

DOUTRINA INTERNACIONAL

RESPONSABILIDADE MÉDICO-SANITÁRIA E AIDS (PRIMEIRA PARTE)*

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Direito Penal da Universidade de La Laguna

I — O DEVER DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AOS PACIENTES DE AIDS. 1. Introdução — 2. Fundamento jurídico geral da obrigação de assistência — 3. Concretização do dever de assistência e de tratamento — 4. Deveres de assistência com relação aos pacientes penitenciários: 4.1 Assistência sanitária penitenciária — 4.2 Assistência sanitária ou hospitalar extrapenitenciária — 5. Responsabilidade penal em caso de inassistência — 6. Causas de exclusão da responsabilidade penal — 7. O problema dos custos: restrições de política econômica sanitária? II — LIBERDADE E OBRIGATORIEDADE DE SUBMETIMENTO A TRATAMENTO. 1. Consentimento mediante informação — 2. Rejeição ao tratamento por motivos pessoais — 3. Imposição do tratamento por motivos de saúde pública — 4. Tratamentos com medicamentos novos ou em fase de pesquisa — III — PREVENÇÃO MÉDICO-SANITÁRIA DA TRANSMISSÃO DA AIDS. 1. Medidas preventivas gerais — 2. Medidas especiais. 2.1 Utilização de substâncias orgânicas humanas — 2.1.1 Transfusões de sangue — 2.1.2 Extração e transplante de órgãos — 2.1.3 Doação de sêmen — 2.1.4 Aspectos comuns — 2.1.5 Responsabilidade penal — 2.2 Prevenção da transmissão à descendência — 2.2.1 Esterilização — 2.2.2 Aborto — 2.3 Paciente ou doador com indícios de estar contagiado — 2.3.1 Realização obrigatória dos testes para detecção de anti-corpos do vírus relacionado com a Aids? — 2.3.2 Responsabilidade pela emissão de um diagnóstico equivocado — 2.3.3 Dever de informar sobre os resultados dos testes — 2.4 Entrega de seringas e outros materiais de assepsia e prevenção — 2.5 Responsabilidade do paciente ou doador portadores de anticorpos — 2.5.1 O delito de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas — 2.5.2 Delitos de lesões corporais — 2.5.3 Delito de homicídio — 2.5.4 Configuração do dolo e relevância do risco permitido e do consentimento da vítima — IV — DEVER DE CONFIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO PACIENTE E AO DOADOR. 1. Proteção da intimidade do paciente e do doador — 2. Exceções ao dever de confidência.

O chamado Síndrome da Imuno-Deficiência Adquirida está colocando numerosos e complexos problemas de diversa natureza já conhecidos por todos, destacando-se antes de tudo os humanos, sanitários e sociais. E o direito não tem se subtraído aos efeitos que comportam as novas situações geradas por dito síndrome, cujos problemas, numerosos e de variadíssima natu-

reza, são igualmente difíceis de resolver. De qualquer forma, os juristas apontam que a luta contra essa epidemia não se resolverá mediante o recurso ao Direito, nem muito menos através de seus instrumentos repressivos, contidos sobretudo no Direito Penal.¹ Trata-se de

* Tradução de Helios Alejandro Nogués Moyano.

lutar antes de tudo contra uma doença, principalmente com meios científicos e sanitários, não contra quem a padece ou se vê involuntariamente implicado nela em virtude de sua profissão. Sem embargo, é certo que o Direito tem um pequeno papel a desempenhar, apelando à responsabilidade social e individual para prevenir sua extensão, e lembrando às autoridades e aos profissionais a importância e transcendência que podem ter suas decisões e atuações, face às responsabilidades que contraíram com relação à proteção da vida e da saúde humana.

Em continuação aponto algumas reflexões que em nenhum caso devem ser consideradas definitivas nem isentas de opiniões divergentes, mas que pretendem contribuir com alguma luz no âmbito jurídico, especialmente no Penal. A complexidade jurídica que as atuações médicas colocam em relação a esta doença contagiosa, e que portanto precisam de uma maior atenção analítica não nos deve fazer olvidar as importantes funções que correspondem às autoridades sanitárias, em especial àquelas a quem incumbe de forma imediata tomar decisões e apontar meios relativos à prevenção da transmissão do vírus HIV ou de proteção reforçada de determinadas pessoas (os internos penitenciários), e as graves responsabilidades (penais ou civis) em que poderiam incorrer por ação ou omissão (baseada esta na freqüente posição de garantidor que ocupam em relação aos profissionais e usuários), como abordaremos colateralmente em algum momento; assim como as responsabilidades que podem corresponder aos pacientes ou outras pessoas portadoras de anticorpos do citado vírus, tanto em relação a terceiros quanto aos próprios profissionais médico-sanitários. Feito este esclarecimento, me centrarei exclusivamente nos problemas específicos que tem se suscitado em

relação à intervenção médico-sanitária em pacientes afligidos pela doença, assim como na prevenção de sua transmissão a outros pacientes que apresentem patologias diversas não vinculadas com a Aids, mas que requerem tratamentos que implicam certo risco de ser-lhes transmitida a síndrome.

I — O dever de assistência médica aos pacientes de Aids

1. Introdução

A necessidade de tratamento de um paciente de Aids² requer a adequada assistência por parte dos médicos e demais profissionais sanitários, inclusive em ocasiões de caráter intensivo. No entanto, dada a natureza contagiosa e incurável da doença e seu prognóstico freqüentemente mortal, em algumas ocasiões já se colocou a possibilidade do rechaço em assumir o tratamento com o fim de furtar-se a tais riscos, evitando dessa forma serem contagiados, como se afirma ter ocorrido em algum caso isolado ao tratar destes pacientes ou ao manipular alguma substância orgânica proveniente deles ou algum instrumento infectado, principalmente sangue, seringas e bisturis. É certo que esta situação não se produz com muita freqüência atualmente, por estarem conscientes os profissionais da saúde pública da obrigação de tratar qualquer paciente sem nenhum tipo de discriminação por causa de sua doença e por ser-lhes possível adotar medidas não excessivamente gravosas que previnam dito contágio. Apesar disto, parece conveniente deter-se em estabelecer como se gera juridicamente o dever de assistência e nas conseqüências jurídico-penais de seu descumprimento. Que esta questão não é puramente teórica se comprova porque a Organização Médica Colegial estimou necessário ou conveniente marcar e di-

vulgar “Normas de Conduta” em relação à Aids (26.6.87), apoiando-se nas competências atribuídas à mesma pelo RD 1018/1980, 19 de maio (Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial), em seu art. 3.4. De acordo com elas, se lembra aos colegiados que não podem negar-se à assistência destas pessoas, posto que os doentes de Aids têm os mesmos direitos que qualquer paciente infeccioso, sem prejuízo, portanto, da adoção de medidas de prevenção e higiene, sendo que em caso de negativa se promoverá o procedimento deontológico oportuno.

2. Fundamento jurídico-geral da obrigação de assistência

A LGS, que desenvolve o mandato constitucional do direito à proteção da saúde e cuja obrigação correspondente se impõe aos poderes públicos — concretamente, organizar e tutelar a saúde pública através de medidas preventivas e das prestações e serviços necessários — (art. 43.1 e 2 CE), assinala que são titulares do direito à proteção da saúde, e à atenção sanitária, todos os espanhóis e os cidadãos estrangeiros que tenham estabelecido sua residência no território nacional (art. 1.2). Portanto, todo cidadão espanhol que adoeça tem direito a assistência sanitária, não havendo dúvida quanto à importância deste direito para os pacientes em geral.

O princípio da igualdade, em sua vertente social ou econômica, deu lugar para que a LGS declarasse que a assistência sanitária pública se estenderá a toda a população espanhola, que o acesso e as prestações sanitárias se realizarão em condições de efetiva igualdade e que a política de saúde estará orientada à superação dos desequilíbrios territoriais e sociais (art. 3.2 e 3).

Alguns dos direitos que contempla o art. 10 da LGS são consequência daque-

le da assistência sanitária, e podem ter um especial interesse para os aidéticos: informação sobre os serviços sanitários a que pode ter acesso e requisitos necessários para o seu uso (art. 10, n. 2); a que se lhe forneça um médico (art. 10, n. 7); a atestado médico (art. 10, n. 8); a participar das atividades sanitárias (art. 10, n. 10); a utilizar as vias de reclamação e propor sugestões (art. 10, n. 12); a escolher o médico nas condições estabelecidas (art. 10, n. 13); a obter medicamentos (art. 10, n. 14). E fora deste preceito, a LGS estabelece o dever de informar por parte dos poderes públicos aos usuários sobre os serviços do sistema sanitário público (ou vinculados a ele), assim como de seus direitos e deveres (art. 9), o que em seu momento garantirá uma adequada assistência. Mais importante para o tema que nos ocupa, e pela suscetibilidade de discriminação de alguma entidade de que podem ser objeto os pacientes de Aids, é o estipulado no n. 1 deste art. 10, quando declara que o direito dos pacientes “al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical”³.

3. Concretização do dever de assistência e de tratamento

Em consequência, o médico e o pessoal sanitário em geral tem a obrigação de tratar de qualquer paciente, ainda que seja infecto-contagioso, sem que ao realizar o tratamento e demais cuidados correlatos possam ser objeto de qualquer discriminação. Incumbe em particular aos médicos e demais profissionais sanitários do sistema público de saúde (Sistema Nacional de Saúde), assim como aos que pertencem a estabelecimentos ou centros sanitários priva-

dos vinculados mediante convênios (art. 66 LGS), ou ajuste (art. 90.6 LGS) com o sistema público, de acordo com a natureza e extensão das obrigações assistenciais contraídas neste sentido. O dever surge desses preceitos e da relação que se cria como assegurado ou como titular da prestação, por lei ou por contrato, entre a instituição e o profissional sanitário, por um lado, e o paciente, por outro.

Obrigação semelhante se estabelece (neste caso, pela relação contratual prévia existente) entre as companhias privadas e os assegurados, se se encontra implícito este tratamento no quadro de prestações às que aquelas se obrigam.

Quanto aos médicos que exercem livremente sua profissão, sem que exista uma vinculação prévia com o paciente, deve ter-se em conta que em virtude do princípio da liberdade contratual que rege neste âmbito, aqueles podem negar-se a aceitar o paciente ou o suspeito de soropositividade,⁴ sem prejuízo de que lhe forneçam as orientações oportunas encaminhadas a dirigir-lhe a um centro onde possa ser atendido adequadamente. Inclusive tal direito se converte em obrigação quando o médico carece de conhecimentos adequados sobre esta doença e de meios ou técnicas suficientes (a não ser que possa solicitar a colaboração de um colega que conte com eles) para diagnosticá-la e prosseguir o tratamento indicado. Sem embargo excepcionalmente, devem assumir a assistência do paciente, em casos muito graves e urgentes, quando seja impossível acorrer a outro médico ou centro sanitário, podendo dar lugar inclusive a responsabilidade penal pelo delito de omissão do dever de socorro, ou na falta correspondente, por não fornecer aquela mínima orientação ou informação indicada, como veremos depois. Em termos gerais, o mesmo regime impera quando o paciente solicita assistência a um centro privado.

4. Deveres de Assistência com relação aos pacientes penitenciários

De acordo com os princípios mencionados e a regulamentação específica, os enfermos de Aids em regime penitenciário tem os mesmos direitos de assistência que qualquer outro paciente.

Antes de continuar convém aludir ao art. 25.2 (segundo inciso) da Constituição Espanhola (CE): “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. A este respeito a Lei Orgânica Geral Penitenciária (LGP) de 26.9.79 é o suficientemente explícita, e em particular sobre a questão que estamos tratando assiná-la que “la Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos” (art.3, § 2º, 4). Neste contexto, também recai diretamente sobre a Administração Penitenciária o mandato constitucional que a CE impõe aos poderes públicos com relação ao direito à proteção da saúde de todos os cidadãos (art. 43 CE).

De qualquer forma, o tratamento do interno deve ser concebido como um direito, estando por isso legitimado a recusá-lo, de acordo com o que dispõe a LGS (art. 10.9), sem que o previsto no art. 10.6 da mesma, nem na LO de Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública de 14.4.86, pareçam aplicáveis nestes casos, ao menos na circunstâncias atuais, embora tudo isto seja analisado mais adiante. A este respeito deve lembrar-se mais uma vez que também é aplicável aos enfermos penitenciários o que a LGS estabelece como princípio geral, isto é, de que a extensão da assistência sanitária pública se estenderá a toda a população espanhola e que o acesso e as prestações sanitárias se

realizarão em condições de efetiva igualdade (art. 3.2),⁵ e que todos tem um conjunto de direitos com respeito às distintas administrações públicas sanitárias, sobretudo quanto a sua personalidade, dignidade humana e intimidade, sem que possam ser discriminados por motivos de raça, de tipo social, de sexo, moral, econômico, ideológico, político ou sindical (art. 10).

Em resumo, seja quais forem as alternativas que se adotem — isoladas ou de forma sucessiva — segundo se mencionam a continuação, deverão dirigir-se a facilitar um tratamento eficaz e o mais rápido possível para reduzir os efeitos da infecção ou da doença com o fim de evitar seus efeitos ou seqüelas mais perniciosas e para garantir que a população carcerária (preventiva ou em cumprimento) também tenha acesso ao tratamento adequado numa situação de igualdade em relação aos demais cidadãos, sem que isso seja prejudicado pela sua condição de privação de liberdade. Nada obstante, dado o regime especial a que estão submetidos, sobretudo sua situação de privação de liberdade, convém expor as peculiaridades a que pode estar submetido seu tratamento.

4.1 Assistência sanitária penitenciária

A Administração Penitenciária deve contar em cada centro com pelo menos um médico geral com conhecimentos psiquiátricos, o qual poderá solicitar a colaboração de especialistas (art. 36.1 da LGP), que deverá ser autorizada pelo Diretor do Centro (art. 290 do Regulamento Penitenciário, RP). A LGP menciona também as dotações que devem ter todos os estabelecimentos para a prestação da assistência sanitária e, em particular, uma dependência destinada à observação psiquiátrica e à atenção dos toxicômanos, assim como uma unidade

para enfermos contagiosos (art. 37 da LGP e art. 145.2 do RP). Para tais objetivos existem também os hospitais penitenciários (art. 11.a e 36.2 da LGP), que de fato se reduz ao Hospital Geral Penitenciário de Carabanchel, ademais dos psiquiátricos.⁶

O problema radica em determinar até que ponto os serviços de cada estabelecimento penitenciário ou, inclusive, os (o) hospitais penitenciários tem capacidade real de meios e de especialização para atender todos os casos que se lhes apresentem, seja de acompanhamento dos soropositivos, seja de tratamento aos infectados pela Aids ou do complexo relacionado com ela. Ao menos para os infectados assintomáticos detectados se deveria contar com a possibilidade que confere a lei da colaboração de especialistas nestas patologias, dados os impedimentos legais e fáticos que implicaria o tratamento ambulatorial, quando pudesse parecer medicamente necessário porém suficiente e preferível à hospitalização, ainda que tais impedimentos poderiam ser superados mediante a classificação no terceiro grau do interno que já apresente sintomas da doença e seu correspondente passo para o regime aberto, etc., sempre que oferecer algumas mostras de reação favoráveis às medidas de assistência e de apoio à sua situação já prestadas; para os que ainda são apenas soropositivos não parece que os controles a que devem ser submetidos exijam tais medidas.

Por outro lado, a obrigação de um reconhecimento inicial por parte do médico aos internos que ingressem num estabelecimento, ademais de outras finalidades que pretende cobrir de garantia em favor daqueles ou de prevenção pode servir para o descobrimento precoce da enfermidade e adotar as medidas de assistência que estamos analisando (art. 40 da LGP e art. 140 do RP).⁷

4.2 Assistência Sanitária ou Hospitalar Extrapenitenciária

As previsões nesta matéria, contempladas num RD anterior à LGP⁸, tem sido atualizadas e desenvolvidas pelo RD de 30.3.88. O novo art. 147 do RP prevê que o tratamento clínico ou cirúrgico que requeira assistência hospitalar se efetue em Centros Hospitalares dependentes de outras Administrações Públicas não penitenciárias, quando seja necessário por não existir Centros Hospitalares Penitenciários próximos ao lugar onde fique o estabelecimento no qual se encontra o interno ou por ser aqueles inadequados para uma correta assistência. Este seria o caminho inicial mais idôneo para o tratamento dos internos que apresentem quadros patológicos vinculados com a doença, para o qual, dada a gravidade do caso e o importante que é contar com assistência adequada e precoce, quer dizer, desde as primeiras fases da enfermidade, deveriam agilizar-se os procedimentos administrativos que o próprio RP estabelece no referido art. 147.⁹ Em relação a isso não vejo inconveniente em que o médico do estabelecimento proponha ao Diretor a transferência ao Centro Hospitalar, e que este a determine, com base na existência de razões de urgência, de acordo com as previsões do RP a este respeito (art. 147.2.3), em vez de seguir o procedimento normal (art. 147.2.1), pelos prejuízos que poderia provocar o atraso prolongado na assistência.

Tampouco deveriam deixar-se ao esquecimento as possibilidades que oferece o RP em seu art. 57.1.5 para presos classificados no terceiro grau que, por apresentarem problemas de toxicomania, precisem de um tratamento específico, em cujo caso possam ser autorizados a serem assistidos em instituições extrapenitenciárias adequadas, públicas ou privadas. Poderia recorrer-se a esta via como procedimento indireto de

assistência aos portadores de anticorpos toxicômanos, iniciando seu tratamento "desabitoador" e reduzindo com isso os riscos de nova infecção, o que por sua vez permitiria submeter-lhes ao tratamento específico com sua soropositividade.¹⁰

5. Responsabilidade Penal em caso de inassistência

A negativa em iniciar ou continuar o tratamento de um paciente com estas características poderia dar lugar a diversas formas de responsabilidade penal por parte do médico e demais pessoal sanitário, assim como por parte das autoridades sanitárias ou administrativas ou de gestão pelas decisões que a respeito houverem tomado de forma incorreta ou houverem deixado de adotar, de acordo com suas competências na matéria.

Em primeiro lugar, se existe uma relação fática prévia entre o que solicita ou necessita a assistência e o médico ou o centro derivada da lei (condição de filiado à Previdência Social, significando neste caso ter iniciado já o tratamento; interno penitenciário) ou de um contrato (companhias privadas de seguros de assistência sanitária; aceitação da consulta privada), haveria que determinar se esta situação fática de assunção dos cuidados do paciente apoiada nesta relação jurídica não implica já numa posição de garantidor em relação àquele por parte do médico e dos responsáveis do centro; em caso afirmativo, e se junto com a omissão do tratamento concorre um agravamento do paciente, poderia incorrer-se num delito de lesões corporais comissivo por omissão.

Também poderiam incorrer num delito de denegação de auxílio (art. 371.3). Refere-se ao funcionário público que, requerido por um particular a prestar algum auxílio a que esteja obrigado em razão de seu cargo para evitar um delito

ou outro mal, se abster de prestá-lo sem causa justificada. O médico pode ter para estes efeitos a consideração ampla de funcionário público que contém o próprio CP (art. 119.3), pois este delito tem sido aplicado em alguma ocasião pelos tribunais espanhóis no âmbito do exercício da medicina partindo dessa concepção penal ampla de funcionário.¹¹ Neste sentido poderiam ser responsáveis do delito os médicos pertencentes ao sistema público de saúde. Quanto aos profissionais sanitários pertencentes a centros conveniados, não parecem que sejam funcionários, pois o CP se refere unicamente a quem participe do exercício de funções públicas por disposição imediata da lei, por eleição ou por nomeação da autoridade competente. Com relação a este último, cuja aplicação ao caso poder-se-ia pensar, não se pode dizer que ao estabelecer o acordo ou convênio com o centro privado tenha se produzido tal nomeação.¹² Em todo caso haveria um descumprimento ou infração do convênio subscrito com a administração sanitária correspondente, com as consequências que poderiam derivar-se para a sobrevivência do mesmo ou outras que se houverem previsto para estes casos de descumprimento injustificado (art. 67.4 e 94 LGS).

Ademais, poderia haver responsabilidade por um delito ou falta de omissão do dever de socorro (arts. 489, § 3º e 586, § 2º, respectivamente), se concorrem todos seus elementos típicos: não socorrer uma pessoa que se encontre desamparada em perigo manifesto e grave, quando possa fazê-lo sem risco próprio ou de terceiro, ou se está impedido de prestá-lo não solicite com urgência auxílio alheio. Na prática a ocorrência será muito difícil e infrequente em relação a estes pacientes, pois dada a atual cobertura sanitária do país, não haveria uma verdadeira situação de desaparecimento, salvo em raros casos de

urgência (p. ex., doente terminais), como em qualquer outro caso semelhante. Posto que o delito anteriormente mencionado é aplicável de preferência aos profissionais sanitários com a condição de funcionários, este delito se poderá plantear em relação aos profissionais (e os diretores ou gestores responsáveis pela decisão de negar tratamento ao paciente com Aids) dos centros privados vinculados por convênio ou acordo, de companhias de seguros e os que realizam o livre exercício da profissão.

De outro lado, ainda na hipótese de estar excluída a responsabilidade penal nas diversas modalidades contempladas, quando a falta de assistência ocorra em centros conveniados ou em companhias privadas poderia existir responsabilidade civil se o paciente sofrer como consequência daquela um prejuízo para a sua saúde ou qualquer outro dano comprovável.

Se a negativa em tratar o paciente com Aids implicar em determinada forma de discriminação caberia o delito do art. 165 ou do art. 181 do CP, segundo seja um particular ou um funcionário, respectivamente, o autor da discriminação, que se refere ao encarregado de um serviço público que negue a prestação a que tenha direito a pessoa discriminada.¹³ De qualquer forma, dados os termos do tipo deste delito, parece de ocorrência muito excepcional nestes casos, salvo, talvez, quando a discriminação se deva à condição ou comportamento sexual do paciente.

6. Causas de Exclusão da Responsabilidade Penal

Sendo a Aids uma doença contagiosa e de grave prognóstico poder-se-ia pensar que não se incorreria em responsabilidade penal pelos anteriores delitos — no caso de terem se caracterizado — por ter pretendido o omissão da assistên-

cia evitar legitimamente riscos próprios para sua saúde ou vida.

A omissão consciente do tratamento não poderia estar amparada pela excludente (causa de justificação) do estado de necessidade (art. 8º, n. 7 do CP), por não concorrerem seus requisitos, como p. ex., a existência de um mal igual ou maior, por ser este remoto se se adotam as medidas preventivas oportunas já conhecidas através das publicações e reuniões científicas, assim como o dever que se lhe impõe de assumir certo risco em razão de seu ofício ou profissão (ainda que não de forma ilimitada, p. ex., se as autoridades do centro se negam a fornecer os meios indispensáveis de prevenção e os riscos fossem certos), o que dito de outra forma, lhe exclui inicialmente do âmbito desta eximiente. Sem embargo, poderia dela se favorecer se o médico não pudesse atender o paciente por encontrar-se atendendo outro paciente qualquer em situação mais grave e inadiável; lembre-se a respeito que o art. 371 diz "sin causa justificada", e o art. 489, 3º "sin riesgo propio ni de tercero".

Quanto a outras causas de exclusão da responsabilidade, baseadas na não exigibilidade de conduta diversa do agente no caso concreto, como a de padecer um medo insuperável de contrair a enfermidade (n. 10 do art. 8º CP: agir por medo insuperável de um mal igual ou maior), tampouco parece aplicável, pois o médico em geral conhece os riscos de sua profissão e sabe que deve assumi-los psicologicamente, sendo que em relação à Aids é bem conhecido o processo da doença e as vias possíveis de contágio como para que o profissional possa valorar adequadamente os riscos e preveni-los. Só poderiam aceitar-se fobias patológicas ao contágio, mas que presumivelmente inabilitariam também para o exercício da profissão de quem as padecesse.

7. O problema dos custos: restrições de política econômica sanitária?

As administrações públicas de todos os países, sobretudo dos desenvolvidos, na medida em que as prestações sanitárias constituem uma das bases de seu sistema político — baseado em grande medida no Estado do Bem Social —, destinam cada vez mais fundos para a saúde, sendo que esta requer constantemente mais recursos para cumprir seus objetivos. Em ocasiões se plantea a questão de que sendo também finitos os recursos econômicos destinados à saúde, deveriam restringir-se a determinados tratamentos especialmente custosos e que afetam a setores mais limitados da população, p. ex., a cirurgia de transplantes, os cuidados intensivos em casos extremos e talvez também com a Aids. A estas reflexões se acrescenta em ocasiões que tais restrições deveriam impor-se ao menos a quem tenha provocado com seu comportamento voluntário determinadas enfermidades (p. ex., problemas hepáticos no alcoolismo crônico, câncer do aparato respiratório nos fumantes, etc.), argumentação que poderia facilmente transladar-se a bom número de aidéticos.

Entretanto, tais reflexões devem ser rechapadas, não só pela sua manifesta base insolidária, senão que também porque vulnerariam o princípio de igualdade e de não discriminação que ampara a CE (art. 14) e o direito de todos à proteção da saúde também previsto na CE (art. 43). A LGS, por sua vez, estende a toda a população, sem discriminação, o direito à assistência sanitária, como temos visto. Embora seja um problema de enorme complexidade que não pode ser abordado agora, supondo-se uma hipotética necessidade de redução de gastos, deveriam ser outros os critérios restritivos econômicos quando se produza a situação extrema da carência de recursos, hoje afortunadamente

inexistente, como p. ex., começar por uma melhor organização e administração das disponibilidades, a participação comunitária ou individual nos gastos e outros critérios objetivos não discriminatórios.

Em qualquer caso, trata-se de um problema de política sanitária e não de decisões individuais dos profissionais da área, sem prejuízo de que em determinadas ocasiões se vejam diante de circunstâncias de fato que lhes ponham em situações muito graves, que devem transferir, implicar e co-responsabilizar às autoridades sanitárias correspondentes. Precisamente em relação à Aids já tem havido algumas condenações em cujo fundo parece encontrar-se o interesse econômico, pois teve sua origem na não aquisição de reagentes para realizar as provas em sangue de doadores para detectar anticorpos do vírus associado à Aids.¹⁴

II — Liberdade e obrigatoriedade de submetimento a tratamento

De modo expressamente reconhecido rege no Direito espanhol o princípio geral de liberdade de tratamento, isto é, de submeter-se voluntariamente a tratamento, sem prejuízo de que se tenham previsto algumas exceções.

1. Consentimento mediante informação

O aidético goza de todos os direitos reconhecidos aos doentes em geral, portanto, também do de decidir sobre seu próprio tratamento. Para isso deve outorgar seu prévio consentimento (art. 10.6 LGS), diretamente ou através de quem tenha poderes para tanto (seus representantes legais ou seus familiares ou afins, art. 10.6.b LGS) quando não esteja em condições de decidir por si mesmo, ou inclusive o próprio médico se se trata de uma urgência vital e nem

estes nem aquele podem consentir (art. 10.6.c). Deverá ser informado previamente a prestar seu consentimento, ou inclusive ainda que não tenha que prestá-lo (art. 10.5). Também pode negar-se a submeter-se ao tratamento se entender mais conveniente para seus interesses pessoais e sempre que seja uma decisão adotada com plena liberdade e raciocínio e desvinculada de estados depressivos ou outras alterações psíquicas que anulassem sua capacidade de decidir (art. 10.9 LGS). Em todo caso o tratamento deve realizar-se dentro do respeito à intimidade, dignidade e crenças do paciente.

Na hipótese de realizar um tratamento contra a vontade do paciente, sem embargo das exceções que analisaremos mais abaixo, o médico poderia incorrer num tratamento coativo ou arbitrário, e tornar-se penalmente responsável de um delito de coação (art. 496 CP), quando sem estar ligeiramente autorizado compelir outrem a efetuar o que não queria, seja justo ou injusto (sempre que entendamos que “compelir” envolve tanto a violência física como a moral), de uma falta de coação leve (art. 585, § 4º CP) ou, inclusive, de um delito de detenção ilegal, se comportou privação de liberdade ou de movimentos (art. 480 CP).

2. Rejeição ao tratamento por motivos pessoais

Já vimos que se reconhece ao paciente o direito de negar-se ao tratamento. Tal negativa é possível ainda que vital, isto é, quando sua não realização comporte um grave risco para a vida do paciente (inclusive de lesões irreversíveis), pode entender-se como admitida pela LGS (art. 10.9), como assinalávamos acima. Esta afirmativa não é ociosa como poderia parecer, pois diante da circunstância de que na atualidade o prognóstico da Aids é frequentemente mortal, o tratamento adequado pode

prolongar a sobrevivência destes pacientes durante um período de tempo cada vez mais dilatado e com uma qualidade de vida geralmente aceitável, permitindo, ademais, beneficiar-se de um tratamento decisivo que possa ser descoberto no futuro. O rechaço do tratamento importa em alta voluntária segundo prescreve a LGS, se bem que esta possibilidade deve ser interpretada restritivamente, ou seja, desde que o paciente rechasse qualquer tratamento alternativo proposto pelo médico.

De qualquer forma, dada a transcendência que representa o rechaço do tratamento nos casos vitais, dentro dessa esfera de liberdade que lhe corresponde, deve-se assinalar que a questão se há situado no plano constitucional, que é comum dar apoio constitucional e que o TC (Tribunal Constitucional) o tem reconhecido em várias sentenças:¹⁵ um tratamento para manter a vida não supõe trato inumano ou degradante, prolongando-se o sofrimento sem impedir a morte; uma coisa é a decisão de quem assume o risco de morrer num ato de vontade que somente a ele afeta, em cujo caso se poderia sustentar a ilicitude da assistência médica obrigatória ou de qualquer outro impedimento à realização dessa vontade...; o direito à integridade física e moral “resultará afectado quando se imponha a una persona asistencia médica en contra de su voluntad... esa asistencia médica constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”.

A Aids pode plantear outros problemas relativos à interrupção do tratamento em situações já terminais, ou a sua não iniciação em recém-nascidos, assim como outros que dizem respeito à eutanasia. No entanto, por não apresentarem características específicas que requeiram uma análise singularizada, não serão objeto de exposição neste lugar.

3. Imposição do tratamento por motivos de saúde pública

O reconhecimento da liberdade do aidético de submeter-se a tratamento, portanto, de prestar o consentimento consciente ou de rechaçá-lo, pode ser limitado, nada obstante, quando isso seja justificado com o fim de proteger a vida e a saúde de terceiras pessoas, ou dito de outra forma, a saúde pública. A Aids é contagiosa, quer dizer, pode transmitir-se a outras pessoas, e é grave, dado o prognóstico que apresenta na atualidade. Por outro lado, sua potencialidade de estender-se se reduz consideravelmente por serem muito específicas as vias de transmissão, e por conseguinte, ao menos teoricamente, controláveis: os fluídos orgânicos, em concreto, através da relações sexuais com pessoas doentes ou soropositivas, ingestão de drogas por via parenteral (ao compartilhar seringas contaminadas), transfusões de sangue contaminado e de mães enfermas ou soropositivas aos filhos que tenham engendrado nessa situação (a parte de outros procedimentos menos frequentes, como tatuagens, agressões com instrumentos contaminados, etc.). Não entanto, o desconhecimento de padecer da doença ou da condição de soropositividade (mais fácil nesta, enquanto não apresente manifestações externas) e a falta de precauções em alguns comportamentos são focos que contribuem a que a doença continue com sua extensão. Daí que possa entrar em discussão a possibilidade de adotar-se medidas e tratamentos coercitivos. De qualquer modo, na medida em que esta coerção implica na restrição de direitos fundamentais, deve estar vestida de determinadas garantias, pressupostos e requisitos antes de sua imposição.

A este respeito a LGS estabelece como exceção à necessidade do consentimento e a negar-se ao tratamento, “cuando la no intervención suponga un

riesgo para la salud pública" (art. 10.6.a e 9). Sem embargo, a LGS não indica que riscos para a saúde pública autorizam a intervenção coercitiva. Ante isso, nem os médicos nem as autoridades sanitárias estariam legitimados para impor tratamentos ou medidas obrigatórias por sua própria iniciativa e sem o apoio da lei, e nas condições que esta estipule. Com efeito, a CE (art. 43.2) indica que a "ley señalará los deberes de todos al respecto" (à saúde pública). Esta prescrição constitucional nos situa, em primeiro lugar, ante os requisitos formais que deve reunir a lei.¹⁶ A dúvida surge, como vamos comprovar, quanto a dever ser uma lei ordinária ou orgânica. Bastaria com que fosse ordinária se se tratasse de desenvolver tão-somente o que dispõe a CE no preceito citado (art. 43.2), e não comportasse medidas obrigatórias (campanhas de informação à opinião pública, intercâmbio de informação entre as instituições dedicadas à matéria, medidas profiláticas, etc.).¹⁷ Mas deveria ser orgânica se afeta o conteúdo de alguns dos direitos fundamentais reconhecidos pela CE (art. 15 a 29), segundo impõe a própria CE (art. 81). Não é imaginável que as medidas pudessem afetar a intimidade individual (art. 18.1) e mais facilmente a liberdade ambulatoria (art. 17 CE), segundo as hipóteses apresentadas por Cobrerros Mendazona:¹⁸ se se subtrair ao tratamento obrigatório comporta a imposição de uma pena privativa de liberdade; se o tratamento em si mesmo comporta o internamento hospitalar ou isolamento domiciliar; se o tratamento obrigatório permite a utilização da "vis" física (coação administrativa) para lograr impô-lo em caso de resistência ou negativa por parte do afectado.

Como requisitos materiais da lei, isto é, pressuposto objetivo para a imposição de qualquer medida coercitiva, tem-se assinalado os seguintes:¹⁹ que persiga uma finalidade exclusivamente sanitária

e não outros objetivos de oportunidade diferentes; que esteja suficientemente justificada em relação ao risco de fato para a saúde pública; que não seja discriminatória com as pessoas às que esteja dirigida (ainda que seus destinatários não sejam a generalidade das pessoas); que exista proporcionalidade entre as medidas limitadoras dos direitos das pessoas adotadas e os riscos que se pretendem prevenir, não podendo em nenhum caso vulnerar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais envolvidos; e, em todo caso, que se respeite a dignidade das pessoas que possam verse implicadas, vale dizer, que não se lhes utilize como mero instrumento para a proteção da saúde coletiva.

Pois bem, a LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública, de 14.4.86, faculta às distintas Administrações Públicas a adotarem as medidas que dita lei prevê quando assim o exijam razões sanitárias de urgência ou necessidade, com o objetivo de proteger a saúde pública e prevenir sua perda ou deterioração (art. 1º). Em concreto as autoridades sanitárias poderão adotar medidas de reconhecimento, tratamento, hospitalização ou controle quando existam indícios racionais que permitam supor a existência de perigo para a saúde da população devido à situação sanitária concreta de uma pessoa ou grupo de pessoas ou pelas condições sanitárias em que se desenvolva uma atividade (art. 2). Em relação ao controle das enfermidades transmissíveis dispõe que as autoridades sanitárias poderão adotar as medidas oportunas para o controle dos enfermos, das pessoas que estejam ou tenham estado em contato com os mesmos e outras necessárias em caso de risco de transmissão (art. 3).

Dentro da amplitude e imprecisão desta lei, as autoridades sanitárias, e não apenas um médico por sua própria iniciativa, poderão tomar as decisões nela previstas, e teoricamente também em

relação aos aidéticos ou os portadores soropositivos. Nada obstante, não parece que no momento atual estejam presentes os pressupostos de aplicação da lei em relação a esta doença, inclusive os expertos têm chamado a atenção sobre o contraproducente que poderia resultar para a saúde pública a adoção de medidas de controle ou coerção, pois faria com que para evitá-las os pacientes não fossem aos centros de tratamento, o que implicaria um desconhecimento de fato da magnitude da epidemia e maiores riscos de transmissão. Nesse sentido pronunciou-se a OMS em seu programa especial sobre Aids²⁰, assim como o Conselho de Europa em alguma de suas Recomendações²¹ aos Estados-Membros, tendo precisado inclusive que o art. 5.1.e do Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950²² não deve ser utilizado para justificar o isolamento ou a hospitalização de ofício apenas pela condição de estar infectado pelo vírus da Aids.²³ Isso não impede que, como veremos, já se tenham disposto medidas para a comunicação dos casos existentes, porém garantindo o anonimato dos enfermos.

4. Tratamentos com medicamentos novos ou em fase de pesquisa

O ainda grande desconhecimento para a medicina desta doença nova e a conseqüente carência de tratamentos adequados para combatê-la com efetividade (em face inclusive da sua extraordinária complexidade) tem dado lugar ao enorme esforço de investigação para descobrir novos tratamentos e sobretudo medicamentos para controlá-la ou erradicá-la. De muitos destes medicamentos se desconhece ainda sua real eficácia assim como seus efeitos desfavoráveis colaterais, por encontrarem-se em fase experimental. Apesar de constituírem a única esperança de sobrevi-

vência ou de retardar o prognóstico da doença, não se podem prescrever sem nenhum tipo de garantias ou controles, como ocorre com todos os medicamentos novos que apresentam características semelhantes (experimentação terapêutica). Por tal motivo são aplicáveis as previsões de controle que estabelece a Lei do Medicamento, de 20.12.90, para os ensaios clínicos (art. 59 a 69) e a normativa correspondente (RD 944/1978, de 14 de abril, e OM de 3.8.82), assim como a liberdade do paciente de submeter-se a estes tratamentos em fase de experimentação, para o que deve outorgar também o consentimento informado (art. 60.4), e esta informação deve ser muito mais ampla do que a que diz respeito aos riscos que acarreta ou possa implicar a medicação. A este respeito tem um especial interesse o art. 38.5 da Lei, por sua possível aplicação aos aidéticos. Referido preceito permite que de forma excepcional o Ministério de Sanidade e Consumo autorize (com as condições que expresse em sua autorização) a que se administrem medicamentos novos em fase experimental ("productos en fase de investigación clínica") a pacientes não incluídos num ensaio clínico (com todas as garantias que comporta), quando o médico, sob sua exclusiva responsabilidade e com o consentimento expresso daqueles, considere indispensável tratar com eles e justifique ante a autoridade sanitária os motivos pelos que decide tal tratamento.²⁴ (Continua)

NOTAS

1. Heike Jung, *Aids im Blickfeld des Strafrechts*, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1988, pp. 20 e ss.

2. Com o fim de simplificar, as referências no texto a pacientes de Aids ou à enfermidade de Aids aludem tanto a portador de anticorpos do vírus HIV assintomático, como a quem padece a doença da Aids, assim como o complexo de enfermidades relacionadas com a

Aids (CRS), salvo que de modo expresse se indique alguma delas quando assim o requeira a análise jurídica individualizada de cada uma destas situações.

3. Lembre-se a concordância deste preceito com o art. 14 da CE, que proscreve a discriminação, consequente da declaração de igualdade de todos os espanhóis.

4. V. Horst Herzog, "Die rechtliche Problematik von AIDS in der Praxis des niedergelassenen Arztes", em *Medizinrecht*, 1988, pp. 288 e ss.

5. V. tb. a respeito as previsões desta Lei sobre a Sanidade Penitenciária nas disposições finais 2^a 5 e 3^a 1.a.

6. Sobre estes aspectos da LGP, v. Carlos Garcia Valdes, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2^a ed., Civitas, Madrid, 1982, pp. 111 e ss.; Fidel del Rio y Prado, "Ley Orgánica Penitenciaria. La asistencia sanitaria", em *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. por M. Cobo del Rosal, e coord. por M. Bajo Fernández), t. VI, 1^o/521 e ss., Edersa, Madrid, 1986.

7. O art. 140 do RP indica, entre outros fins, "descubrir la posible existencia de enfermedades, adoptando en su caso las medidas necesarias". De qualquer forma, haveria de perguntar-se se as provas específicas da Aids (p. ex., o teste Elisa), não deveriam ser realizadas prévia informação e consentimento do interno, de acordo com o caráter voluntário (e confidencial) que propugnam os organismos internacionais aos que aludo abaixo, com o fim de prevenir discriminações, ao menos enquanto não o imponham as autoridades administrativas de acordo com as faculdades que lhes outorga a LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública, de 1986. Em relação com o mesmo, o citado art. 140 do RP prevê que em conjunto com esse reconhecimento inicial o médico proponha o isolamento dos suspeitos de enfermidades infecto-contagiosas e de perturbações mentais.

8. Refiro-me ao RD de 2.3.78, parcialmente derogado pelo de 1988 que se menciona a continuação no texto.

9. O art. 147.2 do RP requer que a petição de ingresso no centro hospitalar extrapenitenciário público seja acordada pelo Centro Diretivo da Correspondente Administração Penitenciária, prévia proposta arrazoada das Juntas de Regime e Administração, acompanhada por informes médicos nos que conste o

diagnóstico da doença ou anomalia que requeira tratamento.

10. Fica aberta todavia uma última possibilidade, consistente na liberação do aidético em fase terminal avançada. V. Romeo Casabona, C. M., "El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos", em *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, pp. 47 e ss.

11. STS 15.11.73, 15.6.79 e abril 1981: também os farmacêuticos, as enfermeiras e os médicos da Previdência Social são funcionários em decorrência deste artigo.

12. V. art. 66.3 LGS, relativo ao regime de convênio, que indica ao respeito que "el sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios".

13. O art. 165 do CP diz o seguinte: "Incurrirá en la pena de arresto mayor (pena de privação de liberdade de um mês e um dia até seis meses de duração) y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicadas cuando los hechos requeridos (*sic*: referidos) se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada". V. Carlos M. Romeo Casabona, "Bias Crime in Spanish Law", em *Symposium on Domestic and International Bias Crime*, International Criminal Law Center, Fordham University School of Law, New York, 1992 (no prelo).

14. STC 18.11.91.

15. STC 27.6.90, sobre o "recurso de amparo" de presos em greve de fome reivindicatória, e outras posteriores semelhantes.

16. De acordo com o que expõe Eduardo Cobrer Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A proposito de los enfermos de sida)", em *Revista Española de*

Derecho Administrativo, n. 57, 1988, pp. 59 e ss. (62).

17. Josefina Alventosa del Rio/Jaime Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", Informe apresentado ao *Rencontre Internationale sur le Thème Droit et Sida: Comparaison Internationale*, Paris, 24-26 de out.-91 (iné-dito).

18. Cobreros Mendazona, ob. cit., pp. 63 e ss. De acordo com este critério, Alventosa del Rio/Vidal Martinez, *Sida y Derecho en España*, cit.

19. Segundo propõe Cobreros Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos de sida)", cit. 64 e ss.

20. V. Organização Mundial de Saúde, "Declaración de la Reunión Consultiva sobre Prevención y Lucha contra el Sida en las Cárceles", Ginebra, 16-18 de nov.-87.

21. Assim, a "Recomendación 1080 (1988)" da Assembleia Parlamentar, relativa a "Une

politique européenne coordonnée de la santé pour prevenir la propagation du sida dans les prisons", ap. 7 e 13.

22. O art. 5.1.º diz assim: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) e) Si se trata de un internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo".

23. No "Ante-Proyecto de Recomendación" e no "Proyecto de Informe" relativos a "Le Sida et les Droits de l'Homme", recom. D, ii, e "Conclusiones preliminares", respectivamente.

24. Outros aspectos jurídicos vinculados à investigação epidemiológica de Aids podem ser vistos em Wolfram Eberbach, "Arzneimittel- und epidemiologische Forschung bei AIDS", em "Medizinrecht", 1989, pp. 281 e ss.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS