

LIMITES DO DEVER MÉDICO

Recusa Terapêutica e
Responsabilidade Penal pela Omissão

Gabriel Cesar dos Santos

2026

2

DA ÉTICA DO CUIDADO AO PARADIGMA PÓS-HIPOCRÁTICO: UM DEBATE (BIO)ÉTICO-JURÍDICO SOBRE PATERNALISMO E AUTONOMIA

Os casos de abuso médico em experimentos com seres humanos ocorridos, especialmente, na Alemanha, durante o nazismo, foram determinantes para o descrédito dos padrões éticos da medicina que vigiam no período. O Código de Nuremberg, de 1947, e a Declaração de Helsinque, de 1964, sobre investigação médica representaram a ruptura do paradigma tradicional, de base paternalista, e a ascensão de uma nova ética fundada na autonomia e, consequentemente, na exigência do consentimento do paciente para qualquer intervenção em seu corpo.¹ Houve, portanto, uma paulatina transição da ética paternalista ou do cuidado (paradigma hipocrático), na qual o médico detinha o protagonismo do tratamento, para a ética da autonomia, na qual o paciente se coloca como sujeito da relação.² Para Meliá, “a autonomia triunfou definitivamente sobre o paternalismo”³ e mudança de paradigma provocou reflexos na

1. SIQUEIRA, **Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina**, p. 54.

2. SIQUEIRA, Flávia, O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no Direito Penal da Medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias, in: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa (Orgs.), **Direito Penal da Medicina**, São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 21.

3. MELIÁ, Manuel Cancio, Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía: algunas reflexiones desde la perspectiva española, in: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs (Orgs.), **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 258.

responsabilidade penal.⁴ Com o exercício da sua autonomia pelo paciente, interferindo diretamente nas escolhas terapêuticas e em outras decisões tomadas no âmbito dos tratamentos, os problemas com as intervenções médicas paternalistas tornaram-se mais comuns e evidentes.⁵

Na presente sessão, será investigada a existência de um dever ético ou jurídico do médico de curar o paciente grave contrariamente à sua vontade ou, ao contrário, se a atuação médica deve ser submetida ao desejo consciente do enfermo, como manifestação de sua autonomia, ainda que essa escolha possa resultar na sua morte. Para tanto, é relevante a análise sobre os fundamentos da teoria paternalista, a fim de verificar se esta é capaz de justificar, à luz da bioética, um suposto dever médico de tratar arbitrariamente. Na sequência, em contraponto, crucial discutir o princípio da autonomia, a fim de verificar se o seu reconhecimento implica a desoneração de responsabilidade do médico que omite um tratamento, em respeito à manifestação do paciente.

2.1. PATERNALISMO: A INTERVENÇÃO NA LIBERDADE DOS INDIVÍDUOS PARA PROTEGÊ-LOS DE SI MESMOS

A teoria paternalista, como será visto adiante, procura fundamentar intervenções na esfera de liberdade dos indivíduos para protegê-los de si mesmos. No caso dessa obra, o foco são as intervenções médicas sobre pacientes graves. Nesse sentido, conforme a corrente paternalista, a conduta médica intervencionista, ainda que arbitrária, seria sempre legítima por supostamente fazer o bem ao paciente. Desse modo, a discussão sobre o paternalismo é crucial neste estudo, pois ele consiste no principal fundamento de dispositivos normativos que impõem a obrigação do médico em salvar o paciente grave, mesmo diante da sua recusa. O olhar nesta seção é mais voltado para a conduta do interventor, especificamente neste estudo, o médico, a fim de responder a seguinte pergunta: o paternalismo oferece uma fundamentação teórica suficiente para legitimar a existência de dispositivos normativos que impõe um dever médico de tratar arbitrariamente?

Para responder a essa pergunta, inicialmente, é feita uma abordagem doutrinária sobre o paternalismo a fim de explicar o seu conceito, as principais classificações e os argumentos dessa corrente (seção 2.1.1).

4. *Ibid.*

5. BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F, **Principles of biomedical ethics**, New York: Oxford University Press, USA, 2013, p. 215.

Em seguida, são analisados os princípios da beneficência (seção 2.1.1.1) e da não maleficência (seção 2.1.1.2), que fundamentam as intervenções paternalistas, bem como as novas abordagens paternalistas, com seus variados fundamentos (seção 2.1.1.3). Ao final, é realizada uma análise sobre como o paternalismo se manifesta no Código Penal Brasileiro e nos normativos do Conselho Federal de Medicina (CFM), por serem esses diplomas mais específicos e relevantes para a discussão aqui proposta, sem ignorar que há outros artigos com evidente teor paternalista em outros normativos do ordenamento jurídico brasileiro⁶ (seção 2.1.2). Uma vez que se entenda pela pertinência dos argumentos da corrente paternalista, a atuação médica salvadora, ainda que arbitrária, estaria justificada. Nesse caso, ainda seria necessário prosseguir na investigação para verificar se esse suposto dever corresponderia a um dever de agir no âmbito penal, análise que será feita no capítulo seguinte (capítulo 3).

2.1.1. Doutrina

A origem do termo paternalismo é a palavra *pater* que na tradução do latim para o português significa pai. É, portanto, um tipo de comportamento de uma pessoa presumidamente superior sobre alguém que se presume inferior e que, portanto, precisa ser protegida, tal como acontece na relação entre pai e filho. O paternalismo, portanto, não necessariamente precisa ter uma conotação pejorativa, pois ele “pode ser legítimo e útil à sociedade”⁷, como são as relações paternas sadias.

A história da relação do médico com o paciente, de regra, foi caracterizada pela subordinação desse àquele, uma vez que a conduta do médico, enquanto sujeito detentor do conhecimento científico, tenderia sempre ao bem do paciente, o qual é presumidamente ignorante. O poder do médico sobre o paciente caracterizou, historicamente, a assimetria dessa relação, que somente passou a ser mais horizontalizada com o reconhecimento do princípio da autonomia.⁸

-
6. Cite-se, como exemplo, o art. 13 do Código Civil Brasileiro que proíbe “o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.
 7. MARTINELLI, João Paulo Orsini, **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**, São Paulo: LiberArs, 2015, p. 85.
 8. GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia, Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico, in: COSTA, José de Faria *et al* (Orgs.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, v. 1, p. 644-645.

A conduta médica paternalista remonta à biografia de Hipócrates, responsável por sintetizar a teoria médica na Grécia antiga, conferindo racionalidade à medicina e distanciando-a de atividades místicas e religiosas. O seu juramento fundamenta os princípios da ética médica há dois mil e quinhentos anos, orientando a conduta médica a sempre fazer o bem ao paciente ou evitar-lhe um mal, conforme o princípio médico da beneficência ou da não maleficência, respectivamente. O paternalismo surge quando essa beneficência ou não maleficência se sobrepõe à autonomia do enfermo, uma vez que o médico, em sua formação tradicional, se acostumou a curar seu paciente a qualquer custo, ainda que isso signifique contrariar os desejos, opiniões e crenças dos enfermos.⁹ Esse suposto dever ético infantiliza o paciente, pois o submete às exclusivas decisões médicas, como se o médico fosse o pai e a pessoa enferma uma criança incapaz de fazer suas próprias escolhas.¹⁰

A analogia pressupõe duas características do papel paterno: (i) a atuação paterna deve ser tomada de acordo com o seu próprio entendimento do que é benéfico ao filho; (ii) as ações são tomadas total ou parcialmente pelo próprio pai, ao invés de permitir que o filho tome suas próprias decisões. Ações paternalistas, por vezes, se valem de algum tipo de poder para exercer sua influência, utilizando artifícios como a mentira, argumentação insistente, manipulação ou omissão de dados, e a coerção, mas também pode ocorrer pela simples recusa em realizar a vontade de outra pessoa.¹¹

Paternalismo, portanto, é a interferência na liberdade de uma pessoa, que se presume incapaz, contra sua vontade, com o objetivo de promover-lhe um bem ou evitar-lhe um mal.¹² A teoria paternalista, portanto, considera aceitável limitar a liberdade de uma pessoa ou impor-lhe um padrão de conduta para prevenir um dano a ela mesma.¹³ O paternalista parte do pressuposto que a vontade da pessoa não tem validade e, por-

9. DA SILVA, José Antônio Cordero, **Autonomia versus paternalismo médico: perfil bioético dos egressos do laboratório de cirurgia experimental do curso de medicina da UEPA**, Universidade do Porto, Porto, 2013, p. 60.

10. VILLAS-BÔAS, **Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**, p. 117.

11. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 215.

12. MARTINELLI, **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**, p. 88.

13. GRECO, Luís, A crítica de Stuart Mill ao paternalismo, **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 4, n. 7, p. 81-92, 2012, p. 84.

tanto, deve ser ignorada. Há, portanto, uma divergência entre a vontade da pessoa supostamente beneficiada e aquela que quer protegê-la.¹⁴

Nesse sentido, convém trazer a distinção estabelecida por Feinberg entre paternalismo rígido (*hard*, duro ou forte) e moderado (*soft* ou suave). O paternalismo *hard* justifica a intervenção estatal na necessidade de proteger adultos competentes, mesmo contra a vontade deles, diante das potenciais consequências prejudiciais de suas escolhas e empreendimentos completamente voluntários.¹⁵

Como exemplo de intervenção paternalista dura, Beauchamp e Childress citam a recusa de um hospital em conceder a alta de um paciente que deseja interromper o seu tratamento, uma vez que ele provavelmente morrerá fora do hospital, ainda que esteja consciente das consequências de sua decisão e mesmo assim a deseje. O paternalismo rígido retira a autonomia de uma pessoa responsável, restringindo o acesso do paciente às informações disponíveis ou substituindo as suas escolhas informadas e voluntárias.¹⁶ Os antipaternalistas se opõem a intervenções paternalistas duras por várias razões, conforme será visto na seção seguinte (seção 2.2). Na relação médico-paciente, uma dessas razões é o receio de desequilibrar a relação, concentrando muito poder nas mãos dos médicos.¹⁷

Por sua vez, no paternalismo *soft* a intervenção, efetivada por razões de beneficência ou não maleficência, tem o objetivo de “prevenir condutas substancialmente não voluntárias”.¹⁸ A intervenção não se preocupa com a sabedoria, prudência ou periculosidade da escolha de alguém, mas em verificar se a escolha realmente pertence àquela pessoa.¹⁹ Como exemplo de condutas não voluntárias é possível citar o consentimento ou recusa, motivados por depressão e vício graves que impedem a racionalização e/ou a livre escolha da ação.²⁰ Se a escolha resultar de ignorância, coerção, perturbação, drogas ou outros elementos que comprometem a voluntariedade, há razões para suspeitar que não é verdadeiramente

14. MARTINELLI, **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**, p. 93-94.

15. FEINBERG, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 3: Harm to Self**, Nova Iorque: Oxford University Press, 1986, p. 12.

16. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 216-217.

17. *Ibid.*, p. 220.

18. *Ibid.*, p. 216.

19. FEINBERG, **The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 3: Harm to Self**, p. 12.

20. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 216-217.

uma expressão de sua vontade autônoma e pode ser tão estranha a ele quanto as escolhas de outra pessoa.²¹

As pessoas devem ser protegidas dos danos que possam causar a si mesmas, em condições que estejam fora de seu controle. Inexiste conflito entre beneficência (ou não maleficência) e autonomia, quando esta última não é verificada de maneira substancial. Ou seja, se em determinada situação a pessoa não tem controle sobre seus atos, não há que se falar em autonomia, e, portanto, não haveria dois interesses em jogo a se ponderar, apenas um: a beneficência (ou a não maleficência).

A dificuldade moral do paternalismo moderado cinge-se à apuração do padrão de voluntariedade das ações, não havendo critérios suficientemente seguros para definir quando uma escolha será ou não autônoma.²² Essa questão, todavia, não será tão relevante para os paternalistas rígidos que defendem a intervenção independente da capacidade dos pacientes.

O presente livro, portanto, não se interessa por situações evidentes de paternalismo moderado. Partindo-se do pressuposto de que uma ação tem um importante déficit de voluntariedade, não há maiores objeções quanto à adequação ética e moral, tampouco legal, de uma intervenção paternalista que visa a mitigar os danos daquelas condutas não autônomas. Interessa ao estudo, portanto, o debate sobre o paternalismo rígido, no qual a intervenção também é motivada por beneficência ou não maleficência, mas ocorre a despeito das escolhas e ações arriscadas da pessoa serem informadas, voluntárias e autônomas. Por esse motivo, optou-se por não abordar casos práticos com sujeitos incapazes, ainda parcialmente, uma vez que, nesses casos, a avaliação da capacidade das vítimas das intervenções paternalistas seria elemento crucial para solução dos problemas, de difícil superação.

A classificação proposta por Feinberg, portanto, considera a qualidade da pessoa que sofre a intervenção paternalista. Se a intervenção visa a interferir em pessoas capazes de exercer autonomia, tem-se um caso paternalismo rígido. De outro lado, o paternalismo moderado interfere na conduta de pessoas incapazes. Parte relevante da doutrina entende que o paternalismo duro pode ser aplicado na elaboração de normas penais que tutelam os bens jurídicos indisponíveis, independente de o titular do bem possuir plena capacidade.²³

21. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 3: Harm to Self*, p. 12.

22. BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*, p. 216-217.

23. MARTINELLI, *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*, p. 100-101.

Uma considerável parte da doutrina tradicional argumenta que o direito à vida é indisponível²⁴, de modo que nem o seu próprio titular poderia dela dispor. Esta concepção está intrinsecamente associada a uma concepção de *sacralidade da vida*, que acredita no caráter divino da existência humana. Desse modo, cada indivíduo seria investido de uma dimensão espiritual que atribuiria à vida um predicado sagrado. A vida, portanto, não seria apenas uma prerrogativa individual, mas abrangeria, também, uma dimensão coletiva.²⁵ Por esse motivo, considerando a indisponibilidade do direito à vida, o paternalismo rígido entende legítimas as intervenções curativas realizadas para salvar a vida do paciente capaz, titular legítimo do bem jurídico a ser protegido, ainda que contra a sua vontade.

Nesse sentido, Minahim observa que há espaços de intangibilidade no direito penal, onde devem preponderar os valores eleitos pela sociedade, o que justificaria a indisponibilidade do direito à vida. Embora a autora adote o entendimento pela valorização da autonomia dos indivíduos, acredita que há uma ampliação exacerbada do alcance da autonomia no campo da dogmática penal, reflexo de uma tendência liberalizante do direito penal, que pode resultar no abandono de vítimas vulneráveis à própria sorte. Esse suposto abandono, nesta concepção, aconteceria quando a vítima mais precisaria de proteção. Essa tutela deveria ser exercida, inclusive, através do direito penal, que, por seu caráter público, não dependeria da vontade da vítima para agir.²⁶

A preocupação com as vítimas é relevante, no entanto, nos casos de recusa terapêutica o reconhecimento da autonomia do paciente não resulta no seu desamparo, já que ainda permanecem outros deveres médicos, por exemplo, de informação e fornecer cuidados paliativos, conforme aprofundado mais adiante (seção 3.1.3). Ademais, em sentido contrário à indisponibilidade do direito à vida, argumenta-se que ele é garantido como um direito fundamental pela Constituição Federal (CF), mas isso não o transforma em um direito absoluto ou indisponível, uma vez que a própria ordem constitucional admite que ele sofra restrição, tal como

24. Conferir autores que seguem esse entendimento em SANTIN, Janice, **Dever de Esclarecimento Médico no Direito Penal: A concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente**, São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 56, nota de rodapé 107.

25. DUMAS, Camila Cristina de Oliveira; CARVALHO, Gisele Mendes de, **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**, Birigui: Boreal Editora, 2017, p. 4 e 15.

26. MINAHIM, **Autonomia e frustração da tutela penal**, p. 56-59.

a pena de morte em caso de guerra.²⁷ O ser humano possui o direito de viver, mas isso não se traduz em um “dever de viver”²⁸, tampouco de “cuidar de si mesmo”²⁹. Por entender que o homem é soberano sobre as decisões pertinentes à sua própria vida, o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe diversas condutas autolesivas, como o uso excessivo de álcool e cigarros, a prática de esportes radicais, entre outras.³⁰

O paciente testemunha de Jeová que recusa uma transfusão de sangue, por exemplo, não renuncia seu direito à vida, mas recusa aquele tratamento que proporcionaria uma vida sem a qualidade por ele esperada.³¹ Uma pessoa que opta pela recusa terapêutica não é um suicida e não está abdicando de viver, uma vez que não há uma voluntária vontade de morrer, mas tão somente o desejo de não se submeter àquele tratamento proposto e às suas consequências físicas, espirituais ou morais. A recusa pode ter inúmeros motivos e a vontade de morrer não é, necessariamente, um deles.³² Portanto, a concepção da indisponibilidade do direito à vida, argumento central para justificar uma intervenção penal paternalista nos casos examinados neste estudo, não é universalmente aceita.

Ao refletir sobre sacralidade da vida humana, Dworkin argumenta que ela possui valor em três diferentes dimensões: instrumental, subjetiva e intrínseca. A vida é relevante, sob o viés *instrumental*, quando apresenta alguma utilidade para algo ou alguém. Por sua vez, o valor *subjetivo* da vida refere-se à importância atribuída por alguém por motivos de caráter particular. Por fim, destaca-se o valor *intrínseco* da vida, que transcende as preferências individuais de cada sujeito ou o seu caráter teleológico. Nesse sentido, o valor da vida existe independente do que as pessoas apreciam, desejam ou consideram bom para elas, enfatizando a importância inerente da vida em si mesma. Esses três aspectos combinados revelam a complexidade e a riqueza da vida humana na perspectiva do citado autor.³³

Ainda segundo a racionalização de Dworkin, a frustração com a morte é maior quando ela ocorre após um investimento pessoal signi-

27. DUMAS; CARVALHO, **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**, p. 40 e 41.

28. *Ibid.*, p. 41.

29. *Ibid.*

30. *Ibid.*, p. 40 e 41.

31. *Ibid.*, p. 76.

32. *Ibid.*, p. 115.

33. DWORKIN, Ronald, **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 99-102.

ficativo na vida. Isso explica o porquê, para a maioria das pessoas, a morte de um jovem universitário seja mais lamentada do que a morte de um recém-nascido. No entanto, a frustração da morte será menor se ela acontecer após a concretização desse investimento pessoal na vida. Assim, em geral, a morte de uma pessoa muito idosa, que já experienciou várias coisas em sua vida, seria menos lamentada do que a morte do mesmo jovem universitário.³⁴ Não se trata, portanto, de uma questão meramente etária, tampouco, pode se afirmar que a vida possua apenas um valor intrínseco.

A ênfase, portanto, estaria na ideia da *frustração* da vida em si, não apenas na sua ausência.³⁵ Seguindo seu raciocínio, Dworkin afirma que a vida pode ser frustrada de duas maneiras principais: pela morte prematura (dimensão natural) ou por outros acontecimentos (dimensão humana), como deficiências físicas ou mentais, empobrecimento, erros irreparáveis e outras situações de infortúnio. Qualquer dessas situações pode frustrar as expectativas de uma vida plena e realizada.³⁶ Então, arrematando o seu argumento, o autor aduz que embora quase todas as pessoas aceitem a ideia de que, uma vez iniciada, a vida não deve ser interrompida, não haverá unanimidade na ideia de que a morte prematura evitável é sempre a mais grave frustração de vida possível. A opção pela morte prematura, portanto, pode minimizar a frustração de uma vida e, nesse caso, não seria uma ofensa à inviolabilidade da vida, mas, ao contrário, uma opção que privilegia esse princípio³⁷ de modo que “a convicção de que a vida humana é sagrada pode acabar fornecendo um argumento crucial em favor da eutanásia, e não contra ela”.³⁸ No mesmo sentido, Jakobs acredita que “há determinadas situações nas quais uma morte prematura é preferível a seguir vivendo”.³⁹

O argumento de Dworkin é, a meu ver, pertinente. A sacralidade da vida tanto pode ser violada pela morte, quanto por situações de infortúnio que lhe tirem a dignidade. A vida transcende a mera sobrevivência biológica, pois é composta também de sentimentos e emoções. Compelir alguém a viver sem dignidade viola tanto ou mais a vida do que morrer antecipadamente sem fazer um tratamento indesejado.

34. *Ibid.*, p. 119-122.

35. *Ibid.*, p. 123.

36. *Ibid.*, p. 124.

37. *Ibid.*, p. 125.

38. *Ibid.*, p. 276.

39. JAKOBS, Günther, **Suicídio, eutanásia e Direito Penal**, Barueri: Manole, 2003, p. 38.

Outra classificação relevante para o presente estudo toma como referência quem são as pessoas que a intervenção visa beneficiar. No paternalismo puro ou direto, quem sofre a restrição da liberdade são as próprias pessoas supostamente beneficiadas pela intervenção, com o objetivo de prevenir condutas autolesivas. Um exemplo clássico de paternalismo puro é a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança. Já o paternalismo impuro ou indireto interfere na liberdade de um grupo de pessoas para beneficiar um outro grupo distinto.⁴⁰ Nesse caso, ocorre a aplicação de medidas legais punitivas para criminalizar danos a terceiros consentidos por eles mesmos, de modo que há uma restrição indireta da liberdade individual⁴¹. Como exemplo, o art. 217-A do Código Penal pune o estupro de vulnerável. Nesse caso, há uma restrição legítima na conduta da pessoa maior de 18 anos para proteger a pessoa menor de 14 anos, que não possui capacidade legal para consentir uma relação sexual.⁴²

Considerando a existência de um dever médico de salvar o paciente grave a despeito de sua recusa terapêutica, uma possível coação (disciplinar ou penal) recairia sobre terceiros. Ao mesmo tempo que confere um poder aos médicos, dando-lhes a prerrogativa de impor ao paciente o tratamento que ele prescrever, uma suposta obrigação de salvamento arbitrário retira do médico a possibilidade de agir de forma diferente, podendo até ser punido se assim fizer. Haveria, portanto, restrição da liberdade dos médicos (terceiros), uma vez que esses, em tese, não poderiam aceitar a recusa terapêutica do paciente grave e, portanto, teriam o dever de agir arbitrariamente para salvá-lo. A coerção penal é imposta ao médico que se omite, e não ao paciente. No entanto, há também restrição à liberdade do grupo supostamente beneficiado, dos pacientes, uma vez que seria negado a esses o direito de recusa terapêutica. Nesse caso, portanto, embora a sanção penal seja aplicada apenas aos médicos, a restrição de liberdade atinge tanto a eles, quanto aos pacientes, supostamente beneficiados.

Nos casos de paternalismo impuro, geralmente se protegem pessoas em situação de vulnerabilidade, sem capacidade de fornecer um consentimento legítimo, a exemplo do art. 217-A, do CP, mencionado acima.

40. MARTINELLI, **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**, p. 100.

41. SCHÜNEMANN, Bernd, A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo?, in: GRECO, Luís (Org.), **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91.

42. MARTINELLI, **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**, p. 101.

No caso da recusa terapêutica do paciente grave, objeto de análise neste livro, apesar de ser um caso de paternalismo indireto, a pessoa beneficiada possui plena capacidade de fornecer um consentimento válido. Assim, o salvamento arbitrário restringe significativamente a autonomia dos dois sujeitos envolvidos na relação médico-paciente. Por isso, apesar do paternalismo impuro ser mais aceito, no meu entender, o dever médico de tratar arbitrariamente precisa de um fundamento tão ou mais consistente do que os casos de paternalismo puro.

Como visto, promover o bem é objetivo do paternalismo, assim como acontece com um pai que sempre quer o melhor para o seu filho; no entanto, assim como na relação pai e filho, apenas a intenção de fazer o bem não autoriza uma intervenção. Na seção seguinte, demonstrarei como essa busca pelo bem-estar de alguém se manifesta na teoria principialista, através do princípio da beneficência, a fim de verificar se esse princípio oferece o argumento consistente necessário que justifique a intervenção paternalista nos casos em análise nesta obra.

2.1.1.1. Beneficência e o dever de cuidar: o bem-estar do paciente é a lei suprema

No ano de 1999, embasada no principialismo, surge a obra *Princípios da Ética Biomédica* de Beauchamp e Childress. O principialismo, ou bioética dos princípios, adquiriu relevância no âmbito da bioética, ao buscar soluções para os dilemas morais a partir dos princípios éticos selecionados. Os dilemas morais se manifestam em situações complexas, nas quais as obrigações morais aparentemente sinalizam para a adoção de duas ou mais condutas, incompatíveis entre si. Não é possível adotar as duas condutas simultaneamente, havendo que escolher por uma delas, sendo que qualquer das escolhas pode parecer razoável, pois o conjunto das razões por trás de cada uma delas são importantes.⁴³

A obra de Beauchamp e Childress tornou-se uma referência central sobre o tema e propôs compatibilizar os avanços tecnológicos na área médica com princípios fundamentais, em especial, a vida e a dignidade humana.⁴⁴ Os princípios éticos podem variar conforme a teoria, no entanto, é comum incluir, entre eles, os princípios da beneficência e não maleficência, que desempenham um papel fundamental durante a história

43. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 10.

44. MINAHIM, Maria Auxiliadora, **Aspectos éticos e jurídico-penais da relação médico paciente**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 43.

da Ética Médica. Tais princípios éticos possuem caráter *prima facie*, ou seja, a uma primeira vista devem ser aplicados, podendo ser afastados em conflito com outros princípios.⁴⁵ Além deles, também é comum a inclusão do princípio da autonomia que, ao contrário dos primeiros, foi historicamente negligenciado pela medicina, sendo prestigiado apenas mais recentemente.⁴⁶

A bioética principialista, apesar da força e influência que ganhou em todo mundo, não elucida de que maneira se relacionam os princípios éticos escolhidos (justiça, autonomia, beneficência e não maleficência), conflitantes entre si, de modo que não oferece diretivas que possibilitem posicionamentos organizados sobre quais deles devem ser priorizados. Assim, apesar da sua reconhecida importância, a bioética principialista não escapou de algumas críticas pela sua ausência de sistematização, ao deixar a cargo dos operadores a escolha da combinação a ser feita, sem indicar um critério racional de valoração dos princípios selecionados.⁴⁷ Outras teorias de princípios que ousaram em misturar valor e norma receberam críticas semelhantes. A suposta ausência de sistematização ou critérios racionais de resolução de conflitos entre princípios é um problema que desafia a ciência jurídica desde o declínio do positivismo jurídico, a partir da segunda metade do século XX.

Beauchamp e Childress, na teoria principialista, não estabeleceram uma primazia da autonomia em relação aos demais princípios. Entretanto, de acordo com Garrafa, essa situação se desenrolou na prática, no contexto da América do Norte dos anos 70 e 80, resultando também em críticas à teoria.⁴⁸ Todavia, entendo que também é possível que ocorra um movimento em sentido contrário: a supervalorização de outros princípios, como a beneficência, em detrimento da autonomia dos indivíduos. Assim, a suposta ausência de sistematização da teoria dos princípios de Beauchamp e Childress tanto pode pender para o lado da autonomia, quanto para o lado oposto, a depender do contexto jurídico, político e filosófico. No contexto brasileiro da atualidade, apesar do reconhecimento da autonomia estar em paulatino crescimento, como será visto adiante

45. GARRAFA, Volnei; MARTORELL, Leandro Brambilla; DO NASCIMENTO, Wanderson Flor, Críticas ao principialismo em bioética: Perspectivas desde o norte e desde o sul, **Saúde e Sociedade**, v. 25, n. 2, 2016, p. 444-445.

46. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 13.

47. GARRAFA; MARTORELL; DO NASCIMENTO, Críticas ao principialismo em bioética: Perspectivas desde o norte e desde o sul, p. 444-445.

48. GARRAFA, Volnei, Da bioética de princípios a uma bioética interventiva, **Revista Bioética**, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005, p. 128.

(seção 2.2), ainda há certo prestígio à beneficência em vários diplomas normativos e, também, na prática médica.

É antiga a afirmação de que a beneficência constitui a principal obrigação ética da medicina. Por vezes, para uma conduta ser considerada moral, não basta que seja respeitada a autonomia e não cause prejuízo a determinada pessoa, mas também que haja uma contribuição para seu bem-estar.⁴⁹ O verdadeiro sentido de uma intervenção médica, ainda que arbitrária, é a restauração ou, ao menos, a melhoria do estado de saúde do paciente.⁵⁰

A beneficência, como o próprio nome sugere, em seu sentido filosófico-moral, significa a promoção do bem do paciente. Pelo princípio da beneficência, o médico tem sempre o dever de zelar pelo bem da pessoa enferma submetida aos seus cuidados. As decisões terapêuticas seriam tomadas de acordo com o entendimento científico que o profissional detém sobre o que é melhor para o paciente, em detrimento da capacidade que aquele indivíduo possui de autodeterminar-se e, portanto, decidir o que seria melhor para si, de acordo com o seu próprio entendimento sobre isso. Essa compreensão, como dito anteriormente, baseia-se na ideia, oriunda da tradição hipocrática, de que o médico, detentor do conhecimento científico, é quem sabe o que é melhor para o seu paciente.⁵¹

O princípio da beneficência fundamenta uma quantidade de regras de obrigação *prima facie*, mas, algumas vezes, irá expressar uma conduta ideal, não obrigatória. Em alguns casos é difícil sustentar obrigatoriedade moral em determinadas ações que beneficiam terceiros.⁵² É difícil, por exemplo, sustentar que alguém tenha a obrigação moral de doar sangue para uma pessoa enferma que precise de uma transfusão, embora tal conduta, via de regra, seja inequivocamente beneficente.

É evidente que aos profissionais de saúde não é dado o direito, tampouco o dever, de exercer o princípio da beneficência de modo absoluto. A beneficência tem os seus limites, sendo o primeiro, e principal deles, o princípio da dignidade, expressão e fundamento da autonomia do indivíduo⁵³. O princípio da beneficência deve ser, ainda, interpretado

49. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 202; 215.

50. PUPPE, Ingeborg, La justificación de la intervención médica curativa, **InDret**, v. 1, 2007, p. 3.

51. VILLAS-BÔAS, **Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**, p. 117.

52. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 204.

53. GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel, **Iniciação à bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 45.

juntamente com o princípio da não maleficência, que não raro irá recomendar caminhos opostos àqueles indicados pela beneficência, conforme será verificado na seção a seguir.

2.1.1.2. *Não maleficência e o dever médico de não prejudicar a pessoa enferma*

A não maleficência está intimamente ligada à beneficência e tem suas raízes no juramento hipocrático que impõe ao médico o dever de usar seus conhecimentos para fazer o bem aos doentes, mas também para nunca os prejudicar. Muitas teorias éticas reconhecem o princípio da não maleficência, enquanto outras a combinam com a beneficência para formar um único princípio.⁵⁴

A não maleficência significa a evitação intencional de condutas que possam causar danos às pessoas enfermas. Para Beauchamp e Childress o princípio da não maleficência abrange regras morais mais específicas, quais sejam: (i) não mate; (ii) não cause dor ou sofrimento; (iii) não incapacite; (iv) não cause ofensa; (v) não prive os outros dos bens da vida. No entanto, o princípio da não maleficência e as regras que dele derivam são apenas *prima facie*, ou seja, não são absolutas e podem ceder em conflito com outros princípios e regras.⁵⁵ Conforme nos alerta Puppe, todo paciente que se submete a um tratamento curativo para benefício de sua integridade corporal, paga pelo restabelecimento de sua saúde com algum sacrifício dessa integridade. Algumas vezes, o paciente precisa arriscar sua vida para tentar prolongá-la.⁵⁶

A amputação de um membro, por exemplo, é um recurso extremo que infringe um mal a pacientes, mas que pode salvar vidas, a despeito da sua contrariedade com a regra “iii” exposta no parágrafo anterior (“não incapacite”). No caso de pacientes com problemas vasculares causados por diabetes ou infecções, pelo princípio da não maleficência, recomenda-se, primeiramente, que a enfermidade seja tratada – com medicamentos, por exemplo – sem necessidade da amputação do membro atingido. No entanto, se o tratamento conservador puder resultar na morte do paciente, o princípio da beneficência pode indicar a amputação do membro, para que a vida do paciente seja preservada. A amputação é uma escolha drás-

54. VILLAS-BÓAS, Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida, p. 118.

55. BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*, p. 151-154.

56. PUPPE, La justificación de la intervención médica curativa, p. 3.

tica, em que se admite a amputação do membro para tentar evitar um mal maior, que seria a morte do paciente, ainda que o procedimento de amputação também ofereça algum risco de morte. Pode se argumentar, ainda, que a não maleficência também indicaria a amputação, uma vez que, como dito, evita um mal maior, que seria a morte. A separação dos caminhos tomados pelos princípios da beneficência e não maleficência nem sempre será tão evidente.

A Miss Colômbia do ano de 2012 viveu exatamente esse dilema. Ao passar por uma cirurgia de rotina, a modelo Daniella Alvarez teve complicações e precisou passar por mais três intervenções cirúrgicas. No último procedimento, teve uma de suas pernas amputadas para que pudesse continuar viva. Apesar de todo o sofrimento causado pela retirada do membro, Daniella Alvarez celebrou a vida em suas redes sociais e agradeceu a oportunidade de continuar vivendo, ao tempo que se mostrou resignada com o seu novo corpo.⁵⁷

Na maioria dos casos, como o de Daniella, o princípio da não maleficência se manifesta através de uma não intervenção, enquanto o princípio da beneficência, geralmente, envolve uma ação, no caso, a amputação do membro.⁵⁸ Segundo Beauchamp e Childres, a discussão sobre não maleficência e interrupção de tratamentos de manutenção da vida centrou-se na distinção entre comissão e omissão, em especial a distinção sobre não iniciar e interromper tratamentos, uma vez que muitos profissionais e familiares sentem-se mais justificados para não iniciar um tratamento, do que para interromper um tratamento já iniciado. Parar o funcionamento de um respirador, por exemplo, parece provocar a morte de uma pessoa, enquanto que não iniciar o tratamento com o respirador parece não ter a mesma atribuição causal.⁵⁹

Tal percepção sobre a interrupção de tratamentos de manutenção da vida é compreensível, porém moralmente irrelevante, uma vez que a diferença entre as condutas é apenas aparente. Tanto o não início quanto as interrupções podem ser justificadas, de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada situação. Em muitos casos, somente é possível fazer um diagnóstico e prognóstico mais adequado após o início do tratamento e, então, avaliar os seus possíveis benefícios. Desse modo, não iniciar o tratamento pode ser até mesmo pior do que a interrupção em

57. GREGÓRIO, Leonardo, Miss Colômbia 2012 tem perna amputada após complicações em cirurgia de rotina.

58. GARRAFA; COSTA; OSELKA, **Iniciação à bioética**, p. 47.

59. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 158-159.

tais casos. Portanto, para Beauchamp e Childres, a distinção entre não início e interrupção do tratamento vital é moralmente insustentável.⁶⁰⁻⁶¹

A não maleficência pode recomendar a interrupção (ou o não início) de um tratamento, quando este não for suficientemente benéfico ao paciente, evitando com isso situações de obstinação terapêutica e distanásia. Quando um tratamento fútil representar mais sofrimento do que benefício ao paciente, a não maleficência deve prevalecer, em detrimento da beneficência, ocasião em que o tratamento deve ser interrompido e adotado os cuidados paliativos, no sentido de oferecer algum alívio e conforto ao paciente e sua família.⁶²

Conforme raciocínio de Beauchamp e Childress, a avaliação sobre a futilidade do tratamento envolve um juízo de valor subjetivo combinado com uma análise científica, na qual os profissionais de saúde se concentrarão em fatores médicos objetivos sobre probabilidade de morte. No entanto, considerando a inerente falibilidade da ciência médica, essa avaliação probabilística é muito difícil e, quiçá, impossível de se realizar. Por vezes, será difícil saber se um diagnóstico de futilidade de um tratamento é baseado em uma previsão probabilística de falha ou em algo próximo de uma certeza médica. Imagine-se, por exemplo que um paciente tenha 1% de chance de sobreviver a tratamento longo, árduo e doloroso. É possível que um médico considere este tratamento fútil, enquanto outro, considerando que há uma chance, ainda que remota, entenda que o esforço é válido. Além do conhecimento e da evidência científica, estará por trás sempre uma análise subjetiva que levará em consideração valores, biografias, preferências pessoais e estilos de vida.⁶³

Ou seja, para avaliar a relação custo-benefício de uma intervenção médica é preciso que se tenha um “barema” e estes serão diferentes para cada pessoa. Assim, questiona Puppe: como saber o que é preferível a um paciente com câncer? Levar uma vida relativamente normal no seio familiar por um ano ou se submeter a um tratamento através do que poderá sobreviver por mais 2 a 4 anos como um enfermo crônico em um hospital?⁶⁴

60. *Ibid.*, p. 160-162.

61. Essas considerações sobre a omissão de um tratamento provocarão relevantes dúvidas sobre a natureza de tal conduta: seria uma conduta ativa ou omissiva? Essa questão será aprofundada mais adiante (seção 3.2.1.2).

62. VILLAS-BOAS, **Da Eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**, p. 118.

63. BEAUCHAMP; CHILDRESS, **Principles of biomedical ethics**, p. 170.

64. PUPPE, La justificación de la intervención médica curativa, p. 3.