V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-241-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A associação entre sistemas penais e democracia tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretende-se fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando LaFree, quando se refere à relação entre criminologia e democracia (2003), é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama.

Arranjos organizacionais civilizatoriamente aceitáveis, dentro de padrões humanisticamente razoáveis, onde a violência do crime e a violência institucionalizada sejam objeto de constante redução, senão até mesmo de eliminação, considerando a criminalidade em constante crescimento e as possíveis respostas do Estado a esse fenômeno, representam um dilema não só para as jovens democracias latino-americanas e de países em desenvolvimento, mas também para democracias ditas consolidadas como a norte-americana. Falhas no sistema de repressão penal estatal supostamente encorajam a realização de ilegalidades e o surgimento de milícias justiceiras; reações excessivas por parte do Estado podem dar a impressão de um retorno a práticas policiais autoritárias e não humanistas. Ambas situações não se constituem como exceções em nosso cotidiano.

O que parece saltar a um primeiro olhar é que as relações entre sistemas penais e democracia não são tão óbvias, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde, nos últimos trinta anos, taxas indicadoras de criminalidade, por um lado, e de encarceramento, por outro, subiram em ritmos assustadoramente proporcionais, inobstante a retomada de um processo de democratização, cujo principal marco foi a promulgação de uma Constituição que caracterizou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Há, aqui, indícios de um paradoxo singularizado, em uma face, por um processo de redemocratização e, ao mesmo tempo, em outra, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema

democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014, havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo assustadoramente nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.7312 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados, é importante agregar o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se agregarmos a essa estatística também os indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle do sistema penal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira ao redor de 204.000.000 de pessoas.

Tentar modificar esse quadro social e político, onde criminalidade e encarceramento somente aumentam seus números tem se constituído num dos grandes desafios que pesquisadores não só do Brasil e do Uruguai, mas de todo o mundo têm se colocado como primordial em suas tarefas investigativas cotidianas. O CONPEDI não tem se omitido dessa tarefa de buscar um direito penal e um processo penal cada vez mais humanistas e democráticos. Muito pelo contrário. Ao criar os Grupos de Trabalho nos seus já vinte e cinco Encontros Nacionais e cinco Encontros Internacionais, nos quais sempre estão incluídos GTs de Direito Penal e Constituição, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem contribuído enormemente para a divulgação e trocas de pesquisas entre os acadêmicos que se ocupam de refletir acerca das atividades repressivas e persecutórias do Estado. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevidéo, UR, no qual estiveram presente mais de mil participantes, não foi diferente.

A qualidade das pesquisas apresentadas no GT de Direito Penal e Constituição I foram de excelente qualidade, especialmente se considerarmos a atualidade das investigações apresentadas. Assim sendo, temos que destacar que as leituras das investigações apresentadas serão de grande valia para os que trabalham por um Direito Penal cada vez mais adequado aos standarts de ordenamentos jurídicos cada vez mais democráticos de Direito. São elas:

1) A Lei 11.340/2006 e as imunidades penais nos delitos patrimoniais, de Marcela Siqueira Miguens;

2) A prisão em flagrante e a transgressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de Silvia Elena Barreto Saborita e Renata Soares Bonavides;

3) Execução provisória da pena: uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292/SP, de George Maia Santos;

4) O estado de necessidade desculpante na criminalidade econômica sob a perspectiva da teoria das emoções, de Carlos Luiz de Lima e Naves;

5) O exercício da medicina: uma reflexão à luz do direito penal, de Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Lucas Gabriel Santos Costa.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URI, Santo Ângelo, RS

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR, Montevideo, UR

O EXERCÍCIO DA MEDICINA: UMA REFLEXÃO À LUZ DO DIREITO PENAL

THE PRACTICE OF MEDICINE: A PERSPECTIVE OF PENAL LAW

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim
Lucas Gabriel Santos Costa

Resumo

São complexas as demandas resultantes da necessidade de desenvolvimento das bases relacionais que atribuem identidade à sociedade contemporânea. Dentre tais, apresenta-se, no controle social realizado através do direito penal, a busca do fundamento dogmático-penal da permissividade social das relações médicas assentidas, que são assumidas como úteis e necessárias na sociedade contemporânea. Como proposta central, apresenta-se a análise da transformação histórico-social da relação estabelecida entre médico e paciente, até o período atual, orientado pela impessoalidade e a compreensão desse período social na dogmática penal, ressaltando as respostas dadas através da crítica dos elementos da tipicidade e da ilicitude em âmbito penal.

Palavras-chave: Intervenção médica, Transformação social, Controle social do direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

There are multiple and complex demands arising from the need for maintenance and development of relational databases that give identity to contemporary society as social control carried out by criminal law, and pursuit of criminal-dogmatic foundation of permissibility of medical activities, which are considered useful and necessary in contemporary society. The aim is to present an analysis of historical and social changes in the relationship between doctor and patient up to contemporary days, driven by impersonality. Also aims the understanding of this social period in criminal dogmatic, highlighting the responses as crime or as unlawfulness within the criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medical intervention, Social transformation, Social control of criminal law

1 INTRODUÇÃO

As transformações tecnológicas, científicas e econômicas operaram profundas transformações sociais dentre as quais um individualismo exacerbado, algumas vezes travestido de autonomia. Legitimadas pelo que entendem ser um poder de realização da própria singularidade, as pessoas centram-se em si mesmas, e tendem à exaltação do eu e à consequente dissolução da figura do outro. A globalização opera uma aproximação apenas virtual, assim como a crescente dependência do outro, própria das sociedades complexas, o que gera o contato impessoal, reservado e frio.

Cabe ao direito intermediar as relações, procurando estabelecer vias de comunicação comuns e seguras que reflitam interesses e valores do grupo. Como instrumento essencial disposto para esse intermédio, o sistema jurídico-penal não está alheio a essa compreensão. A sustentação do direito penal e, consequentemente, as construções dogmáticas sobre a teoria do delito, se estabelecem a partir da valoração dos fenômenos vividos no sistema social. Busca, nessa sustentação, a construção de um sistema normativo, que possa ser valorativo, mas que não se afaste da compreensão da realidade ontológica, da compreensão do mundo vivido, ou seja, pretende-se que o dever ser possua fundamento inicial na existência do ser.

Esse desafio carrega em seu conteúdo a busca pela legitimidade do controle penal na sociedade que se pretende ordenada. Isto não ocorre, porém sem tropeços e frustrações em razão das múltiplas expectativas pessoais e da constante contingência da atualidade.

É nessa relação de conjunção, entre o signo ontológico e a construção normativa, que a posição do médico e a forma como se estabelecem suas relações com os pacientes, merece apreciação pelo direito penal. Profissional hoje à espera de rostos anônimos, ele próprio um desconhecido, passa a ter sua atividade regulada, nessa circunstância, em face de múltiplas situações. Afinal, em sociedades individualistas a confiança no outro se estabelece prioritariamente através de instrumentos formais, uma vez que há dificuldades em olhar e reconhecer o outro como uma extensão de todo *eu.*

Tais considerações não são estranhas ao direito, mas ao contrário determinam sua orientação com vistas a proceder aos ajustes indispensáveis para responder ao desejo e às necessidades da coletividade de forma justa e eficaz. É nesse sentido que as interações humanas que constituem os fatos sociais, em que se incluem as relações médicas e seus procedimentos, bem como a sua necessidade e adequação a uma comunidade, são assimilados e protegidos pelo sistema normativo.

A proposta desse trabalho consiste, exatamente, em desvelar a forma como têm ocorrido essas transformações no que diz respeito à legitimação da atividade médica no direito penal moderno, considerando duas variáveis: a dificuldade em cumprir os ideais de "liberdade, fraternidade e igualdade" e a evolução da própria atividade em direção à profissionalização, ao prestígio e à posterior desconfiança, sob o olhar da norma penal.

A materialização dessa proposta passa pelo estudo de institutos da dogmática penal, especialmente das construções dogmáticas na teoria do delito. O que se pretende é expor e criticar os diversos fundamentos dados pela teoria do delito para permissividade jurídica da relação médica.

Esse caminhar passa pela análise da estrutura das construções que consideram a relação médica juridicamente justificada pelo estado de necessidade e pelo exercício regular de direito, continua até as construções hipermodernas, funcionalistas, que, com base na extensão da compreensão da autonomia do paciente, consideram atípicas as relações médicas objetivamente assentidas.

O direito penal, dessa forma, parece ter seguido um curso paralelo ao desenvolvimento social, acompanhando a mutação do modo como se estabelece a relação ente médico e paciente. Assim ações que eram anteriormente socialmente aceitas porque tinham como fim a cura ou o tratamento, passaram a exigir indagações sobre a possibilidade de a conduta terapêutica apresentar tipicidade ou vir a ser justificadas pelo direito.

2 TRANSFORMAÇÕES, NOVOS PAPEIS E NOVA DISCIPLINA JURÍDICO PENAL

A proteção das relações humanas necessárias ao desenvolvimento social, como as relações médicas, que compõem a identidade cultural, é um requisito para sustentação do livre desenvolvimento da pessoa no sistema social. São as relações que compõem a identidade cultural, formadas por interações humanas, apreendidas pelo Estado, que no âmbito do sistema de controle social estabelecido institucionalmente, orientam a formação do que é penalmente permitido e proibido socialmente. É o sistema jurídico, com suas proibições e permissões, enfim, que possui a capacidade de reforçar as relações que se expõem como o elo que forma a base do conteúdo da qual se extrai da unidade do sistema social (CANARIS, 1989, p. 107).

Sem pretender traçar uma linha histórica rígida, mas, sim, fazer as aproximações possíveis, pode-se dizer que, ao direito penal, impregnado de conteúdo religioso, correspondeu uma compreensão da enfermidade também impregnada de misticismo. Em

verdade, durante um logo período (talvez ainda dissimuladamente ainda vigente) a principal explicação para as doenças era que resultavam de castigo divino. Dessa forma, apenas os mais poderosos, sobretudo no plano espiritual, eram qualificados para curar. Reinstalar o estado de saúde e de bem-estar foi, portanto, uma tarefa de magos e influentes, contra os quais nenhuma reação punitiva seria própria ou cabível.

Na Idade Média, a medicina era exercida entre nobres, servindo, o praticante até mesmo como cortesão especialista em envenenamentos (SIGERIST apud ALMEIDA FILHO; ROUQUAYROL, 2006, p.10). Nessa época, porém, o poder dos nobres e reis não encontrou limites jurídicos, uma vez que a palavra do soberano era a mais viva manifestação de legalidade.

Com o avanço do conhecimento médico durante a renascença, passou-se a observar a profissionalização do ensino e do exercício da medicina que postula, então, o direito à autorregulamentação com base em sua especialidade (expertise)[1]. Já então se constatava que, por sua importância, a atividade exigia regras e princípios próprios que orientassem o seu exercício cotidiano (Heather MacDougall, G. Ross Langley,s/d).

Essa consciência levou à elaboração dos primeiros códigos deontológicos oficiais de autoria de John Gregory, Thomas Percival e Benjamim Rush. Na obra de Gregory, pode-se encontrar um protótipo do princípio que impõe o dever de informar aos doentes terminais a verdade sobre sua situação. Afirma-se, porém que não havia nada nesse trabalho que pudesse lembrar que a defesa da segurança do paciente e sua proteção eram uma obrigação superior ao interesse pessoal na manutenção das boas relações com os colegas de profissão. Já o código de Percival dispunha que a consciência do médico era o único tribunal a que o mesmo estava submetido e que sua maior responsabilidade consistia em aprender com seus erros e assegurar-se de que eles não voltariam a ocorrer. Tal pensamento é uma expressão perfeita do alto conceito que os médicos tinham de si mesmos e de sua inatingível reputação.

No século dezenove, persiste a deificação da profissão, mas desta feita com o concurso da medicina científica, chamada também de anátomo-clínica porque preocupada com a objetivação das doenças e o estabelecimento de sua correlação com a parte do corpo onde se manifestavam. Claude Bernard em consonância com essas ideias afirmava as enfermidades não passavam de fenômenos psicológicos. O prestigio social dos médicos resultava de sua competência clínica e do respeito que gozava a medicina diagnóstica (Céline Lefève, 2006).

---

[1] Nota explicativa: A medicina não teria se tornado cientifica a não ser a partir da escola de Hérophile, discípulo de Praxagoras, e de Erasistrate, discípulo de Chrysippe de Cnide, os quais são considerados os verdadeiros fundadores da anatomia descritiva, os primeiros a fazer dissecações em seres humano conforme L'histoire de la médecine.

O direito penal, por sua vez, também se estruturava e sua dogmática já se consolidava historicamente na Europa, na segunda metade do século XIX, como um desdobramento da dogmática jurídica. A chamada Ciência do Direito Penal tinha pretensões de alcançar um plano de legitimidade científica e, segundo Welzel, (1987, p.11) seu objetivo seria desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas em sua conexão interna, ou seja, sistematicamente. Lembrava o autor, porém seu sentido mais profundo porque "enquanto uma teoria do atuar humano justo e injusto suas últimas raízes tocam os conceitos fundamentais da filosofia prática".

A ideia de justiça, embora deduzida muitas vezes de um plano além da experiência, visava atender às boas razões de então. A visão que se tinha no século dezenove e parte do século vinte a cerca do homem era a de um ser indiferenciado, acomodável, como dizia Bruno (1966ª, p.115), a um padrão comum. As construções, a partir de então, tomam como referência esse ser objetivado pela apetência generalizadora da racionalidade, como enuncia Costa Andrade (1991, p.18). É para esse ser virtual que se dirigem as construções penais, a exemplo do que ocorre com a culpa, na qual a capacidade de previsão do resultado é aquela do *homem médio.*

2.1 JUSTIFICADORAS OBJETIVAS DA INTERVENÇÃO MÉDICA: EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO E ESTADO DE NECESSIDADE

Nesse cenário, nada mais natural, portanto que a intervenção médica fosse considerada como exercício regular de um direito ou como estado de necessidade, excludentes de ilicitude objetivas, em nome das quais era possível justificar a invasão à integridade física de outrem.

Autores nacionais detêm-se, ainda hoje, nesta reflexão. Nelson Hungria (1983) lembra que o instituto já era previsto no direito romano e também no direito canônico, embora não constituísse uma regra geral. Em certas situações, porém aquele que exercia o próprio direito, não praticava crime. O Código de 1940 incluiu expressamente o exercício regular de um direito entre as causas que excluíam a ilicitude do fato. Aí, se situavam, conforme o autor, o exercício normal de uma profissão legalmente consentida, a exemplo das exercidas pelo médico ou pelo enfermeiro que efetuasse a extração de sangue e a lesão corporal resultante de cirurgia indicada conforme a arte médica.

O fato de não se conferir relevância à vontade do sujeito para legitimação das intervenções corresponde a várias razões, podendo-se de logo lembrar que a relação médico/paciente há muitas séculos vinha se baseando em uma concepção de medicina

paternalista própria da tradição hipocrática. Esse modelo era fundado na ideia de superioridade técnica e também moral do médico diante do paciente, segundo a qual, este profissional era investido de uma autoridade de Esculápio, podendo por isto mesmo decidir autonomamente sobre o melhor procedimento para cada doente. A própria origem da palavra *enfermo* (do latim *infirmus* - pessoa débil, sem firmeza, força física ou espiritual) já sugere um vínculo fundado na autoridade de uma das partes para comandar os rumos da relação, no caso, o processo terapêutico a ser desenvolvido. Assim, pessoas pensadas como sendo destituídas de singularidade, teriam todas, o mesmo terror diante da morte e do esvanecimento de sua existência. A figura do médico guardaria, como ainda guarda, uma oportunidade de protelação do fim nunca desejado, independentemente das perspectivas e valores de cada sujeito.

O exercício de direito permite que este profissional, sob tal ótica, mais que um direito, exercite um dever, o de pacificar as dores e temores de seu paciente. No plano jurídico penal, isto ocorre sempre que o médico atua de forma regular e segundo as leis da medicina. Justificada sua intervenção, lesões reais ou aparentes que possam resultar das práticas médico-cirúrgicas deixam de ser incriminadas porque, como bem explica Bruno, (1966, p.13) trata-se de atividade regulada pelo estado, o qual estimula e fiscaliza seu exercício e que comporta riscos naturais. Transportando o raciocínio para o âmbito da imputação objetiva, poder-se-ia falar em risco permitido pelo estado.

Não se pode afirmar que o princípio da autonomia, embora sem o protagonismo que tem hoje, tenha sido totalmente ignorado ou desconhecido. Nelson Hungria (1983, p. 250) e Aníbal Bruno (1966, p.14) ressalvam que o exercício do direito só pode ser considerado *regular* quando há consentimento do paciente, embora este não fundamente a licitude da intervenção. Tal princípio era, então, obscurecido, pelo importante papel social do médico e pela influência de outros princípios de orientação paternalista, como o da beneficência, segundo o qual o bem do paciente deveria sempre ser buscado pelo médico, ainda que contra sua vontade. Segundo Galán Cortés (2001, p. 260), este princípio pode ser mais bem expresso da seguinte forma: tudo pelo enfermo, mas sem o enfermo, ou seja, sem que a pessoa participe das escolhas e delas tenha conhecimento. Por outro lado, há, ainda hoje, resquícios de paternalismo, com a prática do paternalismo débil[2], por exemplo, o qual no cenário em que é recrutado não deve ser considerado como violador da autonomia e dignidade.

[2] Entende-se como paternalismo débil a proibição de cirurgias mutiladoras e exóticas e o chamado privilégio terapêutico existente na legislação espanhola, na francesa e acatado pelos tribunais suíços segundo o qual um paciente pode deixar de ser informado sobre sua doença quando esse consentimento possa lhe causa, segundo o

O estado de necessidade tão pouco era desconsiderado, mas tinha um papel subsidiário na justificação das intervenções médicas. Hoje, ainda é invocado para conferir juricidade a determinados tipos de intervenção como se verá, mas apenas quando e nos sistemas jurídicos nos quais o consentimento ainda não é hegemônico.

As visões coletivistas, voltada para os interesses sociais e comunitários, argumentavam, então, que há interesse do Estado na cura de doenças e que tal interesse deve preponderar sobre a liberdade dos doentes. Alguns, como Hahn (Hungria, 1982, p. 191) chegavam mesmo a tratar da necessidade do individuo preservar sua saúde e curar-se de enfermidades em benefício da comunidade. Haveria, portanto, nesses casos, uma ponderação de interesses, quais sejam, a vontade do paciente e o bem comum, entendendo-se como tal sua saúde. Naturalmente, este sobrevalia ao primeiro como valor mais precioso.

São valiosas as palavras de autores do inicio do século passado para justificar o desprezo pela autonomia do individuo e a recorrência ao estado de necessidade como figura de legitimação da intervenção médica não deseja ou não autorizada. Ricardo Royo afirmava que o enfermo ignora costumeiramente o que deve ser feito em seu benefício e que apenas o médico pode tomar a decisão correta. Louis Faure, no mesmo sentido, dizia que o médico não pode hesitar quando a intervenção é urgente e assim deve proceder, mesmo contra a vontade do paciente (apud Nelson Hungria, 1982, p.174).

No direito brasileiro, ainda é o estado de necessidade que justifica o constrangimento exercido para intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por perigo iminente. É Hungria (1982, p.192), ainda o comentador mais preciso sobre o tema no Brasil, quem ressalva os requisitos para que se afaste a incriminação da conduta, quais sejam, iminente perigo de vida (um perigo próximo e certo) que pode ser arrostado pela intervenção, evitando a morte do paciente. Não basta, como lembra o autor, uma possibilidade mediata de morte em razão de possíveis complicações, é preciso que ela se mostre como um desdobramento próximo do quadro do paciente.

A excludente persiste hoje, mesmo em face do artigo 15 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Isto ocorre porque o direito penal brasileiro não dispõe da figura do consentimento presumido, como causa capaz de afastar a ilicitude nos casos em que o médico interfere com base na vontade hipotética do paciente face à intervenção, quando não é possível obter ou esperar pela possibilidade de sua obtenção.

---

profissional médico, perturbação psíquica relevante, podendo mesmo comprometer o sucesso da intervenção. Vide para maiores informações: (ANDRADE, 2008, p. 120-130).

Manoel da Costa Andrade (2004, p. 112-113) trata de outras situações de sobrevivência e admissão do estado de necessidade no direito contemporâneo, desde que examinado com as devidas cautelas, a exemplo da coleta de sangue arbitraria em reclusos e pacientes suspeitos de serem portadores de AIDS quando a vida de médicos e profissionais de saúde pode vir a ser afetada pelo contato direto sem as cautelas usuais na situação. Nesses casos, porém adverte que o direito de necessidade deve aparecer sob a forma e o regime de direito de necessidade defensivo porque o perigo a ser ultrapassado "emana da esfera jurídica do titular dos interesses a sacrificar".

2.2 ATIPICIDADE DA INTERVENÇÃO MÉDICA EM RAZÃO DO VALOR CONTIDO NA AÇÃO

A teoria de Welzel (2011) sobre a adequação social das ações é uma ponto de aproximação interessante para interpretação da atuação do médico. Segundo o autor, as ações realizadas dentro dos marcos da vida social e comunitária, apesar de aparentarem tipicidade, não realizam o tipo, mesmo que possam acarretar perigo para a vida social porque se realizem no âmbito da ordem ético-social da vida do grupo. Os tipos, no seu entendimento, (2001, p.58), revelam a natureza social e ao mesmo tempo histórica do direito e, assim sendo, não se pode tomar, isoladamente, a lesão ao bem jurídico como a essência do delito. Segundo Jungen Baumann (1973, p. 158), nesse sentido, em alguns tipos, o número de condutas conforme o direito que apresentam tipicidade é maior que o das realizações antijurídicas do tipo. O que faz Welzel não é antecipar o juízo de ilicitude, mas, sim, tratar no âmbito do próprio tipo, de ações que não o constituem, dele retirando aquelas que não são uma ofensa grave aos valores sociais. O tratamento de saúde é incluído nessa perspectiva e não podendo ser considerado lesão corporal porque corresponde a um interesse comunitário.

Apesar da adequada interpretação do fato à luz do direito, não se considerou a teoria como sendo completa e segura. (Jescheck, 1993, p. 229) diz que a ideia de adequação social é recrutada sem necessidade para restrição do tipo porque é um critério inseguro quando há regras de exegese mais confiáveis. Conclui, esclarecendo que um tipo apenas não se realiza quando lhe falta um conteúdo típico do injusto. De fato, essa é uma questão que pesa sobre a teoria, provocando alguma dificuldade na distinção das causas de exclusão da antijuridicidade e aquelas que suprimiriam o próprio tipo.

A ideia de que a atividade médica não constitui sequer tipo penal persiste, em outros autores, porém por distintas razões. Cerezo Mir (2007, p.742-743) compreende que, mediante

uma interpretação teleológico-restritiva e sendo a intervenção médica bem sucedida, não se deve falar em delito de lesões à integridade corporal. Adverte, também que, mesmo havendo um resultado desfavorável, mas sendo ação permitida pelo paciente e agindo o médico com a vontade de curar, faltará o dolo de lesões e, portanto, tipicidade. O autor espanhol recusa, até mesmo, a hipótese de dolo eventual na conduta do facultativo.

É importante, nessa altura do trabalho, que se refira qual o tipo ou tipos penais que podem vir a ser realizados por ação do médico. Manoel da Costa Andrade (2008, p.70) fala em lesão corporal da qual tem uma ideia alargada, entendendo-a como sendo "toda invasão da integridade física: desde a extração de partes e substâncias e a inoculação de substâncias, até a intromissão no corpo para além das fronteiras delimitadas pela pele pelos músculos" Por óbvio, nem toda intervenção médica ilícita resulta em lesão, nem mesmo nesse sentido amplo. Por isto, alguns países, a exemplo de Portugal e Áustria, dispõem de um delito autônomo para punir o tratamento médico-cirúrgico quando arbitrário. Reserva-se, segundo o mesmo autor, a incriminação da conduta como lesão quando a intervenção não é feita no interesse do paciente. Cerezo Mir (2007 p.743) oferece exemplos que permitem identificar as situações nas quais se podem caracterizar as ofensas corporais. Aponta os transplantes de órgãos, as transfusões de sangue já que não têm como objetivo curar ao doador. Na mesma categoria insere as cirurgias estéticas. O consentimento como causa de justificação é invocado nesses casos para excluir a antijuridicidade do fato.

Hungria (1982, p. 173-174) convoca autores alemães de seu tempo para distinguir os delitos de acordo com o tipo de abordagem terapêutica, se tratamento arbitrário, delito contra a liberdade, se intervenção cirúrgica, lesão corporal. A, fórmula, todavia já não atende à realidade contemporânea, na qual, muitos tratamentos são realizados através de exames invasivos.

3 A AUTONOMIA COMO FUNDAMENTO DA PERMISSIVIDADE PENAL DA RELAÇÃO MÉDICA CONSENTIDA – INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO

Privilegiando um maior espaço social ao exercício da liberdade, em nome do respeito à autonomia e ao ideal de um Estado de Direito material (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 34), as construções funcionalistas observam critérios normativos para determinar a atipicidade do comportamento humano materialmente não lesivo. Partem, assim, de um conceito normativo

de bem jurídico, considerado enquanto um valor essencial a toda comunidade e estabelecem que conduta punível é aquela que gera lesão ou perigo de lesão a tal bem.

Com essa postura metodológica, a construção funcionalista utiliza o princípio do risco como filtro para determinar a tipicidade objetiva do fato social. Aqui, no âmbito da tipicidade, o que se propõe é uma funcionalização e valoração dos institutos segundo a política criminal de um Estado democrático de Direito (GRECO, 2000, p. 08).

O que propõe, então, é que no âmbito do tipo objetivo se analise se o comportamento foi capaz de criar ou aumentar um risco juridicamente relevante que se materializou em um resultado ao bem jurídico, dentro do alcance do tipo (MELIÁ, 2001, p. 23). Nesse processo, o comportamento do médico e do paciente, numa intervenção cirúrgica, ainda que ausente a manifestação expressa de vontade do paciente, é tomado como um critério objetivo para determinar a tipicidade ou não da conduta.

Assim, a construção pretende tornar atípica a intervenção médica realizada nos limites da *lex arts,* mas não seria, *a priori*, por respeito à finalidade da arte médica, que no âmbito do cuidado com o outro, do concidadão, reforçaria os laços de cidadania e solidariedade, valores essenciais a uma sociedade que se quer observar enquanto comunidade. O que a construção funcionalista postula é, ainda que inexistente a manifestação subjetiva da vontade, orientar o juízo de tipicidade pela análise objetiva do comportamento dos intervenientes no fato social com o intuito de ampliar os espaços de liberdade.

A proposta funcionalista vincula-se a um panorama hipermoderno, com a majoração da individualidade e do afastamento do Estado das demandas de viés pessoal (LIPOVETSKY, 2004, p. 58-59). A legitimidade da intervenção penal, assim, é aferida pelo potencial de estabelecer os espaços materialmente proibidos apenas quando imprescindíveis à manutenção do sistema social ou para proteção última do bem jurídico. O procedimento busca exaltar o espaço existencial da autonomia, mas, igualmente, ampliando a solidão e a indiferença do Estado com as demandas comunitárias e da sociedade com o outro. Ou seja, a um tempo, há uma inegável maximização da autonomia e liberdade que, a seu turno, produz a falta de comprometimento dos indivíduos e quebra da coesão do grupo. Como diz Zygmunt Baumann (2003), não existe segurança sem liberdade, mas a liberdade sem segurança gera o caos. Ademais, a sociedade de massa interrompe o vínculo pessoal médico-enfermo, passando os serviços de saúde, como os demais, a serem usados em larga escala. Sendo os laços, frágeis e volúveis, as relações médico paciente só ganham a consistência necessária através de intricadas regulações jurídicas, fazendo com que a racionalidade formal prevalece sobre o respeito à alteridade.

Para se proteger de intervenções não desejadas, pacientes se organizam em associações, fazem aprovar leis de proteção a sua autodeterminação, passando a ostentar o direito de recusar a ação do médico ainda que necessária para sua cura ou menor sofrimento.

A dogmática deste cenário segue uma orientação liberal, com foco na ampliação da liberdade dos atores do fato social. Trata-se de mais uma manifestação do Estado liberal que se retrai e faz repousar sobre o cidadão maiores responsabilidades para as quais, muitas vezes, sequer está preparado.

3.1 A ATIPICIDADE DA INTERVENÇÃO MÉDICA CONSENTIDA PELA AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO-PENAL

Nesse contexto, possui especial relevo a concepção monista do consentimento do ofendido que se assenta em um conceito normativo de bem. Parte da compreensão do consentimento como uma forma de expressão da livre fruição de bens jurídicos, finalidade do direito penal, que revela o desenvolvimento da personalidade da pessoa que consente (ROXIN, 1997, p. 514).

Por esse caminho, o consentimento expresso do paciente numa cirurgia, por exemplo, seria capaz de fundamentar a atipicidade do comportamento médico pela ausência de lesão ao bem jurídico-penal integridade físico-corporal, uma vez que a lesão consentida inerente à intervenção recai sobre o corpo do paciente enquanto um objeto material, e não sobre o bem jurídico integridade física, valor atribuído pelo sistema jurídico a tal objeto. Distinta daquela de Cerezo Mir, já assinalada.

Nesse sentido, para existência de lesão ao bem jurídico é preciso que ocorra, para além da deterioração do objeto do crime, uma violação ao valor que o sistema jurídico atribui ao objeto material, que no Estado democrático de Direito, seria a livre disposição pessoal de bens. A conduta penalmente típica passa a depender de uma ação contra vontade do titular do bem (ROXIN, 1997, p.518).

Considerando a ausência de conflito entre a conduta ontologicamente lesiva do médico e a vontade expressa do paciente, a teoria monista observa que o assentimento – acordo e consentimento – são manifestações do titular do bem que atuam como causa de exclusão da tipicidade, pois a liberdade de ação de quem consente é o fundamento para exclusão do tipo penal, independente do dissenso do ofendido integrar ou não o conteúdo formal do tipo penal.

Assim, se o bem jurídico-penal é um valor, para existência da tipicidade material é preciso que exista a lesão a tal valor, o que não ocorre nas relações médicas consentidas, pois

o risco ou o dano ao objeto material não é capaz de ensejar a tipicidade da conduta pela ausência de lesividade, não há o desvalor do resultado.

Alejandro Alagia, (1999, p. 03) sob uma orientação monista, defende que, no caso de ponderação de bens que observa o consentimento como causa de exclusão da ilicitude penal, é o próprio Estado quem define o que é contrário ou não ao bem estar do portador do bem jurídico, demonstrando, assim, o paternalismo penal na solução do consentimento como causa de justificação estabelecida com um juízo de ponderação entre a liberdade individual e o interesse da sociedade.

Nesse sentido, o consentimento como causa de justificação resulta na contradição entre o sentido e a função da categoria da antijuridicidade. A questão é que, no âmbito da antijuridicidade deveria se aferir a tensão entre o conflito social, através da violação da proibição contida nos tipos, e permissão normativa, sendo incoerente perquirir a ilicitude de uma intervenção médica consentida, por exemplo, uma vez que nesses casos, a relação entre médico e paciente, não chega a ingressar no espaço material de proibição penal.

Apesar de adotar um conceito normativo de bem jurídico para fundamentar a atipicidade das relações médicas consentidas, o viés funcionalista adotado por Roxin tem limite no potencial de disposição da vida. Nesse ponto, o consentimento não se vincula ao conceito normativo de bem jurídico, uma vez que a vida é considerada um bem de valor intangível pelo autor, o que justifica a sua *tabuização*[3] (ROXIN, 1997, p. 529). Ainda é preciso destacar que, apesar do caráter liberal atribuído ao bem jurídico, Roxin considera que o consentimento que recai sobre as intervenções médicas na integridade física devem respeitar a cláusula dos bons costumes, inscrita no art. 228 do Código Penal Alemão.

A construção não considera as adversidades postas na relação médica e que dificultam a expressão do consentimento como conteúdo da vontade do titular do bem, exaltando a autonomia. Própria de pais central europeu, no qual são amplas as oportunidades de acesso ao desenvolvimento e ao conhecimento, ignora vulnerabilidades típicas de países em desenvolvimento.

[3] Nota explicativa: Segundo Roxin, a vida é um bem jurídico individual indisponível, que torna o consentimento totalmente ineficaz. Fundamenta a indisponibilidade na impossibilidade de irrevogabilidade do consentimento, ou de reparação dos efeitos do mesmo em caso de vícios na manifestação do titular do bem, sendo que a indisponibilidade é uma forma de proteção do titular do bem, até de suas próprias ações; considera, igualmente, que devem ser criados tabus sobre a indisponibilidade da vida, que é um bem supremo.

3.2 A ATIPICIDADE OBJETIVA DA INTERVENÇÃO MÉDICA COM FUNDAMENTO NA NÃO CRIAÇÃO DO RISCO JURIDICAMENTE PROIBIDO

A teoria do risco e o risco permitido coligam a análise do fato social perigoso, mas necessário ao sistema social, como critério a ser aferido no juízo de tipicidade penal. Os limites do comportamento proibido - que cria um perigo ou amplia um risco já existente, em abstrato - decorre de construção legal de um núcleo de proibição após um juízo de proporcionalidade entre a liberdade do comportamento arriscado e a necessidade de manutenção de condições seguras à conservação dos bens jurídicos.

As intervenções médicas que têm maior potencial invasivo sobre o corpo do paciente possuem em sua essência um risco ao bem jurídico integridade física. O risco, no entanto, exercido dentro de determinados limites é necessário e adequado ao modo de viver da pessoa em sociedade. Por isso, a relação arriscada não se transforma em penalmente perigosa, se realizada conforme a *lex arts*, ela é objetivamente atípica porque dentro dos limites do risco juridicamente permitido.

Ainda no âmbito funcionalista, a partir da construção de Günther Jakobs, é possível observar o programa penal de intervenção sobre as relações médicas a partir dos sistemas de expectativas inerentes aos papéis sociais. A apreensão das circunstâncias presentes nas relações médicas pelas construções dogmáticas da teoria do delito faz surgir propostas de imputação que orientam a resposta penal a partir da compreensão sistêmica do fato social (JAKOBS, 2000, p. 34).

Jakobs (1995, p. 294) orienta que existem bens, mediatamente protegidos pelo direito penal, que assumem uma relação direta com a fruição da liberdade pessoal em fatos sociais específicos, são chamados de bens intercambiáveis. Nesse caso, o consentimento sobre o fato que qualifica o intercâmbio do bem, não gera uma defraudação de expectativas normativas pelo comportamento assentido do agente, indicando a atipicidade da conduta.

Os tipos penais, no entanto, também protegem expectativas normativas sobre a garantia de condições sociais que não representam uma proteção direta à autonomia e, por isso, não possuem a função de intercâmbio, ou seja, meio de desenvolvimento da personalidade. Nesse caso, a vontade do indivíduo não se sobrepõe ao interesse da sociedade quanto à proteção do bem, existindo a tipicidade ainda que a conduta do médico esteja em consonância com a expressão da vontade de quem se submete à intervenção clínica.

Em todo caso, o programa dogmático do consentimento nas relações médicas não se apoia apenas na aferição da expressão subjetiva que decorre da permissão da vítima, mas,

igualmente, através do significado que se extrai do contexto em que se deu tal permissão. Jakobs (1995, p. 295) cita, como exemplo, que a retirada de um rim, consentida pelo doador, por um médico, para realizar um transplante, é diferente de uma doação de sangue. Nesta, teríamos o bem como forma de intercâmbio da liberdade do titular do bem e o consentimento exclui a tipicidade, naquela, há uma violação das expectativas normativas, mas tal violação através da intervenção médica consentida se justifica pela ponderação entre interesses positivamente significativos ao sistema social.

É o caso concreto em que se expressa o consentimento que determina a existência da defraudação de expectativas normativas pelo agente e, consequentemente, a tipicidade da conduta da conduta. Assim, pode se operar o consentimento excludente do tipo ou justificante com referência ao mesmo tipo penal, dependerá do contexto fático e das expectativas da sociedade na preservação do bem.

Ampliar o espaço social de liberdade não deve se confundir com desconsiderar a vulnerabilização do paciente na relação médica. O conhecimento médico especializado, a dificuldade na interpretação dos termos técnicos, bem como a instabilidade psíquica do paciente enfermo são circunstâncias que se colocam como pontos de parada e reflexão para adoção do consentimento ou do comportamento objetivo dos envolvidos na relação como critérios que, ao nível da tipicidade, dariam permissividade à conduta médica.

4 A RELAÇÃO MÉDICA CONSENTIDA JUSTIFICADA PELA NÃO VIOLAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL AO BEM JURÍDICO

A mudança dos ideais que estabelecem as convenções comunitárias que formam o conteúdo dos modos sociais de viver influi, como se tem destacado, no perfil de controle a ser estabelecido através do direito penal. Essa afirmação decorre da necessária legitimidade que se observa como um fundamento de um sistema jurídico-penal apoiado num Estado democrático de Direito.

No âmbito dessa legitimidade, o que se requer, na busca do fundamento da permissividade social da intervenção médica, atividade essencial à saúde, é a adequação da proposta da dogmática penal, com a garantia de justiça e liberdade, com a necessidade de controle social e proteção de bens que possuem importância para manutenção de perfil ideológico assumido pela sociedade.

Nessa análise, é importante destacar o papel do reconhecimento e respeito à expressão da autonomia do paciente como um critério para definição do enquadramento dogmático a ser

dado ao fato social constituído numa relação médica. O respeito à autonomia que deve se compatibilizar com o respeito à pessoa e, consequentemente, à vida do paciente. Desse modo, o respeito à autonomia não se confunde em entregar nas mãos do paciente a responsabilidade total da decisão sobre a intervenção cabível, em geral eivada de complexidade, eximindo o médico e o Estado na orientação de um caminho escolhido a dois.

A medicina do cuidado, demandada dentre outros por Celine Lefèvre (2006), postula que a atenção ao paciente o considere em sua singularidade, sua experiência de vida e seu sofrimento. A compreensão da subjetividade do outro, seu reconhecimento como sujeito principal do tratamento, não implica, todavia em fazer repousar sobre seus ombros a pesada tarefa de ser o responsável por seu estado de saúde. Essa missão será atingida quando mais os sujeitos do processo possam se perceber além de si mesmos, permitindo que o eu esvaneça, em um gesto de generosidade, para a compreensão do outro. (LEVINA, 1980).

O consentimento no plano jurídico penal viabiliza, no processo terapêutico, que o enfermo caminhe rumo a sua emancipação, saindo da condição de objeto do tratamento, para uma outra onde é o sujeito que autoriza os procedimentos e lhes confere licitude. Não é a meta final no plano relacional, mas um recurso jurídico à espera da plena solidariedade.

Considerando o consentimento do ofendido como causa de justificação, num viés dualista, Manuel da Costa Andrade, (1991, p.137 e seguintes), analisa que as construções de Dohna, ainda sob a égide do método positivista, influenciadas pelos avanços do Neokantismo e do reconhecimento da antijuridicidade material, foram importantes para observar o consentimento como causa de exclusão da ilicitude. Observa que Dohna analisa a permissão do titular do bem jurídico como um meio adequado para alcançar um fim socialmente justo. Nesse sentido, a conduta adequada não poderia ser ilícita, pois a finalidade do ordenamento jurídico é orientar condutas individuais adequadas.

Em tal contexto, o consentimento do paciente seria um meio idôneo para alcançar a realização de uma atividade socialmente justa, a intervenção médica. Sendo a atividade exercida pelo médico uma conduta individual adequada, o consentimento seria uma ponte para a atribuição de sua permissividade. O consentimento do paciente é um instrumento para justificar a conduta do médico: a permissividade da relação não se fundamenta no respeito à autonomia do titular do bem jurídico, mas do caráter justo que se atribui socialmente à conduta lesiva ao bem.

Analisando o consentimento do ofendido como causa que incide sobre a antijuridicidade, Sauer considera lícita a conduta que não ofende a justiça e o bem estar da sociedade. O autor analisa que deve se atribuir licitude ao comportamento que destinar mais

vantagens que prejuízos à sociedade, pois, considerando que o indivíduo é um membro de uma comunidade jurídica e não pode se eximir dessa condição, o consentimento será válido quando não for prejudicial aos interesses da sociedade, o consentimento deve se orientar por sua lesividade social (ANDRADE, 1991, p.137 e seguintes). Aqui, a intervenção médica é considerada lícita se o consentimento do paciente for destinado a uma conduta conforme a expectativas sociais que se atrelam ao resultado da intervenção.

Mezger, por sua vez, orienta o ilícito na direção do interesse do ofendido e não o fim de atuação do agente, para isso, observa a prevalência dos princípios da carência ou prevalência de interesses no âmbito da lesão consentida ao bem jurídico (ANDRADE, 1991, p.137 e seguintes). Apesar de considerar a presença da lesão ao bem jurídico, como por exemplo, a integridade física, na intervenção médica, com a expressão do consentimento do paciente, não haveria o interesse estatal de proteção penal do bem.

5 CONCLUSÃO

A proteção da liberdade individual no gozo de bens pessoais é uma relação que interessa à comunidade. A destinação dos espaços de liberdade individual para a disposição de bens, ainda que pessoais, é um fator que interessa a toda sociedade, e o direito penal a protege como forma de ampliação dos valores constitucionais no sistema que se apoia na dignidade humana. O exercício da liberdade é produto de uma relação entre indivíduo e sociedade.

Entende-se que, em termos da construção de uma dogmática mais afinada com o valor material da vida e da saúde, o âmbito da antijuridicidade, com a aferição do consentimento do ofendido como causa de justificação, evidencia maior segurança para uma resposta adequada com o perfil do direito penal que tem por finalidade a proteção dos bens essenciais ao desenvolvimento do ser humano. No entanto, é preciso esclarecer que levar a análise da permissividade da relação médica ao nível da antijuridicidade seria considerar que atividades essenciais à manutenção da saúde, seriam, a priori, juridicamente desvaloradas, a ponto de ensejar o positivo de tipicidade. Isto ensejaria um antagonismo na relação entre o médico e o enfermo que não deve ser estimulado direito.

Não se postula, portanto, a criminalização da atividade médica nem seu oposto, a absoluta entrega do enfermo, pessoa em estado de vulnerabilidade acrescida, à complexidade de interesse que intermediam as relações na contemporaneidade. O que se questiona é se os ideais de liberdade, fraternidade e igualdade, que orientaram a emancipação na modernidade, se dissolveram na sociedade de massa, ou se é possível convocá-los ainda. Em áreas tão

delicadas como a do tratamento da saúde e da preservação da vida, a medicina do cuidado, como meta, demanda a retomada do pensamento da solidariedade, expressa em Levina como alteridade: a sensibilidade ao outro que permite o despojamento do eu isolado em si mesmo para que se torne um eu com todos os outros.

A questão que subsiste diz respeito à capacidade do direito em reconhecer e encaminhar, adequadamente, a fraternidade como objetivo justo.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro. *El Consentimiento em la Dogmática Penal*. In: *"Nueva Doctrina Penal*", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1999/B, Sección Universidad.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo.* Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento em direito penal médico: o consentimento presumido. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 14, p.117-147, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar.

BAUMANN, Jungen. Derecho penal, Conceptos fundamentales y sistema, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BRUNO, Aníbal. Direito penal: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v1, t.2, p.12.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Cerezo Mir. Derecho *Penal Parte General. Obras Completas* Vol. 1 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima: ARA Editores, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado* Ed. Civitas, Madrid, 2001. p. 260.

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito.* In: I Congresso de Direito Penal e Criminologia, nº 1, 2000, Salvador, UFBA. *Comunicações Científicas* (Painel).

GUÉREZ TRICARICO, Pablo. *Presupuestos de la licitud jurídico-penal Del tratamento médico curativo: El papel del consentimiento del paciente*. Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Madri, 2011. Disponível em: https://repositorio.uam.es/handle/10486/6953 Acesso em: 12 jan. 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, tomo II 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983 250-251.[7] BRUNO, Aníbal. Direito penal: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense,

1966, v1, t.1, p.105. [1] ANDRADE, Manoel da Costa. Consentimento e Acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982 p. 174.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v.. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

Idem p. 13 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK Hans-Heinrich. *Tratado de derecho pénal* (Parte general), Granada: Comares, 1993.

LEFÉVE, Céline. La philosophie du soin » .Em: *La Matière et l'esprit*, n° 4 Médecine et philosophie (dir. D. Lecourt), Université de Mons-Hainaut, avril 2006, p. 25-34.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACDOUGAL Heather, LANGLEY, G. Ross M .*L'éthique Médicale D'hier, 'aujourd'hui et de Demain.* Disponível em: http://www.royalcollege.ca/rcsite/bioethics/primers/medical-ethics-past-present-future-f .Acesso em: 24 de abril 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª reimpressão. Mendoza: Cuyo, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Tradução por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

Welzel, Hans.. *O novo sistema penal.* Tradução prefácio e notas de Luis Regis Prado, São Paulo: RT, 2001.