

O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO: OS EFEITOS DE UMA ANÁLISE PONDERADA ENTRE O ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL E O DO 146, §3, I DO CÓDIGO PENAL.

RIGHT TO REFUSE MEDICAL TREATMENT: THE EFFECTS OF A CAREFUL ANALYSIS BETWEEN ARTICLE 15 OF THE CIVIL CODE AND ARTICLE 146 (3) (I) OF THE CRIMINAL CODE

CERQUEIRA, Maria Clara Peleteiro ¹
MEIRELLES, Ana Thereza ²

RESUMO: O iminente trabalho visa analisar, mediante uma metodologia qualitativa, o direito de recusa a tratamento médico advindo do exercício da autonomia pertencente ao indivíduo, como direito intrínseco a este. Assim como se é pretendido um aprofundamento no cenário atual, através da observação para com a relação médico-paciente, a qual finda-se sob um novo modelo, onde ambas as partes são autônomas para tomar decisões. Porém, o questionamento advindo das reflexões jurídicas presente neste artigo, concerne em conhecer até que grau pode o dever do profissional médico interferir no direito do paciente em decidir qual atitude irá adotar quanto à prática ou não de tratamento terapêutico. O estudo aqui presente almeja verificar a existência ou não da concretude quanto ao direito à vida, abarcando questões jurídicas e culturais, juntamente com o quesito do vínculo com a área criminal, e os efeitos destinados à sociedade advindos de tal tema.

PALAVRAS-CHAVE: Recusa terapêutica; Autonomia; Bioética; Direito médico; Responsabilidade médica.

ABSTRACT: The imminent work aims to analyze, through a qualitative methodology, the right to refuse medical treatment arising from the exercise of autonomy belonging to the individual, as an intrinsic right to this. As if it is intended a deepening in the current scenario, through the observation to the doctor-patient relationship, which ends under a new model, where both parties are autonomous to make decisions. However, the question arising from the legal reflections present in this article is concerned with knowing to what extent the duty of the medical professional can interfere with the patient's right to decide which attitude to adopt regarding the practice or not of therapeutic treatment. The present study aims to verify the existence or not of the concreteness regarding the right to life, encompassing legal and cultural issues, together with the issue of the relationship with the criminal area, and the effects intended for society arising from such theme.

KEYWORDS: Therapeutic refusal; Autonomy; Bioethics; Medical law; Medical liability.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: calpeleteirocerqueira@gmail.com

² Pós-Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós- Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com

SUMÁRIO : 1 INTRODUÇÃO; 2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A ASCENSÃO DA AUTONOMIA; 2.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE; 2.2 A ASCENSÃO DA AUTONOMIA; 2.3 A CAPACIDADE CIVIL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ; 2.4 O ADVENTO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2232/19; 3 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL: O DIREITO DE RECUSA; 3.1 O ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL; 3.2 O DIREITO À VIDA E O SEU ABSOLUTISMO; 4 O ARTIGO 146, §3º, I, DO CÓDIGO PENAL; 4.1 AS INTERPRETAÇÕES DO ARTIGO 146, §3º, I ; 5 A CONFORMAÇÃO HARMÔNICA ENTRE OS DISPOSITIVOS EM PROL DO DIREITO DE RECUSA; 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Perante o direito de recusa a tratamento médico, previsto pelo código civil de 2002, o indivíduo tem, em hipótese, o poder jurídico de consentir ou rejeitar tratamento terapêutico. Entretanto, a partir de uma hermenêutica aplicada nesse mesmo artigo, diversas interpretações foram aderidas, implicando em uma insegurança jurídica para com a sociedade, tanto para o paciente, como para o profissional médico. Tal circunstância foi originada em decorrência de um ato falho do legislador ao não dispor com clareza no texto aquilo que lhe era almejado.

A ambiguidade portada no dispositivo legal reduz-se ao risco de vida presente na situação a qual há uma exteriorização de vontade ou não acerca da realização do tratamento médico. Na tentativa de uma interpretação correta, tem-se duas vertentes a serem seguidas, já que o risco de vida mencionado pelo legislador não é descrito especificando o caso em que este deverá constar. Assim, é de difícil interpretação se quem deve possuir o risco de morte é o paciente naquele exato momento ou se será o tratamento que venha a trazer tal ameaça.

Os aspectos necessários para o efetivo exercício do direito de recusa são diversos, e serão estudados nesta pesquisa, uma vez que cada situação deve ser analisada de acordo com a sua especificidade, visto ser necessário alguns requisitos para que a manifestação de vontade por parte do paciente seja validada. A partir deste contexto, significa afirmar que em alguns casos será possível a execução do direito e em outros não? Tais questionamentos obterão maiores certezas ao longo da pesquisa presente.

O artigo almeja uma análise, juntamente com constatações, ao longo da escrita, oriunda dos efeitos ocasionados pelo tema, tanto no âmbito jurídico como no social. O estudo a seguir versa sobre a eficácia da expressão de vontade advinda do paciente, quando este sujeito necessita explanar o seu desejo ou não em realizar certo tratamento de natureza médica.

Além do mais, quando adentra-se no campo médico, quais são as responsabilidades detidas pelo profissional, e quais seriam as consequências ocasionadas por quaisquer hipótese relacionada com o desrespeito ou cumprimento do direito de recusa? Estas indagações embasam

a pesquisa seguinte, sendo desvendados mediante um estudo analítico das situações circunscritas a esse tema.

2 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A ASCENSÃO DA AUTONOMIA

O grande enfoque por trás do estudo do direito de recusa a tratamento médico, advindo do paciente e do dever do médico, está no estudo da relação vigente entre ambas as partes. A base desse vínculo constituiu-se através do paternalismo, no período hipocrático, onde, através deste seguimento, o médico, na visão da sociedade, era considerado uma figura paterna, visto a conformidade com o sentido morfológico da palavra, ou seja, um indivíduo à quem devia-se obediência e confiança.

2.1. O PROFISSIONAL MÉDICO E O MODELO PATERNALISTA

O esclarecimento da ideologia trazida pelo modelo paternalista é imprescindível, pois é através de tal clareza, que se torna possível a criação de um liame com a ascensão do princípio da autonomia. Destarte, o paternalismo possui, em sua composição, ideais nos quais é reluzente a permissão de quaisquer conduta, até mesma arbitrária, advinda do profissional de saúde em questão.

O cenário desse modelo na medicina implicava no fato de que qualquer decisão proferida pelo médico era tomada como verdade absoluta, não podendo o paciente exercer sua autonomia de vontade, caso esta fosse de encontro com a indicação profissional. A liberdade só pertencia a um lado da relação, visto que somente aquele habilitado a exercer a medicina poderia determinar o procedimento o qual seria adotado, em face do domínio técnico e saberes maiores científicos. (ALMEIDA; 2010, p.180)

Ainda ao versar sobre o paternalismo, este era desvencilhado em uma composição de três graus de intensidade. O primeiro grau era denominado de fraco, onde as ações advindas do médico e do Estado não infringiam a autonomia do sujeito. O segundo grau era chamado de forte, e ainda dividia-se em dois níveis, o fraco e forte. (BEIER, 2010, p. 247)

O contexto ideológico desse segundo grau embasava-se na violação do princípio da autonomia, onde não havia respeito algum para com este. Quanto às suas subdivisões, a fraca fundava-se em ocorrências passíveis de serem justificadas com a moral. Já no grau forte, as atitudes tomadas não se faziam justificáveis mediante a moral, dado que possuíam a finalidade de gerar o benefício a uma pessoa.

No paternalismo mais severo não era aceito qualquer recusa ou desejo do paciente quando entendia-se que tais escolhas seriam prejudiciais para a saúde daquele indivíduo. Adianta-se uma possível interpretação de que o desejo do paciente era suprimido em razão de uma concepção do Estado junto ao médico, a qual almejava a proteção da saúde sob qualquer hipótese, correspondendo ao princípio da beneficência, um dos princípios da bioética, o qual será destrinchado no decorrer da escrita. (WANSSA; 2011, p.114)

2.2 A ASCENSÃO DA AUTONOMIA

Preliminarmente, perfaz-se cabível uma definição jurídica do que seja autonomia da vontade, por isso, retrata-se esta através do seu significado, no sentido morfológico, no qual concerne como sendo o direito pertencente ao sujeito humano de gerir-se segundo suas leis particulares, ou seja, a autonomia privada implica basicamente na vontade própria do indivíduo em realizar aquilo que lhe convém, de acordo com suas ideologias. O ato de respeito ao ser com autonomia, indica o acatamento da diversificação social, cada indivíduo é um ser detentor de suas peculiaridades, da suas decisões. (FORTES,2019)

Na época hipocrática, onde o paternalismo prevalecia, não havia o exercício desse direito, uma vez que achava-se que o paciente não sabia o que era melhor para si, não lhe sendo cabido quaisquer decisão acerca da sua saúde e vida. O médico entendia ser necessário sempre a prática do bem para com o outro, autônomo de se tratar de uma vida alheia, onde o “bem” se faz ser subjetivo, este profissional sempre interveria em face da sua obrigação profissional e para com o Estado, independentemente de qualquer vontade individual do paciente. (WANSSA, 2011, p. 107)

Gradativamente, a medicina foi se desvencilhando de uma ética clássica, afastando de si, conseqüentemente, o seu paternalismo. Por conseguinte, a relação médico-paciente foi se modificando e, aos poucos, ambos os polos obtiveram uma maior participação adentro deste vínculo.

Contudo, apesar de uma crescente equiparação entre ambas as partes dessa relação, é certo afirmar a impossível existência de uma eventual simetria entre estas. Este fato emerge tendo como causa um desequilíbrio entre o conhecimento detido pelos dois indivíduos e pela presença da vulnerabilidade de um deles, tanto pela falta de conhecimento específico pelo paciente, tanto pela envolvimento do futuro da saúde deste, e, conseqüentemente, da sua vida. O médico detém total conhecimento sobre aquilo que versa, já o paciente, este se faz hipossuficiente técnico no vínculo, salvo se este for também um profissional médico, ou seja,

esta desigualdade origina uma vulnerabilidade ao paciente, criando um sentimento para este ainda mais de fragilidade perante tal situação.

Foi a partir de uma conversão de valores que os preceitos médicos do mundo contemporâneo foram se ajustando a cada realidade concreta, sendo as decisões tomadas em conjunto, almejando sempre honrar o princípio da beneficência, princípio este que se faz componente da bioética, ou seja, visa sempre o exercício do benefício para outrem. (VILLAFRANCA, 2013)

Ao tratar do princípio em vista, a bioética, nesse sentido, tem um modelo de análise principialista, trazido através da publicação do livro dos autores Beauchamp e Childress³, em 1979. Na obra mencionada explana-se a sequência de quatro princípios que guiam os casos de problemas éticos até uma solução ponderada. São eles: o princípio da não maleficência; da beneficência; da autonomia e da justiça.

Citado o princípio da beneficência, perfaz-se condicionante uma explicitação do que este venha a ser, visto o seu caráter de importância na aplicação da medicina ou em qualquer realidade abordadora do direito médico e da bioética. Portanto, o princípio da beneficência surgiu na época hipocrática, período este, como já foi explanado, onde se prevalecia o modelo médico paternalista.

A concepção de se originar o prezar pela beneficência no campo médico intui a prática sempre o bem para com os indivíduos. O dever de não ocasionar danos a outrem foi tido como a líder dentre as normas ética na conduta médica, ocasionando no princípio da não-maleficência. (WANSSA, 2011, p.112)

Defronte à essa conceituação, é perceptível o quão importante se faz a presença deste princípio na relação médico-paciente, uma vez que o profissional médico se torna obrigado a sempre ajudar. Na verdade, a beneficência se fixa como um modelo de atitude, o qual se sobrepõe a uma obrigação, já em outras circunstâncias, tem como limite as obrigações advindas da moralidade.

Imergidos nesta análise, Beauchamp e Childress creem que o princípio da beneficência incide no fato dos agentes adotarem ações de cunho positivo com a finalidade de beneficiar o próximo, não consistindo na abdicação de ser praticar um ato negativo ou prejudicial. (DEMASI, 2011, p. 113)

³ Tom L. Beauchamp e James F. Childress são autores do livro “Principles of Biomedical Ethics”, obra esta que atuou como um guia no campo da bioética mundial, em face da consagração da utilização dos princípios em meio aos problemas bioéticos. Atualmente, há a citação desses autores em todos os textos nos quais se têm a bioética como emblema.

Ao partir de tal alusão, entende-se que há uma hierarquia na cobrança do cumprimento de tais condutas éticas, em virtude que é mais imprescindível que não se pratique quaisquer malefício do que se efetue um benefício. Aceita-se a rigorosidade da não maleficência no sentido do ato de prosperar envolver ação considerada errada, no âmbito moral.

No entanto, ao partir de um olhar mais analítico, perceptível é uma prevalência de resquícios do paternalismo encubados na beneficência, pois a busca excessiva pelo ajudar, por praticar o bem, acaba somente conciliando com os ideais do médico, suprimindo, muitas vezes, a oitiva do paciente. O conceito de bem que se trata o princípio é tido como um critério subjetivo, visto que, para o médico a atitude pela qual adota ocasiona numa extensão da vida do outrem, uma benfeitoria, porém não se sabe se aquela prática será o melhor para o paciente, na visão deste.

Ao desvencilhar da beneficência e adentrar no princípio da autonomia, o qual incide em uma grande relevância para o exercício do direito de recusa, como já retratado. Por isso, os autores Beauchamp e Childress detêm duas esferas ideológicas acerca deste princípio da bioética. O primeiro raciocínio implica na autonomia ser interpretada como um valor e, a partir desta visão, qualquer comportamento desfrutado de controle são designados como infrator dos valores morais.

Em vista disso, no contexto histórico da relação médico-paciente, é possível notar a ausência do princípio da autonomia da vontade, ao contrário do que se tem estipulado atualmente. O código de ética médica veio para alterar tal circunstância, visto que há a presença de termos estipulados em prol de um manejo na conduta dos profissionais, assim como prevê o dever do médico em buscar um melhor relacionamento com o paciente e garantir a sua autonomia de vontade.

Deste modo, a ascensão da autonomia implicou em uma nova era quanto à conduta médica, e renovou os princípios básicos da vida humana, nos quais consistem no da liberdade e, principalmente, o da dignidade, embasando assim, a essência do princípio da autonomia. (AGUIAR; MEIRELLES, 2018, p. 134)

Consequentemente, acerca deste relacionamento, há de se reconhecer a igualdade entre ambas as partes, devendo cada polo ter sua voz e zona em meio ao processo no qual estão vinculados. O médico, por sua vez, está habilitado a persuadir o paciente a aceitar, livremente, o recurso terapêutico indicado, já o oposto ocorre com a coação, a qual é terminantemente vedada.

No âmbito médico, a autonomia da vontade não representa a defesa da não independência do paciente, mas, sim, o endurecimento das relações possuídas pelos pacientes

e os trabalhistas da área da saúde. Assim, é dever do médico derribar a barreira erguida entre os protagonistas da relação médico-paciente, a fim de desconstituir a vulnerabilidade do paciente. Para isto, tem o compromisso de sempre informar e esclarecer, detalhadamente, cada passo do processo no qual estão acometidos.

No contexto da saúde, a explanação da alma do princípio da autonomia se dá por meio do consentimento informado, tendo como instrumento para tal atitude o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE). Salienta-se o fato deste documento ser revogável a qualquer tempo, tendo como respaldo a Portaria nº1.820 de 2009, em seu artigo 5º, o qual preza pelo respeito à liberdade do paciente, protegendo a sua vontade em revogar, sem que lhe seja imposta uma penalidade. (FORTES,2009)

A existência da probabilidade da autonomia em tal cenário, carece da ocorrência de duas circunstâncias: a capacidade de compreender e decidir, assim como o manejo voluntarioso decorrente do enfermo. É somente com essas duas condições, que será validado o consentimento informado declarado pelo paciente. (GOLDIM, 2006, p.47)

A primeira exigência, configurada pela capacidade de compreensão ou interpretação, cumpre-se na amplitude de ser conferido se há, de fato, o conhecimento amplo, por parte do paciente, de todos os possíveis efeitos, originados em virtude do tratamento terapêutico ou cirurgia, que são capaz de vir a lhe acometer. O paciente não pode ser apenas um receptor, o que implica nas informações de origens falsas e omitidas serem causadoras de falhas no raciocínio, prejudicando a sua decisão independente.

O grande questionamento, na retaguarda, traduz-se na possibilidade de haver um paciente o qual seja consciente relativamente às suas escolhas, em uma situação onde haja a ignorância circunstanciada ao enfermo, em razão do não conhecimento de informações privativas aos profissionais. O livre consentimento só considerado, nos temos legais, na falta de coações tanto físicas como morais. (SOARES; CAMARGO, p. 66, 2005)

Quanto ao segundo requisito, isto se dá na conjuntura de que a informação deve ser destinada de forma objetiva àquele em que se encontra na posição de destinatário da orientação médica, mas esta carecerá de minuciosidade, dependendo de um modelo subjetivo, requerendo, assim, uma aproximação de modo a esclarecer ao paciente de uma maneira informativa e adequada sobre o eventual futuro que esse venha a vivenciar após o tratamento.

A imprescindibilidade desses requisitos é consistente em face do escopo em analisar a procedência de um eventual consentimento informado advindo do paciente, com relação a algum tratamento que tenha lhe sido ofertado ou indicado pelo profissional médico. A finalidade logra com êxito, ao confirmar que não houve qualquer tipo de vício de ignorância no

ato de consentir a intervenção médica, ou seja, é necessário ratificar a ciência de todos os fatos aos quais o paciente será submetido, por este. (ALMEIDA, 2010, p. 165)

No tocante ao princípio da dignidade, este possui o intuito maior de conceder ao indivíduo o poder deste exprimir a sua vontade, sendo definido como valor superior da democracia, não há como se falar de dignidade, se qualquer valor moral for infringido, assim como o religioso. A partir da sua importância em um cenário democrático, no qual seja prezada a liberdade e a vida digna, pode-se entender o seu ligação com a autonomia privada, designando o poderio à qualquer ser humano em exteriorizar a sua liberdade.

A dignidade finda-se para muitos doutrinadores, como sendo uma extensão da concepção moral intrínseca à pessoa, expressando-se em uma independência, de forma consciente e, conseqüentemente, gerando uma responsabilidade sobre a própria vida. Dessarte, almeja o respeito advindo dos outros seres, os quais irão conviver em diversas espécies de relações. (MORAES, 2005, p.16)

Com tal destaque, pode-se assimilar o poder existente nessa relação entres esses dois princípios. A força da dignidade no meio social, ocasionou a iminente ascensão da autonomia, o que resultou em um destaque deste princípio frente à todas as relações, principalmente na relação médico-paciente. A autonomia, honra o seu conceito diante desse vínculo existente entre médico e paciente, visto que é concedido a este, o direito de reger qual conduta o médico deve adotar. (BELTRÃO, 2016, p.112)

Presentemente, no próprio código de ética médica⁴ atual, está previsto a vedação ao médico em desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre como devem ser executadas as práticas médicas, ou seja, como o médico deve ser permitido a agir. A única ressalva estipulada pelo código citado, se faz nos casos que houver o risco de vida, porém, na teoria, essa exceção, seguindo o código civil e os direitos inerentes ao paciente, não deveria ocorrer.

É vital que a autonomia seja balizada como uma obrigação de saúde, aplicada na própria vida. Diante disto, entendível é a afirmação de que não há qualquer vida humana, sem autonomia, pois o princípio liga-se ao estado de vida.

Contudo, a autonomia privada sofre um embate, meio ao conflito jurídico, entre dois códigos de suma importância para a segurança, esta em todos os seus sentidos, mas principalmente o social, ocasionado pelo jurídico. O código civil protege o princípio da

⁴ O código de ética médica do ano de 2019, prevê no seu artigo 24 do capítulo IV, a vedação do médico em deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

autonomia do paciente, em seu artigo 15, entretanto, o código penal protege, no âmbito da saúde, o médico a intervir aplicando um tratamento terapêutico adequado, sem o consentimento do paciente. Contudo, há um caso específico para que possa ser adotada tal ação, o qual incide na necessidade de se haver o risco iminente de morte.

Assim, é diante de tal contexto que se há uma antinomia jurídica, uma colisão de direitos fundamentais, onde o indivíduo mesmo possuindo o direito expresso o permitindo a se recusar de um eventual tratamento médico, pode tê-lo dissipado em detrimento do dever do profissional em agir. O direito de recusa se estende aos casos onde o risco de vida se faz presente, e, é justamente tal fato que autoriza a conduta médica desrespeitosa do direito em questão.

O vínculo entre paciente e médico deve ter como base procedimentos fundamentados na boa-fé, que satisfaçam direitos e deveres de ambos os polos da relação. O profissional deve obter, assim como é previsto pelo código de ética médica, o consentimento do paciente, informando este que está de acordo com o tratamento estipulado pelo médico. (BELTRÃO, 2016, p. 105)

Todavia, na realidade prática, o médico se vê induzido tanto pelo código penal, como pelo código de ética médica, e agora também a partir da resolução do CFM nº2232, a intervir, mesmo no caso do paciente não consentir, se este deter um risco de morte. Então, questiona-se a existência da possibilidade de se dizer que os casos de urgência/emergência afastam a autonomia do paciente.

Em meio à uma presença de insegurança jurídica, causada pela obscuridade advinda do ato legislativo constada nos dispositivos legais que versam a respeito do direito a recusa a tratamento médico, notou-se a necessidade de um ato legal que viesse clarear e guiar os personagens do cenário médico-paciente, com a visão de facilitar e assegurar quais são os procedimentos e atitudes adequadas e esperadas frente aos conflitos bioéticos.

É a partir desta indagação que se pode demonstrar uma nova concepção e entendimento trazido com a resolução nº 2232/2019 advinda do Conselho Federal de Medicina. Através desta, o contexto do direito de recusa terapêutica se consolidou em novos parâmetros, definindo em seus artigos as condutas auferidas como corretas, dentro do ambiente médico, porém, apesar de uma objetividade advinda da publicação da resolução, cumpre-se dizer que esta ainda não se faz competente para solucionar todos os conflitos bioéticos do direito de recusa terapêutica.

Uma grande ressalva consiste na explanação do fato jurídico da circunstância de que a resolução não possui força de lei, justamente, pelo fato de servir como uma instrução para adoção de condutas por parte dos profissionais médicos. Assim, ainda ao tratar-se de forma

genérica sobre a resolução, sem ainda iniciar os estudos a partir dos artigos relevantes para o tema, necessária se é a averiguação dos efeitos gerados por tal resolução.

Um dos efeitos produzidos por esta, em face do pouco tempo da data da sua publicação, foi a geração de muitas especulações e dúvidas acerca de debates sobre temas e casos específicos. Recentemente, por exemplo, o Ministério Público Federal contestou a autonomia delegada aos médicos a qual ia de encontro com o desejo das gestantes. A independência concedida aos profissionais implica na ocasião destes entenderem que a recusa de determinado tratamento terapêutico pela gestante, implicaria quaisquer risco ao feto. (RECOMENDAÇÃO DO MP n.º 44/2019)

Destarte, o Ministério Público contesta a amplitude da autonomia concedida, pois no caso de uma paciente grávida se recusar a, por exemplo, um parto de cesárea, e o médico, tendo como consideração o seu ponto de vista técnico, avalia ser imprescindível para a proteção da vida do bebê tal prática obstétrica, sendo este livre a intervir e realizar a cirurgia.

Ao apoiar-se em tal fato, o Ministério Público, ao interpretar que a partir dessa resolução, partos cesarianos e procedimentos não necessários poderão vir a torna-se frequentes, em face do favorecimento concedido através da deliberação proposta. (RECOMENDAÇÃO DO MP n.º 44/2019)

Alicerçado com o exemplo das gestantes, há de se tratar e indagar o ponto limite onde a vontade dos pais deve prevalecer o melhor interesse de uma criança. Tem-se como um exemplo forte de tal conflito os casos dos testemunhas de Jeová, visto que há inúmeras reincidências de situações onde os pais, em face da religião adotada, designa a recusa terapêutica destinada ao filho, seja este uma criança ou adolescente incapaz.

2.3 A CAPACIDADE CIVIL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Adentre esta colisão entre religião *versus* medicina, há o embate jurídico nos termos do direito à liberdade religiosa e o direito à vida, sobre qual deverá prevalecer perante às situações encontradas diariamente nos hospitais, e se o direito de recusa será validado pela autonomia religiosa.

Porém, diante deste contexto, indaga-se como se torna cabível, no caso das pessoas incapazes civilmente, a transferência e atribuição dessa responsabilidade em decidir a outrem, independente da condição de pais ou tutores, já que é uma circunstância onde esta envolve o futuro da vida de um sujeito de direitos, e, por tal causa, deve ser cuidadosamente analisada,

ainda mais advindo de uma conjuntura religiosa, onde não se sabe com exatidão, se aquela escolha doutrinária seria tomada pelo menor incapaz.

É nesta divergência de concepção que, como já relatado no texto, examina-se o requisito da capacidade do ser para a efetuação do consentimento informado, dado que somente desta maneira considera-se a pessoa apta à tomar decisões em situações que lhe envolvam.

Ao versar sobre a criança e o adolescente, o parâmetro seguido para a determinação da capacidade se perfaz na base etária estipulada pelo artigo 3º do código civil. Este dispositivo prevê que são absolutamente incapazes para a prática dos atos cíveis os menores de 16 anos, e os relativamente incapazes aqueles que possuem a faixa etária entre os 16 e 18 anos. (AGUIAR; BARBOZA, 2017, p. 20)

Nos termos da bioética, há uma proposição avinda da doutora e professora Mônica Aguiar para que exista uma consideração da capacidade com menor idade. Entende-se que, mesmo na atualidade, muitos profissionais médicos ainda possuem dificuldades em explicar aos seus pacientes, mesmo quando estes são capazes e estão em plenas condições mentais, as informações necessárias para a futura decisão destes quanto à intervenção médica almejada. Sendo assim, pode se considerar inatingível a comparação quando a informação for prestada para com um menor incapaz. (AGUIAR; BARBOZA, 2017, p.18)

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que criança é aquela pessoa com até 12 anos, já o adolescente é todo indivíduo possuidor de idade entre 12 a 18 anos. Assim, com o intuito de conceder poder às crianças e aos adolescentes no processo decisional no âmbito da saúde e da vida, Mônica Aguiar propôs a presunção absoluta de capacidade aos 12 anos, sendo denominada de capacidade bioética.

Requisitos podem, e devem, ser interpostos para a extração da vontade decisória do paciente, como já se é estipulado pelo ECA, onde sempre que for possível, em situações de adoção por exemplo, a criança e o adolescente devem ser ouvidos, onde tal oitiva deve ser realizada por uma equipe de profissionais específicos, a fim de estudar o nível de compreensão e progresso daquele menor. Assim, este procedimento pode ser equiparado nas situações de recusa terapêutica nas quais menores de idade estejam envolvidos, onde tal recusa seja oriunda do ato decisional dos pais. (AGUIAR; BARBOZA, 2017, p. 26)

As crianças muitas vezes são alvos de pesquisas no cenário da medicina, onde se tornam ainda mais vulneráveis, uma vez que os pais ou tutores, ao decidirem sobre o procedimento, fundam-se mais em parâmetros próprios do que no melhor interesse da criança. (ALBUQUERQUE; GARRAFA, 2016, p.456)

A escolha é um ponto subjetivo, a qual deve partir da livre vontade do sujeito, não cabendo repassar tal responsabilidade às pessoas que tomaram decisões religiosas próprias, como nos casos em que os testemunhas de Jeová estão abrangidos ou qualquer outro seguimento, seja cultural, pessoal ou influências externas, como de uma instituição

No momento em que se interpela ao outro a função decisória, ocasiona-se uma heteronomia, onde a autonomia se faz suprimida e a vontade do outro prevalece. Esta situação jurídica no meio da assistência à saúde correlacionada às crianças e aos adolescentes ainda são resquícios do paternalismo, dado que o profissional médico diante do contexto de recusa por parte do menor, custosamente aceita a recusa. (ALBUQUERQUE; GARRAFA, 2016, p. 456,457)

Nada consolida o fato de que uma criança, incapaz juridicamente, seguirá futuramente a mesma religião designada por sua família, ou os preceitos seguidos e instituídos por esta. Logo, o melhor interesse da criança se embasa na continuidade da sua vida, em qualquer circunstância, independente da vontade dos pais, o objetivo deve ser sempre a prática da melhor ação para o menor. E no caso deste possuir idade superior a doze anos, este deve ter o direito da criação de medidas jurídicas com o intuito de fortalecer a ideia da capacidade bioética adquirida com esta faixa etária, pois trata-se do futuro de uma vida.

A vontade dos pais ou outro responsável não está acima do direito à vida, mesmo este não sendo absoluto, há casos em que o estado de vida deve preponderar, e tais situações devem envolver a não decisão própria do indivíduo, mas sim quando for de um alheio, ou seja, o direito à vida pode ser interpretado relativamente quando a decisão de não possui-lo mais, for um desejo individual daquele sujeito. Porém, deve prevalecer a sua forma absoluta nas circunstâncias em que a vontade for de uma parte alheia, externa a aquele ser necessitado de uma intervenção terapêutica.

Importante a descrição do fato de que o indivíduo testemunha de Jeová não é defensor do direito de morrer, visto que os seguidores dessa religião encaram a vida como uma dádiva, onde esta carece de cuidados, inclusive médicos.

2.4 O ADVENTO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2232/19

Como consta alhures, a resolução do Conselho Federal de Medicina nº2232/2019 foi constituída baseando-se, justamente, nos casos do direito de recusa a tratamento médico, juntamente com o fortalecimento dos direitos e deveres do profissional médico e do paciente.

A resolução, sendo um ato administrativo normativo, intui a produção de efeitos na seara dos procedimentos médicos, facilitando a tomada de decisão de ambas as partes do vínculo profissional, consistindo-se em uma formulação de normas deontológicas.

Em seu artigo 2º, a resolução dispõe que aquele paciente que for maior de idade, detentor de capacidade e lucidez, for orientado e consciente em plena decisão terá assegurado o seu direito de recusa a tratamento terapêutico. Neste caso, para que o direito, em tema, seja exercido, os requisitos mencionado devem ser respeitados e correspondidos com cada indivíduo. (RESOLUÇÃO Nº 2232, 2019).

Para o médico, a resolução o beneficia, no seu artigo 7º, quando deparado com uma situação de recusa, pois este poderá se abster do atendimento, exercendo o seu direito de objeção de consciência. Tal previsão também se faz positivada no código de ética médica, o qual diz que o profissional médico não é obrigado à qualquer conduta diversa da sua vontade, mesmo sendo essa permitida por lei. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2019)

A resolução é bem clara quanto às exceções na aceitação da recusa terapêutica, onde discrimina que apenas nos casos de abuso de direito, onde a recusa do tratamento prejudique terceiros, assim como no caso da recusa de tratamento destinado à uma doença a qual possua natureza de transmissibilidade a outrem, ou qualquer outra circunstância que venha a expor a população a qualquer risco. (RESOLUÇÃO nº2232, 2019)

Contudo, tal ato normativo trouxe um fortalecimento aos casos onde há o risco de vida junto à uma recusa terapêutica, pois a resolução diz que em situações onde haja urgência e emergência e tal contexto ocasione um iminente risco de vida, o médico está autorizado a seguir todos os procedimentos e medidas fundamentais, a fim de conservar a vida do paciente, mesmo havendo a recusa terapêutica.

O Conselho Federal de Medicina justifica a formulação da resolução fundamentando-se no argumento de estar elevando o paciente à condição de polo protagonista na sua relação frente ao médico, onde se é prezado o respeito para com ambas as partes. O consentimento informado, dito pelo Conselho, finda-se na busca pela segurança destinada ao paciente em este exercer a sua autonomia, por direito, e respeito à sua dignidade. (RESOLUÇÃO Nº2232, 2019)

O agravo da situação está implícito nesta condição ainda prevista na resolução, a qual enseja no fato de que mesmo havendo a recusa ao tratamento de forma livre, o paciente se condiciona à uma situação de subordinado diante do dever do médico em intervir. Destarte, havendo o risco de vida, independente do exercício ou não da autonomia do indivíduo em decidir, o médico intervirá, o que implica para muitos doutrinadores e especialistas, como um ato de violência e desrespeito, baseado, ainda, no modelo paternalista.

O viés da crítica destinada à resolução incide na falsa ideia de uma regulamentação maior do direito de recusa oriunda desta. O texto resolutivo busca cortar a proteção da recusa, dado que na verdade visa a tutela da intervenção, ou seja, almeja, implicitamente, dissimular a violação da autonomia do paciente, nos casos de risco de vida.

A resolução busca padronizar e consolidar o entendimento de que a vida natural do ser, em sua natureza biológica, detém uma maior significação e importância perante à vida biográfica. E ao tomar essa atitude, o Conselho Federal de Medicina implica em um polimento do direito de recusa, o acomodando perante à postura do médico em intervir, dado que a resolução atua como uma limitadora da aplicação e exercício da recusa.

É clara a transgressão da autonomia da vontade, juntamente com a dignidade da pessoa humana, no artigo 11^o 5 da resolução citada, quando este prevê a permissão da adoção de todas as possíveis e necessárias medidas, visando a preservação da vida do paciente, independentemente da existência da manifestação em prol da recusa oriunda do paciente. A resolução assume um papel inverso à solidificação e regulamentação do direito recusa, visto que protagoniza um papel de essência, ainda, paternalista, onde a vida prevalece sobre os demais direitos e o seu mantimento é o seu único dever.

A presença incisiva do risco de morte ainda continua perpetuando a intervenção médica arbitrária, onde mesmo havendo o pronunciamento quanto à recusa pelo paciente, o médico está tutelado na adoção de qualquer atitude a qual objetive o salvamento do bem da vida. O conselho de medicina, assim, confirma e dissemina a ideologia de que a dignidade da pessoa humana se faz limitada quando de encontro com a incidência do risco de vida, mantendo uma conduta paternalista e abusiva frente aos direitos do paciente, como ser. (DADALTO, 2019)

É por tal situação e conflito bioético, que a incógnita a ser interpretada e aprofundada, se dá no requisito da presença ou não do risco de vida, e quais são os efeitos produzidos por tal requisito a partir da sua existência, a fim de se delimitar, dentro dos parâmetros éticos e legais, qual a conduta indicada para todos os tipos de situações.

Para tal entendimento, se faz necessário um estudo sobre as respectivas interpretações concordadas por especialistas e doutrinadores da área, hermeneuticamente tratando, relativamente ao artigo 15 do código civil, dispositivo este que se faz o tutor do direito de recusa, como já sabido.

⁵ O artigo 11 da Resolução nº2232 de 2019 prevê os seguintes termos, que aludem a violação do direito de recusa e da autonomia: “Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica”.

3 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 15 DO CC: O DIREITO DE RECUSA

Primordialmente, o código civil de 2002, traz em seus primeiros artigos, os direitos básicos inerentes ao ser humano. No seu capítulo II, este incide em expor os direitos da personalidade positivados. Mas, diante de tal contexto, qual seria o sentido do direito de recusa incluir-se nesta seção, visto que o mesmo faz parte deste igual capítulo?

Primeiramente, na tentativa de se buscar um resultado que abranja esta conduta legislativa, cabe ressaltar a importância e o real significado da porção cabível aos direitos da personalidade, e a sua diferença quanto aos direitos humanos. Cabe salientar o fato de que os direitos humanos está protegendo o sujeito do Estado, enquanto os direitos da personalidade abarcam o sujeito pertencente às relações particulares.

A partir deste cenário, alguns doutrinadores, designavam os direitos da personalidade como sendo os próprios direitos alusivos ao homem, só por possuírem a condição de serem humanos, já se tornavam pessoas de direitos. A grande ressalva é que esses direitos são considerados direitos de natureza privada, ao contrário dos direitos humanos, os quais são tidos como direito público.

O direito de personalidade defende, assim como outros temas, o direito sobre o próprio corpo. A autonomia da vontade, a qual hoje é denominada de autonomia privada, coincide com o teor da ideologia por de trás do princípio da liberdade e do direito da personalidade. (ALMEIDA, 2010 p. 168)

Ao se tratar da vontade do indivíduo com relação à atitude a qual deverá ser tomada com o próprio corpo, nada mais exemplificativo do que o direito de recusa a tratamento médico, para exemplificar a aplicação desse direito pertencente ao ser.

3.1 O ARTIGO 15 DO CÓDIGO CIVIL

O direito de recusa a tratamento médico, está previsto no artigo 15 do código civil, dispositivo este o qual protege a autonomia do paciente em designar qual ação o profissional médico deve aderir. Porém há uma ressalva quanto à presença do risco de vida, visto que se faz necessário a presença deste requisito, para que se faça valer o texto positivado no artigo.

Todavia, há distintas visões quando se trata das interpretações oriundas do artigo 15/CC, pois uma corrente entende que o risco de vida, presente no texto legal, refere-se ao estado pelo qual o paciente se encontra. E no tocante à outra linha de análise, esta afirma que o risco de

vida é aderente ao tratamento que poderá vir a ocorrer, ou seja, é o tratamento terapêutico ou a cirurgia que poderão ocasionar o risco de morte.

Ambos os entendimentos são resultados de uma má realização da comissão do legislador, tendo em vista que, pela escrita, não se é alcançada uma percepção clara da norma, sucedendo eventuais lacunas, como se perfaz o caso em debate.

Salienta-se, entretanto, a circunstância de que a compreensão adotada pela doutrina majoritária é a do risco de vida atribuído pelo procedimento médico ou cirúrgico, não necessitando o paciente estar com a sua vida em perigo.

Nota-se que havendo o perigo de morte, o princípio da autonomia é totalmente desprezado, a vontade do sujeito em não receber determinado tratamento não é prevalecida, mesmo havendo a previsão no código civil de 2002. Esta contradição é causadora de uma insegurança jurídica aos pacientes, já que o médico, tendo o dever de seguir o código de ética, e também a nova resolução, sofre uma imposição de agir, mesmo não possuindo o consentimento do sujeito paciente. (MACEDO, 2018)

Segundo Genival Veloso de França (2009, p.37),

A verdade é que o médico vem se estruturando dentro de certas situações difíceis, onde os princípios mais tradicionais nem sempre lhe asseguram a certeza de uma correta tomada de posição. Vão se estruturando de acordo com uma necessidade que está em franca evolução.

Sendo assim, o direito de recusa do paciente é relativizado, só podendo este existir no caso de estar no usufruto da sua sanidade mental e, não havendo o iminente perigo de vida. Caso contrário à estas condições, o médico agirá, de forma compulsória, em exercício normal de direito, existindo a pena, na situação de descumprimento pelo profissional, de responsabilidade civil e penal, como o crime de omissão de socorro, positivado no artigo 135, CP. Assim, não será o médico enquadrado no crime de constrangimento ilegal (artigo 146, §3º, I, CP), no caso de ser cumprido por este, os escopos previstos em lei.

No entanto, segundo o Enunciado nº 533, da VI Jornada de Direito Civil, do CJF, o paciente, quando capaz, poderá tratar sobre todos os pontos pertencentes ao tratamento médico que lhe possa gerar risco de vida, independentemente deste ser mediato ou imediato, ressalvados os casos de emergência ou em meio a procedimentos cirúrgicos onde não há chances de serem suspensos. (DADALTO; CAMARGO, 2017, p.165)

A perspectiva pretendida na iminente pesquisa não consiste em explorar os casos médicos de emergência, visto que em tais realidades, muitas vezes, não é possível a obtenção do consentimento da vítima de um acidente ou de um ataque cardíaco, por exemplo. Nestes

casos, é adotada a fundamentação embasada no princípio da beneficência, aderindo, o médico, a sua postura, ou melhor, ao seu dever de proteção para com o enfermo.

O caráter emergencial introduz a noção de se ter, implicitamente, o consentimento presumido, imagina-se, assim, que o indivíduo quando detinha a sua autonomia e era capaz, aprovaria a intervenção em favor da sua vida. Nestes casos, o ato médico de intervir será legitimado mediante a impossibilidade de recusa e a extrema necessidade, e não a sua permissão em si. (FRANÇA, 1195, p. 106)

A aspiração aqui presente é acerca dos casos em que o paciente, detentor de uma enfermidade, onde se faz conhecedor de todas as possíveis alternativas de um tratamento terapêutico, sendo informado também a respeito de todos os seus possíveis efeitos, decide, de forma livre, independente, por ser capaz, e consciente, recusar o tratamento, exercendo a sua autonomia.

3.2 O DIREITO À VIDA JUNTO À UMA INTERPRETAÇÃO ABSOLUTA

Diante dessa insegurança jurídica, onde os direitos são colididos a qualquer tempo, cabe o questionamento quanto ao Direito à vida ser absoluto ou não, pois até que ponto o valor da vida está acima de qualquer hipótese? Até onde o sofrimento é necessário para se continuar vivo? A Constituição Federal de 1988 protege, assim como o direito à vida, o direito à vida digna.

O direito à vida não está em confronto com a privacidade e a liberdade, já que esses direitos devem ser analisados e interpretados como um conjunto. O direito à vida é destinado à sociedade e ao Estado, somente sendo intangível aos terceiros. (CONSALTER; JAREMCZUK, 2010, p. 42)

O bem jurídico da vida é recepcionado pela constituição em seu artigo 5º, no seu caput, e protegido por esta como um dos direitos fundamentais, entretanto, é cabível e necessária a análise de que este direito detém uma natureza imprescindível sobre a existência dos demais. O sujeito que possui uma vida e tem o direito em tê-la, origina a eventualidade de surgirem mais direitos individuais e coletivos, a partir, justamente, do estado de vida portado por este. O direito, de forma geral, somente existe em decorrência da aparição da vida humana no mundo. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Não são os batimentos cardíacos ou a respiração que servirão como indicativos de vida. A vida vai muito mais além do que o funcionamento de órgãos vitais, essa anda conjunta com a dignidade, com a autonomia, e longe do sofrimento físico, e mental. É claro que cada realidade

é única, porém, não cabe ao Estado decidir como a pessoa deve proceder com um bem que pertence à ela mesmo. Nem toda recusa ocasionará uma morte, mas mesmo que venha a ocorrer, a recusa permanece sendo um direito, tendo este a virtude e necessidade em ser respeitado.

Tais argumentos não servem como fundamento para justificar a total disponibilidade da vida pelo indivíduo sob quaisquer circunstância, mas o direito não deve ser considerado absoluto, pois o público alvo ao qual é designado são seres humanos, suscetíveis à mudanças e passíveis de autonomia.

Ao indagar a disponibilidade da vida, o parecer adentrado neste quesito é fundado em panoramas onde o paternalismo ainda predomina no Estado, estes são estendidos aos cidadãos, dado que constituem uma proteção autoritária da vida, sendo inobservado quaisquer aspecto acerca da sua personalidade. O prisma religioso, embora haja a laicidade do Estado, até este momento, influencia o comportamento estatal e social.

A procura pela proteção da vida é baseada, na maiorias das vezes, na alegação da teoria do ser, pois a eleva a um patamar de incontestabilidade, onde se faz intocável pelo homem. Ainda há a premissa de que a dignidade consiste em ser um princípio, já a vida se reluz em um bem jurídica, altamente tutelado pelo Estado e pela sociedade. (AGUIAR; MEIRELLES, 2018, p.139)

É cabível a ressalva de que em meio a sociedade encontrada no contexto atual, se é perceptível o quão distante esta se faz daqueles conceitos onde o indivíduo se perfazia em ser uma propriedade Estatal, se resumia em um bem. E, assim, sendo entendido pertencente ao Estado, era este quem deveria preservar ou salvar a vida dos sujeitos, mesmo que fossem contra o desejo destes.

O homem era, e continua sendo, influído à acreditar que a sua existência é um dom, é absorvido e disseminado como o dom da vida, o milagre em estar vivo, é a oportunidade dada por Deus. Longe de se findar críticas à qualquer religião, mas é salientável que tais concepções quando relacionadas com a autonomia da vontade, com a disposição da vida, facilitam um eventual julgamento da sociedade para com aqueles que decidem “parar de viver”, pois estão renegando a um milagre, estão indo de encontro com as pregações divinas, visto que a vida não pertence ao sujeito humano, mas sim a Deus ou outra divindade, a depender da religião.

Segundo Leonidas Hegenberg (1998, p.2),

Os registros históricos atestam que a "arte de curar" não foi praticada sem que, paralelamente, deixasse de se apresentar o desejo de fundamentá-la e legitimá-la. O médico, obrigado a decidir e a agir, sente necessidade de justificar suas opções - se não para o paciente, pelo

menos para si mesmo. Esse desejo de justificativas é fulcro de preocupações teóricas.

Além do mais, ressalta-se que, através da época hipocrática, foi-se instaurado, também por referência religiosa, a concepção da doença como um castigo divino. Logo, a sociedade entendia que se um determinado indivíduo possuísse uma doença, era porque este merecia, sendo essa uma pena em detrimentos dos pecados cometidos por esse sujeito.

O entendimento baseava-se na ideologia de que qualquer epidemia que ocorresse, por exemplo, era considerada uma reação divina para com o pecado constituído pelo conjunto de fiéis, na Idade Média, fato este constado na própria bíblia, no antigo testamento, onde trata-se de uma propagação de uma enfermidade em busca de uma futura purificação daquela sociedade. (BASTOS, 1997, p.12)

Por esse turno, a figura do médico, neste período, era a de um sacerdote, onde tinha sua missão de “cura” fundada na religião e moralidade, características estas mais preponderantes do que até mesmo responsabilidade judiciária. A sua função era de maior proporção e importância perante à figura divina e à sociedade, não à justiça. (FERREIRA, 2005)

A indisponibilidade da vida foi originada a partir desse preceito, o de que a vida a Deus pertence, e assim, o ser humano não tem o direito de decidir quais designações adotará para com essa. Até mesmo os médicos, na idade médica, mesmo não detendo muitos conhecimentos a respeito do corpo humano, em face da inacessibilidade a estudos mais embasados, preferiam tomar uma atitude com o fim de salvar o paciente, e mostrar tal ação com o fulcro religioso. E é em detrimento de tais convicções que o suicídio é imensamente condenado pela coletividade, justamente por ferir todo o doutrinamento religioso seguido pela maioria desta

Apesar da citação do suicídio, este se difere no âmbito do direito de recusa a um tratamento, uma vez que o primeiro muitas vezes é ocasionado por doenças psicológicas ou momentos emocionais negativos. Já o segundo, como já foi contextualizado e explanado, ocorre em situações onde o indivíduo, possuidor de uma enfermidade, sem deter um risco de vida iminente, opta por não receber um tratamento terapêutico, a fim de não prolongar o sofrimento existente.

Segundo Stuart Mill (2000, p.116):

A única parte da conduta de cada um pela qual se é responsável ante a sociedade é a que se refere aos demais. Na parte que concerne meramente a ele, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

Assim, logra perceber, na questão social, a existência de correntes onde o indivíduo é independente, detentor do seu próprio corpo e a ele são cabíveis os desígnios a respeito dos seus almejos para com si próprio. Já quanto à corrente conservadora, o sujeito deve conhecer o fato de que a vida não pertence a este, ele somente tem o direito de vive-la, seguindo a previsão constitucional.

4 O ARTIGO 146, §3º, I DO CÓDIGO PENAL

Ao inserir o direito penal neste conflito jurídico, tem como destaque o texto legal positivado em seu código⁶, o qual prescreve o crime de Constrangimento Ilegal, previsto no artigo 146. O crime de constrangimento ilegal incide na situação de um indivíduo, forçar alguém a praticar qualquer ato, constrangendo-o por meio de uma violência ou grave ameaça, ou impedir, de qualquer outra forma, que este outrem seja capaz de resistir a não praticar o que a lei lhe permite. (CÓDIGO PENAL, 1940)

Esse texto legal está previsto no caput do artigo 146 do código penal, mas o que se faz relevante ao tema exposto por este artigo é a exceção disposta no §3º, no inciso I, a qual exclui de tal ilícito penal a ação do médico que decide intervir com tratamento terapêutico ou cirurgia no paciente, detentor de um iminente risco de vida, mesmo sem o consentimento deste. E, para uma melhor hermenêutica, advém ser preciso uma minúcia do objetivo trazido por tal dispositivo no geral.

Tendo em vista uma concepção mais ampla do que visa o artigo, este tem como bem jurídico protegido, justamente, a liberdade individual, o que coincide com a imersão do tema proposto, em face deste exalar a busca pela autonomia do indivíduo. A tutela a qual destina-se o texto legal, garante liberdade ao sujeito no ato de fazer ou não aquilo que este desejar, sempre balizado pela lei. Assim, o indivíduo, sendo um ser livre, é autorizado a praticar o que a lei lhe permite, não sendo obrigado a praticar o que não é previsto em quaisquer legislação. (BITENCOURT, 2015)

4.1 AS INTERPRETAÇÕES ADVINDAS DO ARTIGO 146, §3º, I DO CP

⁶ O código penal brasileiro foi fundado no ano de 1940, correlacionado com o tema, este versa sobre dois crimes pelos quais o profissional médico pode responder. O crime de Omissão de Socorro e o de Constrangimento Ilegal. Porém, no mesmo artigo que se faz previsto o crime de constrangimento, há a presença das excludentes deste ato ilícito, nas quais uma, configurada no inciso I do §3º, permite o médico agir quanto à presença do risco de vida.

O entendimento, a partir do exposto, é que a liberdade discriminada e protegida é a originada do psíquico, a qual incide numa livre escolha por parte do ser. Assim como, tutela-se a física, onde o sujeito de direitos tem-lhe concedido a aquiescência de ir e vir.

No ato tipificado como constrangimento ilegal, o que se considera-se violado é a livre autonomia de movimentar-se, do querer e do agir ou não, a depender da vontade do indivíduo e da disponibilidade legal. Entende-se que tal infração penal, funda-se mediante uma generalidade, visto que circunscreve todas as ações que ferem à livre escolha, a qual não possua uma lei específica.

Diante destes fatos, percebe-se a delimitação do que venha a ser o crime de Constrangimento Ilegal. Porém, ao correlacionar tal ato típico com a temática desenvolvida através desta pesquisa, faz-se imprescindível a explanação das exclusões de tipicidade, visto que é justamente nelas que se positiva a permissão da intervenção terapêutica ou cirúrgica por parte do médico, nos casos de risco de morte.

O dispositivo legal expõe a concessão de autonomia dada ao médico para a introdução dos métodos medicinais, o que, de certa maneira, contraria o disposto no artigo 15 do código civil, já que se está positivado o direito de recusa, concedendo o livre exercício da autonomia do sujeito humano para manifestar a sua vontade.

Contudo, o detalhe interposto pelo primeiro caso de exclusão da tipicidade, descrito pelo §3º, I, do artigo mencionado do CP, e interpretados por alguns doutrinadores, circunscreve o fato de que compõe o dever do médico, em seu exercício regular de direito, a intervenção. Porém, para adotar quaisquer tipo de ação, deve ser frisada a indispensabilidade do sentido morfológico prestado pela frase “sem consentimento” por parte do paciente. (BITENCOURT, 2015)

No sintetizar, ressalta-se que o médico somente está introduzido na situação excludente, nos casos em que não existir um consentimento, ou seja, na falta deste, entendível é que o paciente não expressou a sua vontade quanto à recusa terapêutica ou não, devendo o profissional médico tomar as atitudes adequadas em prol de satisfazer o salvamento da vida.

É, justamente, o iminente risco de vida ou não que irá guiar futuro comportamento do profissional da saúde, assim como nos casos de suicídios. Somente com a justificativa da presença do risco de vida adicionado com a inexistência do consentimento informado, que irá constituir a causa excludente de ilicitude.

Havendo a recusa do tratamento, mediante o consentimento informado, pelo paciente, entende-se que não há de se falar em excludente, pois tal comissão implica na não correspondência ao que está previsto no artigo. Logo, se o dispositivo prevê que a excludente

positivada no código penal deve ser nas situações onde não há o consentimento, quando este existe, se faz contrário ao texto legal, ou seja, não se enquadrará como uma exclusão atípica.

O médico ao agir de forma oposta ao que foi delimitado pelo paciente, atua, praticamente, com violência, já que suprime o direito à autonomia e dignidade da pessoa humana, juntamente à sua liberdade psíquica de escolha e pensamento.

É mediante a manifestação da recusa terapêutica que implica na temática debatida, ou seja, não havendo o consentimento, o médico está tutelado pela excludente típica, já que faz jus à exposição do dispositivo legal, porém, na ocorrência da negação ao tratamento, incidirá todas as implicações presente no debate e na interpretação jurídica, a qual abrange a possibilidade de intervir ou não terapêuticamente, mesmo com a pronúncia contrária do paciente, como está previsto na resolução nº2232/19.

O destaque destina-se e fixa-se ao redor da efetiva presença do risco de vida ou a sua ausência. Ambas as previsões jurídicas, seja no código civil ou no código penal, ainda sendo moldado pela nova resolução do CFM, são completamente guiados por tal critério e requisito. A grande perspectiva do tema funda-se neste quesito.

Ao sair da realidade brasileira e versar acerca do direito comparado quanto as consequências criminais, no contexto do direito de recusa ao tratamento médico, junto ao consentimento informado, em Portugal, há como previsão expressa, no seu código penal, a responsabilidade penal do médico quanto às intervenções terapêutica ou cirúrgicas opostas à decisões promulgadas por seus pacientes, em situação de risco de vida.

O artigo 156 do código penal de Portugal prevê o tema sobre intervenções e tratamento médico-cirúrgicos arbitrários, onde positiva o crime de intervenção de tratamento arbitrário, o qual é discriminado como sendo aquele tratamento interposto pelo médico ao paciente, sem o consentimento deste. A prática de tal crime incide numa pena privativa de liberdade em até 3 anos. (CODÍGO PENAL DE PORTUGAL, 2007)

Outro texto legal, o artigo 157, no mesmo código, alude sobre o dever de esclarecimento por parte do profissional de saúde, afirmando que o consentimento dado pelo paciente somente é considerado eficaz, quando o mesmo tiver sido esclarecido da forma devida sobre o diagnóstico e as possíveis consequências advindas do tratamento terapêutico.

Porém, será atípica a conduta do médico no não esclarecimento, quando se verificar que a partir das informações fornecidas pelo médico, poderiam estas ocasionar em um risco de morte. Sendo somente desta forma, para a não consideração do crime. (CÓDIGO PENAL DE PORTUGAL, 2007)

Diante da explanação de um exemplo de direito comparado, notório é a omissão da legislação brasileira, em termos constitucionais e leis ordinárias, quanto à previsão clara a respeito do direito de recusa, sendo por tal obscuridade nas normas, a presença da insegurança jurídica e a falta de informações.

5 A CONFORMAÇÃO HARMÔNICA ENTRE OS DISPOSITIVOS EM PROL DO DIREITO DE RECUSA

O debate existente acerca do direito de recusa terapêutica visa, acima de todos os embates, conciliar os dispositivos, a fim de promover uma segurança jurídica social, destinando aos profissionais médicos e pacientes, assim como uma consistência na relação, onde possa haver nestas, condutas respeitadas para com os respectivos direitos de ambas as partes.

O necessário e visado para uma conformação entre os textos legais se dá através de uma política legislativa certa e clara, onde esta possa direcionar, dentro dos parâmetros bioéticos, as melhores condutas para uma harmonia entre as partes do vínculo médico-paciente.

A resolução CFM nº 2232 foi originada com esta intenção, já que o Conselho Federal de Medicina intui o estabelecimento desse padrão harmônico no cenário do direito médico junto à bioética, todavia, como alhures, ainda não é a responsável pelo estabelecimento de uma segurança jurídica na sua totalidade, visto que ainda prevê a possibilidade do médico intervir nos casos de risco de vida, apesar da expressa recusa terapêutica advinda do paciente. (RESOLUÇÃO CFM nº2232/2019)

Em face do Estado democrático instituído no Brasil, consistente até os dias atuais, a ideia do direito à vida categórico é contestada em face de singulares situações, a exemplo do direito a recusa terapêutica, onde há a elevação da autonomia do ser juntamente com o direito à dignidade humana. A convocação harmônica fundamenta pelo almejo do ato de promover a dignidade do ser.

A ideal busca de uma organização legal abrangente ao tema, perfaz-se em uma disposição prol o direito de recusa, já a existência deste, é consolidada e prevista, explicitamente, no artigo 15 do CC. A violação desse direito, quando o estado do paciente permite exercê-lo, caracteriza uma violência, é um tratamento arbitrário, movido pelo ímpeto médico de agir e salvar, afastando a chance do sujeito decidir. A violência consta-se na supressão do pleno exercício da autonomia, pois esta significa o apreço pela dignidade da pessoa humana.

Os dispositivos devem ser interpretados e reformulados na constância de se alterar a sua aplicação e entendimento, dado que, mesmo com o risco de vida, se o paciente declarou a sua vontade em não receber qualquer tratamento, esta deve ser considerada, é o seu direito. A reformulação deve levar em consideração os princípios constitucionais, já descritos na pesquisa, porém dada a ênfase no princípio da autonomia e dignidade. (RIBEIRO; 2006, p. 1750)

A realidade é concretizar, de fato, o acesso ao direito de recusa, através de um novo método legislativo, a fim de assegurá-lo sob qualquer hipótese, e não relativizá-lo, já que tal função fora tomada pelo artigo 146, nas suas excludentes, pois, como dito, o paciente, se não houver se manifestado sobre o que deseja, seja consentir ou recusar o tratamento, e detendo risco de vida, libertará o médico, legalmente, à intervir.

6 CONCLUSÃO

Perante toda a exposição temática, de forma a contextualizar uma medicina judicializada junto a um direito medicalizado, assim como a vida também está, no seu âmbito geral, sustenta-se a ideologia de que tal pesquisa finda-se em um assunto transdisciplinar, onde se é utópico imaginar a conciliação total de ambos os contextos profissionais e sociais, já que envolve duas esferas opostas, mas que se complementam através da abrangência legislativa, onde a lei tem como dever servir de guia balizador para a base de convivência societária.

Assim, como é positivado em lei, o direito de recusa é legal e o mesmo deve ser respeitado e cumprido, dentro dos parâmetros legais. Como já foi realizado, através da resolução CFM nº2232/19, mesmo não possuindo a força de uma lei, esta tem uma função de grande importância na esfera da relação médico-paciente, relação esta que, mesmo assimétrica, carece de uma segurança para ambos os polos.

Porém, mesmo com esta recente resolução, cabe ressaltar a incisiva omissão desta quanto à efetiva solução da permitida violação ao direito de recusa na presença do risco de vida do paciente. Nota-se, mediante a previsão dos artigos deontológicos, que o intuito ainda é imortalizar o homem, mesmo em condições indignas, mesmo indo contra vontade do indivíduo, mesmo indo de encontro a um direito previsto. Assim, o direito de recusa, mediante esta premissa, continua sendo abafado e diminuído perante a busca excessiva pelo enraizamento do bem jurídico da vida, acima de tudo.

O aspecto a ser entendido através da pesquisa consiste na ideia de que no momento em que o paciente rejeita um determinado procedimento médico, esta atitude não configura uma

recusa à sua vida. A sua decisão se baseia em um direito possuído por qualquer cidadão, sujeito de direitos, onde exerce a sua autonomia individual no que lhe diz respeito.

A sua autonomia se reluz no fato de abraçar uma posição específica e se responsabilizar pelas suas consequências, aquelas que forem obtidas em decorrência da sua opção. O grande destaque se dá em termo de que para este exercício ser validado, deve haver somente a exigência dos requisitos previstos para a sua ocorrência, como a deliberação da informação de forma esclarecida por parte do médico. Somente deverá ocorrer a expedição do consentimento informado, no cumprimento dos requisitos estipulados, seja por uma resolução ou por lei.

A vida é um direito de todos, mas a vontade de vivê-la não deve ser compulsória, já que não cabe ao Estado decidir qual a melhor forma a ser adotada por cada indivíduo a respeito do seu ser, ainda mais se tratando de um Estado democrático, onde prevalece a liberdade individual, quando esta não venha ocasionar prejuízos a terceiros.

Portanto, existindo os requisitos necessários para a promulgação da recusa, sendo o sujeito capaz e possuidor de todas e quaisquer informações a respeito do seu quadro médico e das consequências do fazer e do não fazer quanto ao tratamento o direito de recusa deverá ser respeitado. A única condicionante para a concretude desse direito se faz na ausência de qualquer manifestação do paciente, assim, presume-se a busca em prol da vida pelo profissional médico e todos os meios necessários para a conservação deste bem jurídico.

Vale a ressalva de que a questão advinda do tema não se totaliza no quesito de direcionamento pró-vida ou pró-morte, o intuito é a garantia da execução de um direito, o qual se faz previsto em lei, logo, estando o mesmo à disposição de qualquer pessoa, o cabe proteção.

Percebe-se, destarte, a necessidade iminente de um amparo legislativo emissor de uma seguridade jurídica a fim de proporcionar, de fato, a execução regular do direito possuído por qualquer sujeito de origem brasileiro, o qual esteja tutelado pelas garantias constitucionais e, principalmente, pela dignidade da pessoa humana, intrínseca a qualquer ser.

O exercício de qualquer direito, ainda mais ao se tratar de um Estado democrático, não pode ter natureza irreal. Desta forma, a concretização do pensamento a respeito do tema perfaz-se na preservação e execução da autonomia individual e liberdade humana, acima de qualquer conduta e interpretação, pois tratam-se de direitos constitucionais, os quais são garantidores do homem e implicantes de uma organização e mantimento do respeito social, principalmente vínculo médico-paciente.

REFERÊNCIAS:

- ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. **Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade.** Revista Bioética, Brasília, v. 24, n. 3, p. 452-458, set./dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000300452&lng=es&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 23 de Outubro de 2019.
- ALHO, C. *et al.* **Ciência e Ética: os grandes desafios.** 2006. Disponível em: books.google.com.br/books?hl=pt-br&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=autonomia+no+consentimento+informado+e+a+consciencia&ots=aO2i-buMUW&sig=gP5mptX8BshmIuoQu-L5ceDcaWY#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 15 de setembro de 2019.
- AGUIAR, Mônica Neves; MEIRELES, Ana Thereza. **Autonomia e Alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida.** Disponível em: portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220. Acesso em: 14 de Setembro de 2019.
- AGUIAR, Mônica; BARBOZA, Amanda Souza. **Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido.** Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22942>. Acesso em: 8 de Novembro de 2019.
- ALMEIDA, Leonor Duarte. **Atitude médica e autonomia do doente vulnerável.** Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/543/529. Acesso em: 15 de novembro de 2019
- BARBA, Diana Fontes; RODAS, Alejandro Enrique Barba. **A controvérsia da recusa terapêutica.** Disponível em: jus.com.br/artigos/69251/a-controversia-da-recusa-terapeutica. Acesso em 17 de setembro de 2019.
- BASTOS, Mário Jorge da Motta. **Pecado Castigo e Rendação: a Peste como Elemento do Proseletismo Cristão (Portugal, Séculos XIV/XVI).** Disponível em: https://www.historia.uff.br/tempo/artigos_livres/artg3-8.pdf. Acesso em: 5 de Novembro de 2019.
- BEIER, Mônica. **Algumas Considerações sobre o Paternalismo Hipocrático.** Disponível em: <http://rmmg.org/exportar-pdf/320/v20n2a15.pdf>. Acesso em: 20 de Outubro de 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Resolução CFM nº 2232, de 16 de Setembro de 2019. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF, Seção I, p.113-4.
- BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/I10406.htm. Acesso em? 25 de Agosto de 2019
- BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2217, de 27 de Setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 30 de Agosto de 2019.
- BRASIL. Código Penal. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 de Novembro de 2019.
- BRASIL. Recomendação do Ministério Público nº44/2019, de 25 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-cfm>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.
- CONSALTER, Zilda Mara; JAREMEZUK, Pedro. **Direito à vida versus recusa ao tratamento vital.** Prisma Jur., São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2010

- DADALTO, Luciana; PIMENTEL, William. **Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 159-175, jan./mar. 2018
- DALDATO, Luciana Pimentel. **Indignos, mas imortais: uma breve análise da resolução CFM 2232/2019**. Disponível em: <https://testamentovital.com.br/blog/indignos-mas-imortais-uma-breve-analise-da-resolucao-cfm-2232-2019-sob-o-prisma-do-fim-de-vida/> Acesso em: 19 de novembro de 2019.
- FRANÇA, Genival Veloso da. **Direito médico**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- JUNIOR, E.Q.O; OLIVEIRA, E.Q; OLIVEIRA, P.B.Q. **Autonomia da vontade do paciente x autonomia profissional do médico**. Disponível em: <http://www.relampa.org.br/details/886/pt-BR/autonomia-da-vontade-do-paciente-x-autonomia-profissional-do-medico>. Acesso em: 01 de Novembro de 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, Ed. Atlas, São Paulo, 2005, 17º edição, p. 16, item 7.
- MATTLA, Fabio Maria de. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181045/000360913.pdf?se. Acesso em 19 de setembro de 2019.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. **Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte**. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 22(8):1749-1754, ago. 2006, p.1750
- SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; JUNIOR, Kenneth Rochel Camargo. **A autonomia do paciente no processo terapêutico como valor para a saúde**. Disponível em: www.scielo.org/article/icse/2007.v11n21/65-78/. Acesso em: 17 de setembro de 2019.
- SOUSA, Carlos Otávio de. **Por uma reflexão constitucional-penal da disponibilidade da própria vida: sobre condutas autorreferentes**. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2676>. Acesso em: 30 de Outubro de 2019
- VILLAFRANCA, R.C. *et al.* **Paternalismo Médico**. Disponível em: <scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1684-18242013000200006&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 18 de setembro de 2019.
- Weiss AE. **Bioethics: dilemmas in modern medicine**. Hillside: Enslow Publishers., 1985
- MILL, John Stuart. **A Liberdade/ Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NUÑEZ PAZ, Miguel. Ángel. **História Del Derecho a Morir: Análisis, Histórico y Antecedentes Jurídico-penales**. Oviedo, Espanha: Fórum, 1999.
- WANSSA, Maria do Carmo Demasi. **Autonomia versus beneficência**. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533255008.pdf>. Acesso em: 13 de agosto de 2019