

JANICE SANTIN

DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO  
NO DIREITO PENAL

A concretização do consentimento  
baseado na autonomia do paciente



Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## PREFÁCIO

Com enorme satisfação escrevo as presentes linhas, que figuram como prefácio ao primeiro livro de Janice Santin.

A obra de Santin, fruto de sua dissertação de mestrado na UERJ defendida em 2020, foi por mim coorientada, ao lado de meu amigo, o prof. Artur Gueiros. Mal tenho como discutir o conteúdo do trabalho: a uma, porque isso seria pouco adequado em um prefácio; a duas, porque praticamente tudo o que o livro cuidadosamente expõe e defende me parece convincente. O livro de Santin, que cuida do dever de esclarecimento do médico diante de intervenções na integridade física do paciente, mostra-se como a continuação natural das reflexões que recentemente foram apresentadas por mim e, principalmente, por Flávia Siqueira (*Greco/Siqueira*, Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico, in: Faria Costa et alii. [coords.], Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, vol. I, Coimbra, 2017, pp. 643; *Siqueira*, Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina, Madrid/São Paulo, 2019): Siqueira e eu havíamos rechaçado a ideia de autonomia como um valor ou bem que se pondera com a integridade física, em favor de entender a autonomia como um direito consistente em hierarquizar os seus valores ou bens segundo a própria concepção de vida boa. Daí deduzimos que inexistente um “exercício regular de direito”, de um suposto direito originário do médico, que lhe facultaria intervir na integridade física ou na liberdade do paciente, mas apenas uma concessão do paciente, a que todas as faculdades de intervir tem de ser reconduzidas. Essa fundamentação foi desenvolvida em quase todas

as suas implicações para a dogmática do consentimento nas intervenções médicas por Siqueira. A obra de Santin vem para concluir o que a obra de Siqueira ainda deixara, em boa parte, por examinar: o dever do médico, de colocar o paciente em condições de validamente consentir, informando-o a respeito do sacrifício de bens ou valores que o paciente está a ponto de fazer, isto é, o chamado “dever de esclarecimento”. Santin expõe e recepciona de forma ponderada a farta experiência alemã sobre os fundamentos e o conteúdo desse dever, e com isso proporciona um importante avanço na incipiente discussão sobre o Direito Penal da Medicina no Brasil. A obra chega em ótima hora.

Como dito, trata-se de dissertação de mestrado, isto é, do primeiro livro de Santin, com o qual ela conquista o seu lugar entre os autores da nova geração de penalistas brasileiros, e gera altas expectativas para a sua tese de doutorado. Parabêniso a autora pelo êxito e conluo desejando ao leitor uma prazerosa e instrutiva experiência com o livro.

Berlim, em setembro de 2020.

Luís Greco

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim.

## APRESENTAÇÃO

A obra que o leitor tem em mãos, fruto da dissertação de mestrado defendida por Janice Santin na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), representa certamente um importante passo rumo à concretização, no Brasil, de um modelo de Direito Penal da Medicina fundado no respeito à autodeterminação dos pacientes em relação aos seus corpos.

O estudo do Direito Penal da Medicina, área ainda pouco explorada pela doutrina pátria, vem adquirindo crescente relevância. A especificidade dos conflitos e dilemas que são colocados perante o médico em seu dia-a-dia, assim como a sensibilidade dos bens jurídicos envolvidos no contexto da sua atuação – *v.g.* a vida, a saúde, a autonomia e a liberdade dos pacientes –, explicitam a importância não apenas teórica, mas sobretudo prática dos temas tratados nesse âmbito. No Brasil, a necessidade de um aprofundamento desse estudo é especialmente acentuada em razão da ausência de regulamentação legislativa e, assim, de uma delimitação concreta do âmbito de legitimidade da conduta médica, o que abre espaço para uma extrapolação da competência dos Conselhos de Medicina na definição de algumas questões, além de deixar muitas outras em aberto – como a que a autora se propõe a enfrentar neste livro.

Diante desse cenário, o presente trabalho possui já de saída alguns méritos inegáveis: trata de um tema inovador e praticamente não abordado pela doutrina penal brasileira – qual seja, *o dever de esclarecimento do médico enquanto pressuposto de validade do consentimento do paciente*

–, e o faz com um viés notadamente prático, dialogando ao longo de todo o texto com casos concretos que evidenciam as consequências dogmáticas do modelo proposto. Além disso, a interlocução com a jurisprudência e a doutrina alemãs, que, além de terem sido pioneiras no detalhamento do conteúdo e da extensão do dever de esclarecimento do médico, possuem, ao contrário de nós, uma longa tradição no desenvolvimento do Direito Penal da Medicina, contribui sobremaneira para o debate aqui traçado.

As bases do trabalho desenvolvido por Janice Santin vinculam-se ao *paradigma ético e jurídico de respeito à autonomia*, que, concebendo o paciente como sujeito e não mais como objeto de intervenção, atribui a ele o domínio soberano sobre seu próprio corpo e, com isso, o direito de decidir sobre os tratamentos médicos aos quais deseja ou não se submeter. A autora parte, portanto, da compreensão de que *somente o consentimento (real ou presumido) do paciente pode legitimar as intervenções médicas*, postura que rechaça o tradicional paternalismo médico e reforça a ideia de que não existe um direito originário do profissional de saúde de tratar conforme seu próprio entendimento, mas que, na verdade, qualquer interferência na liberdade e na esfera corporal do paciente deve ser precedida de uma autorização deste. Do contrário, a conduta do médico pode ser punível a título de lesão corporal (art. 129 do CP) ou constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

Não basta, no entanto, dizer que a legitimidade da intervenção médica depende do consentimento se os pressupostos de validade dessa manifestação de vontade, que a tornam verdadeiramente livre, não forem devidamente delineados e fundamentados. Afinal, o consentimento não pode se resumir à mera assinatura de um papel ou concordância com uma decisão tomada pelo médico, mas deve constituir, em essência, a verdadeira expressão da autonomia do paciente. Para tanto, a vontade esboçada por ele há de ser, de fato, *livre e informada*.

Baseando-se nessas premissas, Janice Santin desenvolve concretamente o conteúdo e a extensão de um dos mais importantes pressupostos de validade do consentimento no contexto da Medicina: *o dever de esclarecimento para a autodeterminação*. O paciente é, na maioria das vezes, medicamente leigo e, em razão disso, não dispõe de todas as informações para tomar uma decisão médica. No entanto, não é possível falar em exercício concreto do direito à autodeterminação sem que haja esclarecimento, porquanto somente depois de conhecer e compreender todos

os fatos e informações médicas relativos ao seu caso poderá o paciente fazer uma escolha livre, consciente e não viciada, que corresponda aos seus projetos de vida. Assim, o reconhecimento desse direito impõe ao médico, em razão da proibição da interferência não consentida na esfera privada do paciente, o dever correlato de informar e fornecer todo o substrato necessário para que este possa tomar uma decisão autônoma.

Nesse contexto, uma das questões fundamentais que aqui se coloca é: *quais informações* devem integrar o dever de esclarecimento e conduzir, caso não reveladas, à invalidade do consentimento, por serem essenciais para o exercício da autonomia do paciente? Por mais que a concretização desse dever não seja tarefa fácil, Santin consegue responder a essa pergunta de maneira clara e coerente com os fundamentos apresentados, esmiuçando, em seus mais precisos detalhes, o teor do dever do médico de informar o paciente sobre o diagnóstico, a evolução e os riscos do tratamento. Além disso, a autora ocupa-se da determinação dos *limites* que podem afastar ou atenuar esse dever, como os que decorrem de situações de urgência, de renúncia ao esclarecimento por parte do paciente ou até mesmo nos casos em que há uma contraindicação terapêutica, podendo a informação causar danos à saúde psíquica ou à integridade corporal do paciente.

Janice Santin controverte-se também com a polêmica figura do *consentimento hipotético*, que surgiu na jurisprudência civil alemã com o objetivo de afastar a responsabilidade do médico mesmo diante de um vício de esclarecimento e corrigir uma alegada “hipertrofia dos deveres de informação”, demonstrando congruentemente o quão problemática seria a transposição dessa figura para o direito penal.

A autora traz ainda importantes reflexões sobre a viabilidade da criação, no Brasil, de um tipo penal específico referente às intervenções médicas arbitrárias, realizadas contra a vontade ou sem o consentimento válido do paciente. Essas ponderações são particularmente relevantes no contexto brasileiro, pois a nossa doutrina majoritária ainda tem dificuldade em reconhecer a subsunção dos casos aqui tratados ao tipo de lesões corporais, limitando-se a tratar do problema das intervenções médicas não consentidas no âmbito do crime de constrangimento ilegal. Em geral, parte-se de uma concepção que condiciona a existência de uma *lesão* corporal a uma *piora do estado geral de saúde* do paciente, o que não ocorreria, por exemplo, em uma intervenção indicada e

bem-sucedida cujo consentimento seja inválido em razão da omissão de informações por parte do médico. Os ensinamentos de Santin nesta obra evidenciam os equívocos da nossa doutrina e deixam claro que a intromissão não validamente consentida na esfera corporal do paciente pode, sim, constituir uma lesão corporal – crime que, a meu ver, possui também uma dimensão de proteção da autodeterminação dos indivíduos sobre seus corpos.

Por todo o exposto, convido o leitor a refletir sobre as considerações desenvolvidas pela talentosa penalista Janice Santin neste livro, que merece ser lido não apenas pelos estudiosos do direito penal, mas também pelos profissionais da saúde. Não tenho dúvidas de que se trata de uma importantíssima contribuição para a ciência penal brasileira e, como eu já havia adiantado, para o desenvolvimento de um Direito Penal da Medicina fundado no respeito à autonomia do paciente.

Belo Horizonte, junho de 2020.

Flávia Siqueira

Doutora em Direito pela UFMG, com período sanduíche na *Universität Augsburg* e estâncias de pesquisa na *Humboldt-Universität zu Berlin*. Professora de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

## APRESENTAÇÃO DA AUTORA

O estudo que agora apresento ao leitor nasceu da minha dissertação de mestrado, defendida em 13 de março de 2020, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), diante da banca de avaliação composta pelos meus orientadores, Prof. Dr. Artur Brito de Gueiros Souza (UERJ) e Prof. Dr. Luís Greco (Universidade Humboldt de Berlim); pelo Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato, como Professor da casa (UERJ); e pelo Prof. Dr. Antônio José Teixeira Martins, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Após uma entusiasmante arguição, o trabalho foi aprovado pela banca com louvor e indicação para publicação, que com muita honra agora está concretizada pela Editora Marcial Pons, prefaciada pelo Prof. Dr. Luís Greco e apresentada pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Flávia Siqueira.

A pesquisa enfrentou importantes questões ainda pouco discutidas pela literatura jurídico-penal brasileira: o que deve compor, afinal, um consentimento capaz de autorizar a intervenção do profissional da medicina na substância corporal do paciente, sem que essa constitua um injusto penal? Como concretizar o consentimento que seja baseado na autonomia do paciente? Ou, ainda, quais os esclarecimentos médicos imprescindíveis para que o paciente possa, autodeterminadamente, consentir na interferência em seu corpo? A ausência de soluções científicas incontroversas e a evidente repercussão prática de tais problemas foram os dois fatores que mais me motivaram a levar adiante essa investigação.

Ao leitor, desejo que as reflexões que fiz no decorrer da obra para buscar respostas a tais perguntas levem não só a uma leitura proveitosa; mais do que isso, motivem-no a também refletir e participar de um debate que parece distante de se esgotar.

Rio de Janeiro, junho de 2020.

Janice Santin

# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	7
PREFÁCIO – Luís Greco .....	11
APRESENTAÇÃO – Flávia Siqueira .....	13
APRESENTAÇÃO DA AUTORA.....	17
ABREVIATURAS .....	23
INTRODUÇÃO .....	27
I. Considerações iniciais .....	27
II. Casos.....	30
1. DIREITO PENAL DA MEDICINA E O FUNDAMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO .....	33
1.1. O desenvolvimento do direito penal da medicina ..	34
1.2. A origem do consentimento na medicina e seu fun- damento .....	37
1.2.1. A visão hipocrática de promoção da cura e o paternalismo penal .....	39
1.2.2. Consentimento informado como representação da autonomia do paciente.....	44
1.2.3. O Código de Ética Médica brasileiro.....	48
1.3. O consentimento na teoria do delito.....	53
1.4. Balanço inicial.....	58

2. DEVER DE ESCLARECIMENTO FUNDAMENTADO PELA AUTONOMIA DO PACIENTE E COMO PRESUPOSTO DO CONSENTIMENTO.....	61
2.1. Autonomia, base jurídica do dever de informar e o direito à informação.....	62
2.2. Sujeitos envolvidos no processo de esclarecimento médico.....	72
2.3. Momento do esclarecimento.....	78
2.4. Forma do esclarecimento.....	82
2.4.1. Esclarecimento em etapas de <i>Weissauer</i> .....	84
2.5. Tipos de esclarecimento.....	86
2.5.1. Esclarecimento Terapêutico.....	87
2.5.2. Esclarecimento Financeiro (ou sobre os custos do tratamento).....	93
2.5.3. Esclarecimento para a autodeterminação.....	98
2.6. Primeiro balanço intermediário.....	100
3. O CONTEÚDO E A EXTENSÃO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO PARA A VALIDADE DO CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL.....	105
3.1. Fundamento do dever de esclarecimento médico – regra geral para a exclusão da responsabilidade penal com base em um consentimento orientado pela autonomia do paciente.....	106
3.1.1. Esclarecimento sobre o diagnóstico.....	109
3.1.2. Esclarecimento sobre o curso/evolução do tratamento.....	117
3.1.2.1. Esclarecimento sobre tipo, gravidade, extensão, execução e efeitos do tratamento.....	118
3.1.2.2. Alternativas de tratamento tradicionais ( <i>Behandlungsalternative</i> ), novos métodos ( <i>Neulandmethode</i> ) e tratamentos experimentais ( <i>Außenseitermethode</i> ).....	126

3.1.3. Esclarecimento sobre os riscos .....	138
3.1.3.1. Tipos de riscos presentes nas intervenções médicas.....	139
3.1.3.2. Limites ao dever de esclarecer sobre os riscos? .....	142
3.1.4. Síntese parcial .....	150
3.2. Causas que atenuam a extensão e o conteúdo da obrigação médica de esclarecer .....	153
3.2.1. Urgência e perigo na demora da intervenção ..	158
3.2.2. Paciente já esclarecido .....	162
3.2.3. Renúncia ao dever de esclarecimento .....	163
3.2.4. Contraindicação terapêutica .....	167
3.2.5. Consentimento presumido .....	172
3.3. Segundo balanço intermediário.....	177
4. TRATAMENTO DOGMÁTICO E CONSEQUÊNCIAS LE- GAIS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE ESCLARECI- MENTO MÉDICO.....	181
4.1. Consentimento hipotético no direito penal .....	182
4.2. Resultados fora do âmbito de proteção da norma..	187
4.3. Introdução legislativa do tipo penal de “intervenção arbitrária” .....	190
4.4. Posicionamento próprio.....	191
4.5. Balanço final.....	193
5. RESOLUÇÃO DOS CASOS .....	195
CONCLUSÕES .....	199
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	203

# INTRODUÇÃO

## I. Considerações iniciais

Laufs, Kern e Rehborn anunciam, no início do capítulo em que tratam sobre a justificação do fundamento do dever de esclarecimento médico, que *juristas e médicos já não discutem mais o ‘se’ deve existir um dever de esclarecimento médico, mas ‘como’*<sup>1</sup>. A superação da ideia de que ao médico cumpre apenas fazer aquilo que lhe é possível para salvar a vida do paciente, independentemente da vontade deste, por uma nova noção segundo a qual o que justifica a atuação do profissional é a própria autonomia do paciente, autorizadora da intervenção por meio de um *consentimento esclarecido*, leva ao enfrentamento de uma questão de crucial importância: *se o consentimento do paciente deve expressar a sua própria autonomia, qual o conteúdo do dever de esclarecimento médico que permite ao paciente tomar uma decisão fundada na sua autodeterminação?* Ou, acompanhando os juristas citados, *como*, na prática, deve ser concretizada, por meio das informações médicas, a autonomia do paciente?

O estudo que agora apresento ao leitor tem como ponto de partida o problema que lhe dá título, isto é, a influência da autonomia do paciente no dever de esclarecimento médico. Sob essa perspectiva, busco definir quais os limites da atuação profissional, atinente à figura do consentimento e o efetivo conteúdo do dever de esclareci-

1. LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. *Handbuch des Arztrechts*. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 2.

mento médico, a fim de que se possa assegurar ao paciente, como ser humano dotado de razão, o exercício de sua autodeterminação e o poder de decidir sobre seu próprio corpo e mente, ainda que tal decisão se mostre contrária ao clinicamente mais indicado. Surge, assim, a necessidade de que seja claramente estabelecido o conteúdo da informação a ser prestada pelo médico, de modo que o paciente possa de fato exercer, de forma plena, sua autonomia.

O tema, cujo ponto de partida busco nas experiências científico-jurídicas alemãs (civil e penal), tem ganhado, também no Brasil, algum destaque. Especialmente na área da responsabilidade civil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras discutem o dever médico de esclarecimento como base do consentimento do paciente. Porém, na área penal, esse assunto ainda é muito pouco debatido, o que não corresponde à sua importância, pois, como veremos, é o consentimento válido o que autoriza a intervenção médica sem que o ato configure uma lesão corporal. Diante da imensa quantidade de intervenções médicas realizadas a todo o momento em nosso país, é espantoso o fato de, até agora, os penalistas brasileiros, ao contrário do que acontece com os seus pares no exterior, terem dedicado tão pouco interesse em discutir esse assunto. Essa é a principal contribuição que acredito que o presente estudo pode dar: trazer às ciências penais brasileiras o importante debate sobre o fundamento e os limites do dever de esclarecimento médico.

O objeto dessa pesquisa envolve questões de grande importância prática, cuja análise partirei, todavia, diretamente de uma visão filosófica da *autonomia*. Realizar essa junção entre teoria e prática no direito médico, especialmente – como é o caso do presente estudo – voltado às suas consequências penais, parece-me a maneira mais adequada de encontrar as requeridas soluções científicas aos problemas aqui apresentados.

No primeiro capítulo, apresento um breve histórico do desenvolver daquilo que se pode chamar hoje de direito penal da medicina e da ideia de consentimento como o fundamento autorizador das intervenções no corpo do paciente. Nesse sentido, inicio a análise pela visão hipocrática e paternalista de proteção à saúde e chego até a ideia mais atual de um consentimento como representação da auto-

nomia do paciente. Ao final do capítulo, exponho a evolução dessas visões no Código de Ética Médica brasileira e localizo o leitor sobre o consentimento do paciente na teoria do delito.

Parto no segundo capítulo da defesa da autonomia como a base jurídica do dever de esclarecimento médico. Não discuto de forma exaustiva, porque não é o objeto principal do presente estudo, as questões relativas à ideia da autonomia como requisito intrínseco à validade do consentimento do paciente; para tanto, remeto o leitor a trabalhos anteriores da doutrina brasileira que já trataram de forma satisfatória sobre o assunto, como a recentemente publicada tese de doutoramento da Professora Doutora Flávia Siqueira, denominada *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, São Paulo: Marcial Pons, 2019. A partir da adoção desse ponto de partida orientado pela autonomia do paciente, apresento ao leitor os elementos que envolvem o esclarecimento (sujeitos, momento e forma) e os tipos de informação médica existentes (terapêutica, financeira e para a autodeterminação).

No terceiro capítulo, apresento minha ideia sobre como o dever de esclarecimento médico pode fundamentar uma exclusão da responsabilidade penal baseada em um consentimento efetivo. Para tanto, crio uma regra geral sobre o modo de cumprimento desse dever de informação pelo profissional, a partir da qual defino o conteúdo e a extensão daquilo que deve ser esclarecido ao paciente e, em seguida, apresento as causas ou situações em que essa regra geral pode ser atenuada sem afetar a autonomia do paciente.

Estabelecidos conteúdo e extensão do dever de esclarecimento médico, analiso, no quarto capítulo, as consequências dogmáticas dessa visão apresentada no capítulo três. Antes de expor, nesse tópico, meu próprio posicionamento, manifesto-me sobre as opções alternativas defendidas por alguns grupos na literatura, como a utilização de um consentimento hipotético, a ideia de resultados fora do âmbito de proteção da norma e a criação de um novo tipo penal de “intervenção arbitrária”. Por fim, no capítulo quinto, resolvo os casos ilustrativos expostos abaixo.

## II. Casos

A fim de auxiliar a compreensão dos temas que serão abordados no decorrer da obra, apresentarei abaixo um grupo de casos, a maioria dos quais se pôs de forma real para a jurisprudência. Retornarei a eles no final do trabalho, quando serão solucionados com base nas conclusões chegadas ao longo do texto.

**Caso A.** Um paciente de 70 (setenta) anos de idade decidiu se submeter a uma discografia e descompressão radicular com laser no nervo em razão de uma hérnia de disco. Antes do procedimento, contudo, o médico lhe esclareceu devidamente sobre o maior risco associado ao procedimento, qual seja, de paralisia, mas deixou de informá-lo sobre o perigo de impotência, também associado à intervenção. Esse risco, que era conhecido pelo médico ao tempo do esclarecimento, concretizou-se como resultado da operação: o paciente não teve paralisia após a intervenção, mas ficou impotente<sup>2</sup>.

**Caso B.** Uma paciente foi internada no hospital para dar à luz o seu segundo filho. Devido à saúde do nascituro estar comprometida, optou-se pela realização de uma cesariana. Antes do início da anestesia, os médicos aproveitaram para indagar à paciente se ela desejaria realizar uma esterilização junto com a cesariana, o que foi imediatamente recusado por ela, dado o desejo de ter mais filhos. Durante a operação, os médicos constataram a existência de fissuras no útero, motivo pelo qual decidiram realizar a esterilização da paciente, objetivando evitar, com segurança, que uma nova gravidez pudesse trazer consequências fatais para mãe e bebê<sup>3</sup>.

**Caso C.** Um paciente foi submetido a uma cirurgia no seio etmoidal em ambos os lados da face, em razão da formação maciça de pólipos no nariz, labirinto etmoide e em ambos os seios maxilares. Na conversa de esclarecimento prévio, o médico informou ao pa-

2. Uma variante do caso julgado pelo BGH, NJW 1989, 1533, também citado por SCHÖCH, Heinz. *Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen*. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boorberg, 2010, p. 67.

3. BGHSt 45, 219 (220).

ciente sobre os perigos da intervenção e da sua recusa. Contudo, em momento algum o médico tratou sobre o risco de cegueira associado ao procedimento, o qual, de acordo com as estatísticas, era de um caso em mil. O paciente consentiu na operação. Durante a intervenção, houve o sangramento no olho direito que resultou em lesões na parede óssea da cavidade ocular e, após a operação, o paciente ficou cego do olho direito<sup>4</sup>.

**Caso D.** Um paciente, que sofria de uma hérnia de disco grave na coluna vertebral e uma hérnia de disco suave em um disco subjacente, consentiu na cirurgia para o tratamento da lesão mais grave após os esclarecimentos médicos sobre os riscos associados à intervenção. Durante a cirurgia, porém, o médico acidentalmente operou a hérnia de disco leve. Para não revelar seu erro, o médico indicou ao paciente a necessidade de uma reoperação, ocultando seu objetivo real, que era tratar a hérnia de disco grave. O paciente, sem saber do verdadeiro motivo da necessidade de uma nova intervenção, consentiu na “reoperação” e a hérnia foi removida. Posteriormente, verificou-se que, caso devidamente esclarecido sobre o real objetivo da intervenção, o paciente teria concordado em se submeter à segunda cirurgia<sup>5</sup>.

**Caso E.** Uma paciente desejava aumentar seus glúteos, motivo pelo qual procurou um cirurgião plástico para realizar a intervenção. Antes da operação, o médico explicou à paciente os perigos da cirurgia, mas deixou de informá-la sobre o uso de silicone industrial, não reconhecido pelos órgãos sanitários, ao invés do uso do silicone adequado. Após a intervenção, a paciente sofreu complicações decorrentes do uso de silicone industrial e faleceu em razão da infecção causada pelo material utilizado.

**Caso F.** Uma paciente desejava se submeter a intervenções estéticas faciais, porque seu sonho era virar uma modelo de sucesso e parecer com a Gisele Bündchen. O “pacote” de cirurgias plásticas

4. BGH, NJW 1994, 793, também citado por KRAATZ, Erik. *Arztstrafrecht*. ed. 2<sup>a</sup>. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 53.

5. BGH, NStZ-RR 2004, 16, ilustrado por KRAATZ, Erik. *Arztstrafrecht*. ed. 2<sup>a</sup>. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 72

almejado pela paciente compreendia uma rinoplastia, harmonização facial e uma bioplastia nos lábios. As intervenções envolvidas eram de alto custo, o qual a paciente teria de suportar com todas as suas economias. O cirurgião explicou à paciente sobre os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos, tendo a paciente concordado com sua realização, mesmo diante dos perigos existentes. O médico, porém, deixou de expressar à paciente sua própria opinião de que, mesmo com as intervenções, ela não ficaria mais bonita – havendo inclusive a possibilidade de ficar até mais feia –, de forma que não conseguiria (sob o ponto de vista do profissional) realizar o sonho de ser modelo, tampouco de parecer a Gisele Bündchen<sup>6</sup>. As intervenções ocorrem dentro do esperado, mas, de fato, a paciente não apresentou uma melhora estética.

6. Caso inspirado em uma das conversas que tive com o Prof. Dr. Luís Greco sobre o assunto.

1.

## **DIREITO PENAL DA MEDICINA E O FUNDAMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

O estudo do direito penal incidente sobre as áreas médicas parece não receber, no Brasil, a mesma atenção dada a outros campos. Embora cada vez mais se debata o tratamento penal no âmbito econômico, tributário e ambiental (apenas para citar alguns exemplos), a maior parte das investigações jurídicas brasileiras sobre o direito médico trata da responsabilidade civil, sendo que poucas publicações chegam a cuidar de suas repercussões penais. A falta de atenção da doutrina brasileira não reflete, porém, o que acontece na realidade médica diária. Ainda que aos médicos se imponha a obediência às normas deontológicas de sua profissão, cumpre a eles também obter do paciente um consentimento válido como autorização para submetê-lo a uma intervenção corporal, cujo correto fornecimento afasta a responsabilidade criminal pela intervenção cirúrgica. Em muitas oportunidades, profissionais da saúde se veem diante de situações nas quais o desejo do paciente é diametralmente oposto ao que o Código de Ética médica determina, como nos casos de testemunhas de Jeová em situação de risco de morte que precisam se submeter a uma transfusão de sangue (num caso em que não há a possibilidade do uso de sangue artificial). Tais dilemas demonstram a importância

do direito penal da medicina e a necessidade de seu estudo constante. Afinal, intervir sem consentimento no corpo de outra pessoa é, a princípio, um comportamento que deixa de interessar apenas a questões de natureza civil e constitui, também, um problema a ser resolvido no plano do direito penal. Definir os requisitos básicos do dever de esclarecimento médico que sejam necessários a um consentimento válido é imprescindível para, de um lado, estabelecer os limites claros da responsabilidade penal do profissional e, de outro, compreender como deve ser respeitado o exercício, pelo paciente, do devido papel de protagonista sobre o seu próprio corpo.

### 1.1. O desenvolvimento do Direito Penal da Medicina

O direito penal incidente sobre a medicina remonta à Antiguidade, quando o direito positivado era usado para regular a atividade médica causadora de danos aos pacientes. Estudos históricos revelam que a codificação babilônica de Hammurabi, por volta do século XVIII a. C., já previa a responsabilidade criminal do médico pela atuação malsucedida, independentemente de o profissional ter agido com culpa (fala-se, nas §§ 215, §§ 218, §§ 219 e §§ 220, em resultados decorrentes de operações difíceis, sem estabelecer se houve, ou não, culpa do profissional)<sup>7</sup>.

No ocidente, acredita-se que o primeiro conjunto de leis sobre a conduta profissional médica propriamente dita foi elaborado na antiguidade grega pelo chamado *Corpus Hippocraticum*<sup>8</sup>, que até os dias de hoje é utilizado como referência para a teoria e a prática médica<sup>9</sup>. Apesar de se supor que o Código Hipocrático não tenha sido escrito por um único autor, mas por um grupo de médicos<sup>10</sup>, foi com Hipócrates que surgiu o juramento ainda utilizado pela deontologia médica, de acordo com o qual os profissionais se comprometem a aplicar os

7. BOUZON, Emanuel. *O código de Hammurabi*. ed. 10. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 188-189.

8. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 61.

9. GOLDER, Werner. *Hippokrates und das Corpus Hippocraticum: Eine Einführung für Philologen und Mediziner*. Deutschland: Königshausen & Neumann, 2007, p. 102.

10. GOLDER, Werner. *Hippokrates und das Corpus Hippocraticum: Eine Einführung für Philologen und Mediziner*. Deutschland: Königshausen & Neumann, 2007, p. 102.

tratamentos devidos para ajudar os pacientes, jamais utilizando-os para lhes causar dano ou malefício<sup>11</sup>.

Pelo juramento de Hipócrates foi estabelecida a promessa pública de o médico manter suas responsabilidades profissionais de promover a saúde e não causar males ao paciente, sem fazer qualquer menção ao consentimento<sup>12</sup>. Denota um modelo da beneficência, segundo o qual o médico figura como a autoridade que comanda e decide, enquanto ao paciente resta obedecê-lo<sup>13</sup>. Embora o juramento de Hipócrates prescreva as obrigações do médico sem prever sanções de natureza criminal para aqueles que as desobedeçam, seus preceitos são tidos como a fonte do direito penal da medicina<sup>14</sup> e suas orientações seguiram para além da antiguidade. Por exemplo, a medicina medieval, que era exercida por médicos monásticos cristãos, adotou as tradições de Hipócrates, fortalecendo o dever de obediência do paciente por meio da conjugação das orientações antigas com a teologia<sup>15</sup>.

Conforme explica Hilgendorf, ocorreram no último século diversas discussões médicas que tiveram reflexo direto no direito penal, o que demonstra a correlação entre ambas as ciências<sup>16</sup>. Nesse sentido, é possível destacar os debates travados no início do Século XX sobre a caracterização de uma intervenção médica como lesão corporal<sup>17</sup>. A partir de 1920, foram introduzidas questões como o aborto e a eutanásia, além da eugenia como método de legitimar os assassinatos em massa, especialmente aquela utilizada pelos nazistas durante a

11. MILES, Steven H. *The Hippocratic Oath and the Ethics of Medicine*. New York: 2004, p. xiii-xiv.

12. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 61.

13. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 62.

14. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

15. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 63.

16. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

17. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.