentimento.....	181
4.2.1.4 A inaplicabilidade da <i>cláusula dos bons costumes</i> aos casos de acordo	181
4.2.1.5 A irrelevância dos <i>vícios de vontade</i> no acordo.....	182
4.2.1.6 O erro nos casos de acordo e consentimento	183
4.2.2 A teoria monista ou unitária: o consentimento como causa que afasta a tipicidade	184
4.2.3 Os modelos tripartidos ou diferenciadores (Jakobs, Luzón Peña).....	188
4.2.4 Tomada de postura: por um modelo unitário fundado no respeito à autonomia.....	191
4.2.3.1 O argumento decisivo para a solução da controvérsia: a definição do conteúdo dos bens jurídicos individuais.....	191
4.2.3.2 Ulteriores objeções ao modelo dualista	197
4.2.3.2.1 A objeção sistemática: o consentimento como um “corpo estranho” no sistema das causas de justificação.....	197

4.2.3.2.2 A objeção da confusão conceitual: a diferenciação entre os conceitos de bem jurídico e objeto material do crime.....	204
4.2.3.2.3 A objeção hermenêutica: refutação do argumento da letra da lei	205
4.2.3.2.4 A objeção da falta de praticidade	208
4.2.3.2.5 A literalidade do § 228 StGB?	209
4.2.3.3 Conclusão parcial e consequências dogmáticas da adoção do modelo unitário.....	210
4.2.3.3.1 Forma de manifestação do consentimento	211
4.2.3.3.2 O erro sobre a existência ou inexistência de consentimento.....	213
4.2.3.3.3 Incapacidade e vícios de vontade.....	213
4.2.3.3.4 Bons costumes?.....	215
4.3 O objeto do consentimento nas intervenções médicas: esclarecimentos sobre a heterolesão consentida (<i>einverständliche Fremdschädigung</i>) e a heterocolocação em perigo consentida (<i>einverständliche Fremdgefährdung</i>).....	215
4.4 Os pressupostos de validade do consentimento real.....	219
4.4.1 O argumento da indisponibilidade da vida e/ou da integridade física.....	220
4.4.2 Anterioridade e revogabilidade do consentimento.....	226
4.4.3 A capacidade para consentir.....	227
4.4.3.1 Idade, maturidade e (in)capacidade	229
4.4.3.2 Pacientes adultos, mas portadores de deficiência intelectual ou doença mental.....	234
4.4.3.3 Pacientes capazes e com incapacidades momentâneas	235
4.4.3.4 Controvérsias em torno do <i>consentimento por representação</i> nos casos de incapacidade.....	240
4.4.4 A ausência de vícios de vontade.....	244
4.4.5 O dever de esclarecimento para a autodeterminação (<i>Selbstbestimmungsaufklärung</i>)	250

4.4.5.1	A evolução do dever de esclarecimento na Alemanha	254
4.4.5.1.1	O protagonismo da jurisprudência alemã.	255
4.4.5.1.2	Necessidade de regulamentação legal? A lei dos direitos dos pacientes (<i>Patientenrechtgesetz</i>)	263
4.4.5.1.3	A resistência dos médicos.....	267
4.4.5.2	O fundamento jurídico do esclarecimento: dever ético, contratual ou derivado do respeito à autonomia?	269
4.4.5.3	Limites e extensão do esclarecimento.....	273
4.4.5.4	A intensidade do esclarecimento.....	278
4.4.5.5	Momento e forma do esclarecimento.....	280
4.4.5.6	O conteúdo do esclarecimento	281
4.4.5.6.1	O esclarecimento referente ao diagnóstico	282
4.4.5.6.2	O esclarecimento referente às alternativas de tratamento	284
4.4.5.6.3	O esclarecimento referente à evolução do tratamento	286
4.4.5.6.4	O esclarecimento referente aos riscos do tratamento	288
4.4.5.7	Hipóteses de dispensabilidade do dever de esclarecimento.....	293
4.4.5.7.1	O dever de esclarecimento e a proibição de causar danos.....	294
4.4.5.7.2	Intervenções urgentes	301
4.4.5.7.3	Renúncia ao esclarecimento	302
4.4.5.8	Consentimento hipotético no direito penal?.....	303
4.5	O consentimento presumido: a impossibilidade fática ou normativa de colher o consentimento real	312
4.5.1	Sobre o consentimento presumido: pressupostos e fundamento da justificação.....	313

4.5.2 Por que não recorrer ao estado de necessidade?.....	319
4.5.3 A vontade presumida nas decisões médicas.....	325
4.5.3.1 A recusa e o consentimento presumidos.....	325
4.5.3.2 As manifestações antecipadas de vontade.....	328
4.5.4 Os casos de ampliação da intervenção cirúrgica (<i>Operationserweiterung</i>).....	334
4.6 Resultados parciais.....	337
5. As consequências dogmáticas da adoção da solução do consentimento	343
5.1 Intervenções indicadas e consentidas.....	343
5.2 Intervenções indicadas, mas não consentidas: o respeito às recusas de tratamento.....	346
5.2.1 A punibilidade do médico que atua contra a vontade ou sem o consentimento válido do paciente.....	347
5.2.1.1 A intervenção arbitrária como <i>lesão corporal</i> (art. 129, CPB).....	348
5.2.1.2 A intervenção arbitrária como <i>constrangimento ilegal</i> (art. 146, CPB).....	356
5.2.1.3 O tipo penal especial referente às <i>intervenções médicas arbitrárias</i>	363
5.2.2 Recusa de tratamento e a (não) punibilidade da omissão do médico que respeita a vontade do paciente.....	367
5.2.2.1 Alguns esclarecimentos preliminares: delimita- ções conceituais e dogmáticas sobre a eutanásia e a participação em suicídio no direito penal.....	368
5.2.2.2 Limitação da liberdade de disposição da própria vida e direito à recusa de tratamento vital.....	373
5.2.2.3 Recusa de tratamento, suicídio e a omissão do mé- dico: o <i>caso Wittig</i> (BGHSt 32, 367) e o <i>caso do médico psiquiatra</i> (LG Hamburg, NStZ 2018, 281)	376
5.2.2.4 Os pressupostos da punição por omissão imprópria (art. 13, § 2º, CPB).....	384

5.2.3.5 Os pressupostos da punição por omissão de socorro (art. 135, CPB)	391
5.3 Intervenções não indicadas e consentidas: há limites à liberdade de disposição do próprio corpo?.....	396
5.3.1 A “cláusula dos bons costumes”	398
5.3.1.1 A busca por uma definição do conteúdo dos bons costumes.....	399
5.3.1.2 A ilegitimidade da cláusula dos bons costumes.....	407
5.3.2 Alternativas limitadoras da liberdade de disposição da integridade física	411
5.4 Resultados parciais	414
6. Solução dos casos propostos	419
Conclusões	425
Bibliografia	429
Referências legislativas e jurisprudenciais	461