



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Janice Santin

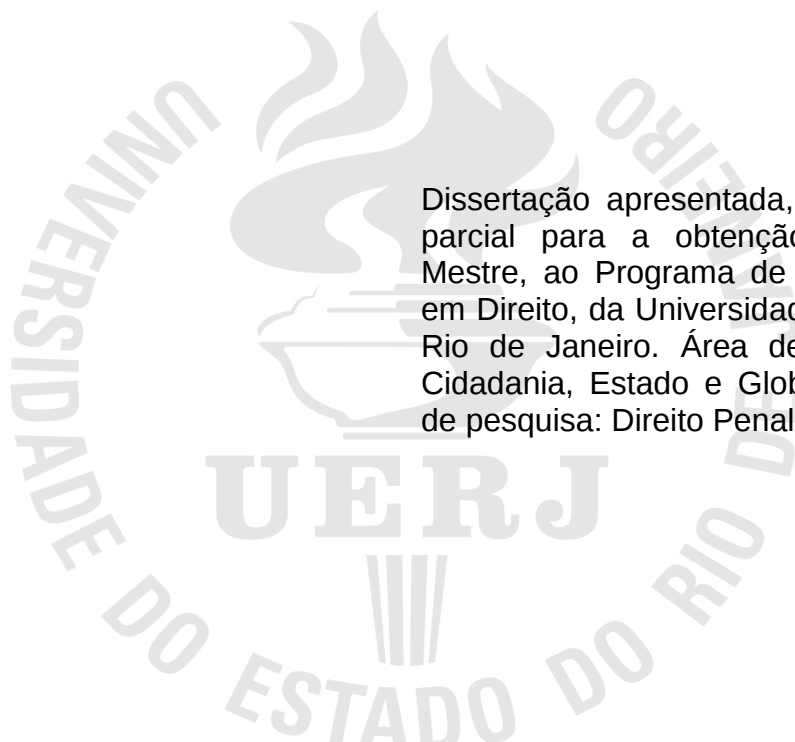
**Dever de esclarecimento médico no direito penal:
a concretização do consentimento baseado na autonomia do
paciente**

Rio de Janeiro

2020

Janice Santin

**Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do
consentimento baseado na autonomia do paciente**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Coorientador: Prof. Dr. Luis Filipe Maksoud Greco

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S235 Santin, Janice.

Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente / Janice Santin - 2020. 186 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Coorientador: Prof. Dr. Luis Filipe Maksoud Greco

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Direito penal - Teses. 3. Médico e paciente - Teses. I. Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Greco, Luis Filipe Maksoud. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.51

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Janice Santin

**Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do
consentimento baseado na autonomia do paciente**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 13 de março de 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luis Filipe Maksoud Greco (Coorientador)
Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2020

*Ao Humberto Souza Santos,
por tudo, sempre.*

*À minha família,
meu bem mais precioso.*

AGRADECIMENTOS

No ano de 2018 tive a alegria de começar o Mestrado em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Quem me conhece sabe que a vida acadêmica é grande parte daquilo que eu sempre quis para minha vida – desde quando entrei na faculdade de Direito, na PUCRS, dez anos antes. Não à toa, a etapa que eu cumpro com esse Mestrado representa muito mais do que um diploma: é o início de um sonho que começa a ser realizado.

Nesse caminho pude contar com o apoio de várias pessoas, que de algum modo ou de outro contribuíram com esse estudo. Agradeço primeiramente ao meu Professor Orientador, Dr. Artur de Brito Gueiros Souza, que desde a Pós-graduação *lato sensu* em Ciências Criminais e Segurança Pública, que fiz entre os anos de 2014 e 2016, também na UERJ, tem orientado meus estudos. Ao longo do Mestrado que concluo com a presente dissertação, sua dedicação só fez aumentar: com o dia a dia nas aulas, reuniões em seu gabinete, os trabalhos acadêmicos conjuntos, as diversas conversas que tivemos ao longo de todos esses anos, a disponibilidade, o carinho e a atenção foram muito importantes para que eu conseguisse desenvolver esse estudo. Por isso, devo a ele forte reconhecimento e gratidão. Espero que nossa parceria acadêmica continue assim e rendendo bons frutos.

Esse trabalho também é devido, em grande parte, ao meu Professor Coorientador, Dr. Luis Greco. Devo a ele um agradecimento especial: primeiro, por ter ajudado na definição do tema; depois, por ter aceitado meu pedido e me concedido a honra de ser sua coorientanda. O fato do Professor Luis Greco ter me ajudado nessa jornada significa muito para mim: desde o início da faculdade de Direito tenho ele como uma grande referência. Ter podido contar com sua orientação, portanto, por si só, já me causa imensa alegria. Graças ao Professor Luis Greco pude em Berlim coletar a bibliografia que embasa (majoritariamente) o estudo que aqui apresento, ocasião em que ele me proporcionou a experiência de poder atuar como pesquisadora convidada (*Gastwissenschaftlerin*) da Humboldt Universität zu Berlin e assim ter amplo acesso ao acervo físico e digital da Universidade, o que foi fundamental para que o presente trabalho fosse desenvolvido da maneira como agora apresento. O Professor Luis Greco também disponibilizou seu breve tempo de estadia na cidade (devido a viagens de trabalho)

para conversarmos sobre os problemas discutidos na dissertação e mobilizou algumas pessoas para me auxiliarem durante esse período de tempo que estive em Berlim. Além disso, também agradeço pela dedicada revisão que fez do texto da dissertação. Por tudo, devo a ele os meus melhores agradecimentos.

Agradeço, também, à Professora Dra. Flávia Siqueira, referência no assunto tratado nesse estudo, que me deu a honra de ler sua tese de doutoramento (transformada no livro *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*) antes da publicação da obra, o que foi essencial para o desenvolvimento da dissertação. Agradeço pela forma carinhosa e solícita com a qual se dispôs a me ajudar no com o material que ela já possuía em razão de seus estudos sobre o Direito Penal da Medicina e pela atenção que sempre dedicada.

Também agradeço ao Professor Dr. José Danilo Tavares Lobato, que participou da banca de qualificação desse trabalho. As suas ponderações e sugestões foram importantes para que eu fizesse alterações que aperfeiçoaram o conteúdo do texto final.

Além disso, devo agradecer, pelo convívio e pelas discussões, aos amigos que fiz ao longo do curso de Mestrado na UERJ, especialmente ao Rodrigo Amaral e à Consuello Alcon, com os quais dividi várias manhãs e cafés nesses últimos dois anos. Fora da Universidade, agradeço a alguns amigos que, embora não tenham feito parte do dia-a-dia do curso, foram importantes para a elaboração desse trabalho. Sou grata, também, ao Renato Kramer, que tive o prazer de manter contato em razão de minha ida à Alemanha e que gentilmente se disponibilizou a me ajudar com a bibliografia alemã e tirou algumas dúvidas que surgiram ao longo do trabalho. Obrigada, também, à Ana Carolina Zottis, por ter me recebido em sua casa.

Esse sonho não foi sonhado sozinho. Por todo o apoio durante uma vida, devo meus mais bonitos agradecimentos ao Humberto Souza Santos, com quem compartilhei os meus anseios, dúvidas, ideias e que viveu comigo todos os dias dessa dissertação. Agradeço não só pela revisão do trabalho, pelas críticas, pelos debates, mas por ser meu maior incentivador na busca de realizar esse sonho, desde o início. Obrigada por tudo.

Por fim, agradeço aos meus pais, Leudir e Nelvi, que apoiaram com amor todas as decisões que tomei ao longo desse caminho e foram excepcionais também

durante esse percurso. Agradeço de todo o coração aos meus irmãos, Jonas e Jaine, que me receberam com muito amor na Itália para que, daqui, eu pudesse me dedicar totalmente aos estudos. Sem dúvidas todo o carinho que eu recebi foram essenciais para que eu pudesse apresentar esse trabalho na forma como está.

“(...) Não existe nada mais sedutor para o homem que sua liberdade de consciência,
mas tampouco existe nada mais angustiante.”
(Ivan Karamázov em Fiódor Dostoiévski, *Os Irmãos Karamázov*, tradução de Paulo
Bezerra, ed. 34, 2008, p. 353)

RESUMO

SANTIN, J. *Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente*. 2020. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O estudo investiga o conteúdo e a extensão do dever de esclarecimento necessários ao consentimento válido à intervenção médica, orientado pelo respeito à autonomia do paciente. O objetivo é identificar os elementos que tornam uma intervenção médica autorizada e não punível como lesão corporal ou constrangimento ilegal. Para tanto, traz ao debate questões ainda pouco apreciadas pela doutrina penal brasileira, embora fundamentais ao exercício da medicina dentro do âmbito jurídico-penalmente permitido. A partir do reconhecimento do respeito à autonomia do paciente como meta-princípio, a pesquisa trata dos elementos que envolvem o esclarecimento médico, como sujeitos, momento e forma. Também são estudados os tipos de informação médica: terapêutica, financeira e para a autodeterminação. Apresentadas tais circunstâncias que envolvem o dever de esclarecimento médico, desenvolve-se uma regra sobre como deve ser cumprido pelo profissional esse dever de informação. Essa regra determina que devem ser esclarecidas todas as informações necessárias para que o paciente possa, de forma autônoma, decidir sobre a intervenção. A criação de limites que não respeitem a autodeterminação do paciente constitui uma forma de paternalismo médico não autorizado sob o ponto de vista da autonomia como meta-princípio, o qual somente pode ser excepcionado ou atenuado em casos de urgência, de esclarecimento prévio, renúncia, contraindicação terapêutica e consentimento presumido, conforme determinados critérios também orientados pela própria autonomia do paciente. Isso leva a consequências dogmáticas importantes ao debate científico e, também, relevantes para a resolução de problemas enfrentados no âmbito judicial.

Palavras-chave: direito penal médico; consentimento informado; responsabilidade penal do médico; dever de esclarecimento; autonomia do paciente.

ZUSAMMENFASSUNG

SANTIN, J. *Aufklärungspflicht des Arztes im Strafrecht: die Verwirklichung der Einwilligung nach der Patientenautonomie orientiert*. 2020. 186 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Die vorliegende Erforschung untersucht den erforderlichen Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht einer rechtswirksamen Einwilligung des medizinischen Eingriffs, der am Patientenautonomierespekt orientiert ist. Das Ziel der Arbeit ist es, die Bestandteile eines berechtigten medizinischen Eingriffs zu identifizieren, die nicht als Körperverletzung oder Nötigung strafbar sind. Hierzu befasst sich die Studie mit Fragen, die die strafrechtliche brasilianische Literatur wenig verfolgt, obwohl sie wichtig für eine strafrechtlich berechnete, medizinische Erwerbstätigkeit sind. Ausgehend vom Patientenautonomierespekt als Metaprinzip behandelt die Forschung die Elemente der Aufklärungspflicht des Arztes, wie Personen, Zeitpunkt und Form der Durchführung. Außerdem werden die Arten der Aufklärung untersucht: Therapeutik, wirtschaftliche Aufklärung und Selbstbestimmungsaufklärung. Unter diesen Umständen, die die Pflicht zur medizinischen Klärung einschließt, wird eine Faustregel erstellt, wie diese Informationspflicht vom Arzt zu erfüllen ist. Diese Regel bestimmt, dass alle notwendigen Informationen für eine autonome Entscheidung des Patienten über den medizinischen Eingriff aufgeklärt werden müssen. Die Festlegung von Grenzen, die das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht respektieren, bedeutet ein medizinischer Paternalismus, der unter dem Standpunkt der Autonomie als Metaprinzip der Autonomie nicht berechnete ist und der nur in Notfällen, bei vorinformierten Patienten, bei Aufklärungsverzicht, bei therapeutischer Kontraindikation und mutmaßlicher Einwilligung gemildert oder ausgeschlossen werden kann. Alle diese Fälle müssen sich auch nach dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten richten. Das führt dogmatische Folgen herbei, die wichtig für die wissenschaftliche Diskussion und Rechtsprechung sind.

Stichwörter: Medizinstrafrecht; informierte Einwilligung; strafrechtliche

Verantwortlichkeit des Arztes; Aufklärungspflicht; Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Abreviação do artigo (Absatz) em alemão
Art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> (decisões do Tribunal Federal alemão em matéria penal)
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> (decisões do Tribunal Federal alemão em matéria civil)
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional da Alemanha)
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (decisões do Tribunal Constitucional alemão)
Ed.	Edição
<i>et alii</i>	E outros
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i> (periódico)
Hrsg.	<i>Herausgeber</i> (organizadores em alemão)
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i> (periódico)
JR	<i>Juristische Rundschau</i> (periódico)
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (periódico)
MDR	<i>Monatsschrift für deutsches Recht</i> (periódico)
MedStra	<i>Zeitschrift für Medizinstrafrecht</i> (periódico)
MedR	<i>Medizinrecht</i> (periódico)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (periódico)
NJW-RR	<i>Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report</i>

	(periódico)
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (periódico)
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (Tribunal Regional Superior)
Rn.	<i>Randnummer</i> (número de margem)
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal Alemão)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StV	<i>Strafverteidiger</i> (periódico)
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i> (periódico)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 DIREITO PENAL DA MEDICINA E O FUNDAMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO	21
1.1 O desenvolvimento do Direito Penal da Medicina.....	21
1.2 O surgimento da ideia de consentimento e seu fundamento.....	24
1.2.1 A visão hipocrática de promoção da cura e o paternalismo penal	26
1.2.2 Consentimento informado como representação da autonomia do paciente.....	30
1.2.3 O Código de Ética Médica brasileiro	35
1.3 O consentimento na teoria do delito	40
1.4 Balanço inicial	43
2 DEVER DE ESCLARECIMENTO FUNDAMENTADO PELA AUTONOMIA DO PACIENTE E COMO PRESSUPOSTO DO CONSENTIMENTO.....	46
2.1 Autonomia, base jurídica do dever de informar e o direito à informação	47
2.2 Sujeitos envolvidos no processo de esclarecimento médico.....	55
2.3 Momento do esclarecimento	59
2.4 Forma do esclarecimento	62
2.4.1 Esclarecimento em etapas de Weissauer	64
2.5 Tipos de esclarecimento.....	66
2.5.1 Esclarecimento terapêutico	67
2.5.2 Esclarecimento financeiro (ou sobre os custos do tratamento)	72
2.5.3 Esclarecimento para a autodeterminação	76
2.6 Primeiro balanço intermediário.....	78

3 CONTEÚDO E A EXTENSÃO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO PARA A VALIDADE DO CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL.....	82
3.1 Fundamento do dever de esclarecimento médico – regra geral para a exclusão da responsabilidade penal com base em um consentimento efetivo	82
3.1.1 Esclarecimento sobre o diagnóstico	85
3.1.2 Esclarecimento sobre o curso/evolução do tratamento	93
3.1.2.1 Esclarecimento sobre tipo, gravidade, extensão, execução e efeitos decorrentes do tratamento	94
3.1.2.2 Alternativas de tratamento tradicionais (<i>Behandlungsalternative</i>), novos métodos (<i>Neulandmethode</i>) e tratamentos experimentais (<i>Außenseitermethode</i>) .	101
3.1.3 Esclarecimento sobre os riscos.....	111
3.1.3.1 Tipos de riscos presentes nas intervenções médicas	112
3.1.3.2 Limites ao dever de esclarecer sobre os riscos?.....	115
3.1.4 Síntese parcial.....	122
3.2 Causas que atenuam a extensão e o conteúdo da obrigação médica de esclarecer.....	124
3.2.1 Urgência e perigo na demora da intervenção.....	129
3.2.2 Paciente já esclarecido.....	133
3.2.3 Renúncia ao dever de esclarecimento	134
3.2.4 Contraindicação terapêutica.....	138
3.2.5 Consentimento presumido.....	143
3.3 Segundo balanço intermediário	147
4 TRATAMENTO DOGMÁTICO E CONSEQUENCIAS LEGAIS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO	151
4.1 Consentimento hipotético no direito penal.....	152
4.2 Resultados fora do âmbito de proteção da norma.....	156
4.3 Introdução legislativa do tipo penal de “intervenção arbitrária”	158
4.4 Posicionamento próprio	160

4.5 Balanço final	161
5 RESOLUÇÃO DOS CASOS	164
CONCLUSÕES	168
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

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'*¹. A superação da ideia de que o médico deve fazer aquilo que lhe é possível para salvar a vida do paciente, independentemente da vontade desse, por uma nova noção de que 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 tema, cujo ponto de partida busco nas experiências das ciências 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 debatem o dever médico de esclarecimento como base do consentimento do paciente. Porém, na área penal, esse assunto ainda é muito pouco discutido, o que não corresponde à sua importância, pois, como veremos, é o consentimento válido o que justifica a intervenção médica sem que o ato configure uma lesão corporal. Diante da imensa quantidade de intervenções médicas realizadas diariamente 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.

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

O objeto desse trabalho 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, é a maneira mais adequada de encontrar as requeridas soluções científicas aos problemas aqui apresentados.

No primeiro capítulo, apresento um breve histórico do desenvolvimento do 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 a partir da visão hipocrática e paternalista de proteção à saúde até a ideia mais atual de um consentimento como representação da autonomia do paciente. Ao final do capítulo, exponho o desenvolvimento dessas visões no Código de Ética Médica brasileira e localizo o leitor sobre o consentimento do paciente na teoria do delito.

Inicio o segundo capítulo defendendo a autonomia como a base jurídica do dever de esclarecimento médico. Contudo, 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, por exemplo, 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 meu próprio ponto de vista sobre como o dever de esclarecimento médico pode fundamentar uma exclusão da responsabilidade penal baseada em um consentimento efetivo. Para tanto, desenvolvo uma regra geral sobre como deve ser cumprido pelo profissional esse dever de informação, a partir da qual defino o conteúdo e a extensão daquilo que deve ser esclarecido ao paciente, e apresento, em seguida, 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 apresentar meu próprio posicionamento, manifesto-me sobre as opções alternativas defendidas por alguns grupos na literatura, como da utilização de um consentimento hipotético, da ideia de resultados fora do âmbito de proteção da norma e da criação de um novo tipo penal de “intervenção arbitrária”. Por fim, no capítulo quinto, resolvo os casos ilustrativos expostos ao final da presente introdução.

A dissertação tem como ponto de partida o problema que lhe dá título, isto é, a influencia da autonomia no dever de esclarecimento médico. Sob essa perspectiva, busca definir quais os limites da atuação médica, atinente à figura do consentimento e o efetivo conteúdo do dever de esclarecimento 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 problema possui grande relevância sob dois diferentes aspectos. Em um primeiro plano, o estabelecimento de tais limites é essencial para a confirmação da autonomia do paciente como condição necessária ao consentimento válido e, conseqüentemente, para a desautorização de quaisquer intervenções médicas sem a permissão daquele a ser submetido ao tratamento clínico. Apenas com a definição clara de tais limites é possível verificar quando não há consentimento ou quando esse não ocorre de forma válida por falta de um completo e necessário esclarecimento. Por outro lado, a definição do conteúdo do dever de esclarecimento também é relevante para a delimitação da atuação do próprio médico, na medida em que a clareza sobre o que deve ou não ser informado garante maior segurança jurídica ao profissional da saúde. Por fim, o tema também se justifica pela ainda tímida discussão na doutrina brasileira sobre um assunto tão relevante.

O método utilizado na investigação é predominantemente o analítico, embora o estudo se inicie com a apresentação de casos, como ponto de partida da discussão. Esses casos serão resolvidos ao final da pesquisa, após o

estabelecimento dos pilares teóricos do dever de esclarecimento médico. O desenvolvimento teórico tem como base a literatura e jurisprudência nacional e estrangeiras, em especial a alemã, mas também com referências aos estudos anglo-saxões.

A fim de auxiliar a compreensão dos temas que serão abordados no curso do estudo, apresentarei abaixo um grupo de casos, a maioria dos quais se põs de forma real para a jurisprudência. Retornarei a eles no final do trabalho, ocasião em que 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 devidamente lhe esclareceu sobre o maior risco associado ao procedimento, qual seja, de paralisia, mas deixou de informá-lo sobre o perigo também associado à intervenção de impotência. 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 impotente².

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, que foi efetuada após a anuência do marido da paciente. 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 ser mãe de três 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 bebê³.

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 Boomborg, 2010, p. 67.

³ BGHSt 45, 219 (220).

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 paciente sobre os perigos da intervenção e dos riscos de uma recusa na cirurgia. Contudo, em momento algum o médico esclareceu acerca do risco de cegueira associado ao procedimento, o qual, de acordo com as estatísticas, era de um caso em mil. O paciente consentiu com a 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 direito⁴.

Caso D. Uma paciente foi internada no hospital já em trabalho de parto. Durante todo o acompanhamento pré-natal, não foi discutida a possibilidade de realização de uma cesariana, motivo pelo qual a paciente aguardava o nascimento do filho por parto natural. Entretanto, no decorrer do trabalho de parto, verificou-se uma redução na frequência cardíaca do nascituro e, como a medicação indicada não deu resultado, foi recomendada a indução do parto. Novamente se verificou uma oscilação na frequência cardíaca do nascituro, seguida da ingestão de mais remédios. Após a administração de um agente indutor de parto, observaram-se desacelerações cardíacas do nascituro. Em um exame vaginal, foi constatado que o colo do útero ainda não estava aberto. Por tal motivo, o médico teve uma conversa de emergência com a paciente sobre a necessidade de uma cesárea. Isso causou pânico na gestante, que não cooperava com o trabalho de parto. Em decorrência dessas complicações, a criança nasceu com danos cerebrais que afetaram seu desenvolvimento mental⁵.

Caso E. Um paciente, que sofria de uma hérnia de disco grave na coluna vertebral e uma hérnia de disco suave em um disco subjacente, consentiu com a 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

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

⁵ BGH, NJW-RR 2019, 17.

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 com a “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 cirurgia⁶.

Caso F. Uma paciente desejava se submeter a uma intervenção estética para o aumento de glúteos, motivo pelo qual procurou um cirurgião plástico. Antes da operação, o médico explicou à paciente os perigos da intervenção, 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 cirurgia, a paciente sofreu complicações e faleceu em razão da infecção causada pelo material utilizado.

Caso G. Uma paciente desejava se submeter a uma intervenção estética facial, porque seu sonho era virar uma modelo de sucesso e parecer com a Gisele Bündchen. O “pacote” de cirurgias plásticas desejadas pela paciente envolvia uma rinoplastia, harmonização facial e uma bioplastia nos lábios. As cirurgias 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 intervenção e ela concordou em se submeter aos procedimentos mesmo diante dos perigos existentes. O médico, contudo, 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 Bündchen⁷. As intervenções ocorrem dentro do esperado, mas, de fato, a paciente não apresentou uma melhora estética.

⁶ BGH, NStZ-RR 2004, 16, ilustrado por KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 72

⁷ Caso inspirado em uma das conversas que tive com o meu coorientador, Prof. Dr. Luís Greco, sobre o assunto tratado nessa dissertação.

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 de 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 vêem diante de situações nas quais o desejo do paciente é diametralmente oposto ao que o Código de Ética médica determina, como, por exemplo, nos casos de testemunhas de Jeová em situação de risco de morte que precisam se submeter a uma transfusão de sangue. 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 necessários a um consentimento válido é imprescindível para, de um lado, estabelecer os limites claros da responsabilidade penal médica 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 utilizado 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, imperícia ou negligência do profissional)⁸.

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*⁹, que até os dias de hoje é utilizado como referência para a teoria e a prática médica¹⁰. Apesar de se supor que o Código Hipocrático não tenha sido escrito por um único autor, mas por um grupo de médicos¹¹, foi com Hipócrates que surgiu o juramento ainda utilizado pela deontologia médica, de acordo com o qual os profissionais se comprometem a aplicar os tratamentos devidos para ajudar os pacientes, jamais utilizando-os para lhes causar dano ou malefício¹².

Pelo juramento de Hipócrates foi estabelecida a promessa pública de o médico manter suas responsabilidades profissionais de promover a saúde e não causar malefícios, sem fazer qualquer menção ao consentimento do paciente¹³. Denota um modelo da beneficência, segundo o qual o médico figura como a autoridade que comanda e decide, enquanto ao paciente resta obedecê-lo¹⁴. 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 medicina¹⁵ e suas orientações seguiram para além da antiguidade. Por exemplo, a medicina medieval, que era a exercida por médicos monásticos cristãos, adotou as tradições de Hipócrates, fortalecendo o

⁸ BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. ed. 10. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 188-189.

⁹ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 61.

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

¹¹ GOLDER, Werner. **Hippokrates und das Corpus Hippocraticum**: Eine Einführung für Philologen und Mediziner. Deutschland: Königshausen & Neumann, 2007, p. 102.

¹² MILES, Steven H. **The Hippocratic Oath and the Ethics of Medicine**. New York: 2004, p. xiii-xiv.

¹³ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 61.

¹⁴ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 62.

¹⁵ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

dever de obediência do paciente por meio da conjugação das orientações antigas com a teologia¹⁶.

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 ciências¹⁷. Nesse sentido, é possível destacar os debates travados no início do Século XX sobre a caracterização de uma intervenção médica como lesão corporal¹⁸. A partir de 1920, foram introduzidas questões como o aborto e a eutanásia, iniciando-se, ainda, a visão da eugenia como método de legitimar os assassinatos em massa, especialmente aquela utilizada pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial e o Terceiro Reich¹⁹. Finda a guerra, na segunda metade do Século XX, surgiram os debates sobre a realização de transplantes, engenharia genética e fertilização *in vitro*, além da clonagem de células humanas, todos com forte influência da bioética médica desenvolvida nos Estados Unidos²⁰.

No Brasil, o primeiro Código Criminal, de 16 de dezembro de 1830, trouxe disposições que, se não diretamente, de forma reflexa se referia aos limites da atuação do profissional da medicina. É possível citar, assim, a proibição do auxílio ao suicídio (art. 196), o que inclui a vedação à eutanásia; do aborto (art. 199) e do fornecimento de drogas abortivas, crime qualificado quando o sujeito ativo fosse o médico (art. 200); e os delitos de ferimento e ofensas físicas (especialmente os dispostos nos arts. 201 a 205). Para todos os casos não havia a previsão legal da figura do consentimento do ofendido como causa de exclusão do crime²¹. O tratamento penal se manteve bastante similar no Código Penal de 1890, que inovou ao tipificar o exercício regular da medicina (art. 156); o homicídio culposo (art. 297); e a morte da gestante em aborto necessário (art. 302). Também é interessante o fato de que tal Código, apesar de afastar o consentimento do ofendido como causa

¹⁶ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 63.

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

¹⁸ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

¹⁹ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.

²⁰ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 27.

²¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lm/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 24.06.2019.

de exclusão do crime (art. 28), previu expressamente, junto da legítima defesa, a exclusão do crime para aqueles que “*praticarem o crime para evitar mal maior*” (art. 32, parágrafo primeiro)²². Já o Código Penal de 1940 acrescentou os tipos de omissão de socorro (art. 135) e o crime próprio de omissão em notificação de doença (art. 269), além de prever a exclusão do crime de aborto em caso de a medida se fazer necessária e de gravidez resultante de estupro (art. 128, incisos I e II)²³.

Além do Código Penal, outros marcos legais brasileiros exercem forte influência na atividade médica, como a Lei de Planejamento Familiar (Lei n.º 9.263/1996), a Lei dos Transplantes de Órgãos (Lei n.º 9.434/1997) e a Lei da Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005). A Lei de Planejamento Familiar fixa as regras autorizadoras da esterilização cirúrgica, cuja inobservância acarreta a responsabilidade penal do médico que a realiza²⁴. Constitui crime, por exemplo, a esterilização cirúrgica da parturiente sem a sua autorização, salvo em caso de risco de morte (art. 15 c/c art. 10, §§ 1º e 2º). Já a Lei dos Transplantes de Órgãos determina as formas de se realizar esse tipo de intervenção, delimitando as situações em que o procedimento é possível ou é vedado ao médico com responsabilização criminal²⁵. A Lei de Biossegurança, por sua vez, dispõe sobre a forma permitida de utilização de embriões humanos e criminaliza a engenharia genética e a clonagem humana (arts. 25 e 26)²⁶. A existência de tais disciplinas legislativas demonstra a importância dada pelo legislador penal à atuação médica, ao estabelecer, sob ameaça de pena, limites normativos à atuação do profissional da saúde.

1.2 O surgimento da ideia de consentimento e seu fundamento

A medicina antiga era baseada em um modelo de beneficência, no qual a

²² Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 24.06.2019.

²³ Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 24.06.2019.

²⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em 24.06.2019.

²⁵ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em 24.06.2019.

²⁶ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 24.06.2019.

saúde do paciente era colocada em primeiro plano e não se previa a necessidade de um consentimento para a realização das intervenções médicas²⁷. No plano médico moderno, seguiu-se a tradição de Hipócrates como um ideal de compromisso moral, mas com a ética de Benjamin Rush e de John Gregory houve um abrandamento do autoritarismo presente no papel do médico, fornecendo-se a quantidade de informações necessárias à liberdade de escolha do paciente²⁸. Contudo, isso não chegou a ser entendido como defesa do consentimento informado, na medida em que o objetivo era educar os pacientes e motivá-los à obediência, sendo a verdade aplicada justamente como forma de concretização da ideia de beneficência ao paciente, e não de respeito à sua autonomia²⁹. De modo semelhante, a ética médica de Percival, que influenciou o primeiro Código de Ética Médica da Associação Médica Americana (AMA), em 1847, e orientou as práticas médicas norte-americanas no final do século XIX e início do século XX, recomendava ao profissional que esclarecesse ao paciente sua situação, exceto quando a verdade pudesse lhe causar algum dano; novamente, o que se buscava não era garantir ao paciente o direito de exercer sua vontade, mas de cuidar de seu bem-estar³⁰.

O termo *consentimento informado* surgiu apenas no ano de 1957, na decisão proferida pela Justiça de Bray, Tribunal Distrital da Califórnia, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr*³¹. O processo foi ajuizado porque os médicos deixaram de informar ao paciente sobre a existência do risco de paralisia pela intervenção cirúrgica³²; na decisão, o Tribunal, ao invocar o direito à autodeterminação, entendeu que todos os fatos necessários à formação de um consentimento adequado e eficaz deveriam ter sido esclarecidos ao paciente³³.

Ao longo da segunda metade do século XX, o direito ao consentimento

²⁷ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 62.

²⁸ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 65.

²⁹ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 65-66.

³⁰ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 67-69 e 76.

³¹ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 87.

³² FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 125.

³³ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 126.

informado ganhou *status* de norma internacional. Foi previsto no Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, no Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração de Helsinque, de 1968, na Declaração de Lisboa, de 1981, na 47ª Assembleia Geral de Bali, Indonésia, de 1995, na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1997, na Declaração de Bioética de Gijón, de 2000 e em diversas resoluções e convenções da Organização Mundial de Saúde.

Apesar desse reconhecimento internacional a favor do consentimento informado, a massificação da atividade médica tem reduzido sua obtenção a conversas superficiais entre as partes envolvidas nesse processo e ao preenchimento de meros formulários padronizados que dificultam uma livre expressão da vontade do paciente. Isso acarreta, não apenas no Brasil, mas em diversos países, situações em que o risco inerente ao tratamento se realiza no resultado sem que o paciente tenha sido correta e previamente informado, o que dá origem a complexos casos judiciais. Uma delimitação clara do dever de esclarecimento médico surge, então, como algo indispensável ao livre exercício da autonomia do paciente e também – ainda que de forma secundária – para a segurança jurídica do profissional da Medicina.

1.2.1 A visão hipocrática de promoção da cura e o paternalismo penal

A ideia por trás do juramento de Hipócrates, ainda hoje utilizado como regra orientadora do exercício da profissão da medicina³⁴, é a promoção da saúde do paciente em primeiro lugar. O objetivo do médico é utilizar todo o seu conhecimento para a proteção da vida e da saúde daquele que padece, ainda que com isso tenha de sacrificar outros bens, como o livre exercício da vontade de quem recebe os seus cuidados. Antes do surgimento dos ideais de Hipócrates, a cura grega arcaica se baseava em uma visão mítica e cosmológica, que orientava o cuidado das

³⁴ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 28.

enfermidades por meio do curandeirismo³⁵. Por isso, a ética hipocrática é considerada uma das primeiras concepções racionais, e não cosmológicas, da atuação médica.

O juramento de Hipócrates adota um princípio da beneficência e se funda na máxima *salus aegroti suprema lex*³⁶. Tal pode ser extraído de diversos de seus excertos, como na parte em que diz: (...) *“Usarei tratamento para ajudar os doentes de acordo com minha capacidade e julgamento; mas nunca tendo em vista a sua lesão e prejuízo”*. Do mesmo modo, veda a administração *“de um medicamento para causar a morte, mesmo que seja solicitado a fazê-lo”*, ou seja, ainda que assim reivindicado por aquele que padece. Isso também se verifica quando afirma: (...) *“Em todas as casas que eu entrar, entrarei para ajudar os doentes, e abster-me-ei de todas as transgressões e danos conscientes”*³⁷. Há um ideal paternalista no modelo hipocrático³⁸, segundo o qual o propósito da atividade médica é de beneficência aos doentes³⁹. Trata-se da noção de primazia da saúde do paciente e, portanto, de que o dever de agir para beneficiar a saúde daquele que padece é sempre a finalidade máxima da ciência médica, independentemente da vontade do sujeito do tratamento⁴⁰.

A ética hipocrática contém em si dois diferentes princípios: o da não-maleficência (*primum non nocere*⁴¹, expresso na noção de *“nunca tendo em vista sua lesão ou prejuízo”*) e o da beneficência (*salus aegroti*⁴², quando jura [...] *“usarei o tratamento para ajudar os doentes [...] em todas as casas que eu entrar, entrarei para ajudar os doentes [...]”*). A ideia por trás de tais postulados expressa o dever de

³⁵ MAGALHÃES, João Luiz de; NUNES, Rui. **Tradição e fundamentos éticos hipocráticos aplicáveis à terminalidade da vida**. In: Revista Bioética, vol. 22, n.º 3, Brasília, set/dez. 2014, p. 449.

³⁶ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 644.

³⁷ Em tradução livre. Para versão original, ver CRAIK, Elizabeth M. **Hippocratic corpus: content and context**. London: Routledge, 2015, p. 145.

³⁸ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 30.

³⁹ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 126.

⁴⁰ PELLEGRINO, Edmund. **The “telos” of medicine and the good of the patient**. In: CORRADO VIAFORA. *Clinical Bioethics: a Search for the Foundations*. Springer: Padua, 2005, p. 21.

⁴¹ “Acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 209.

⁴² VOSENKUHL, Wilhelm. **Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns: Prinzipienkonflikte und deren Lösungen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (Hrsg.). *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2010, p. 4.

maximizar o bem e prevenir o dano⁴³ como forma de estabelecer padrões para fundamentar a racionalidade prática da atuação médica, especialmente na diferenciação daquilo que pode do que não pode ser feito pelo profissional⁴⁴.

Frankena defende que tanto o atuar benéfico quanto a não-maleficência fazem parte do princípio da beneficência, porque este englobaria a ideia de um dever fazer o bem e também de não provocar dano⁴⁵. Assim, de acordo com o autor, são parte da noção de beneficência, em ordem de prevalência, os seguintes deveres: a) de não causar males ou danos; b) prevenir males ou danos; c) remover o mal; e d) fazer e promover o bem⁴⁶. Contudo, por se tratarem de obrigações distintas (não causar dano e promover o bem-estar) e com graus de rigor diferentes (em geral, o dever de não causar dano como mais impositivo do que o de promover o bem, embora se prefira não sopesar uma opção como sempre moralmente preferível à outra), muitos autores optaram por separar o princípio da beneficência e o da não-maleficência⁴⁷. Sob essa perspectiva, a máxima hipocrática do princípio ético “*primum non nocere*” se divide no princípio da não-maleficência, expresso no item a acima mencionado, e os demais (b, c e d) no princípio da beneficência⁴⁸.

Com tal separação, o conceito de não-maleficência passa a expressar unicamente a regra de que não se deve infligir um dano ou mal a outrem; trata-se de uma ordem de não fazer, um abster-se⁴⁹. Por outro lado, o princípio da beneficência corresponde à atuação positiva com o fim de provocar o bem a alguém⁵⁰, constituindo, segundo Beauchamp e Childress, não uma mera possibilidade, mas a obrigação moral de agir em benefício do outro⁵¹. Enquanto no primeiro (*nil nocere*) a regra serve de fundamento para determinadas proibições e punições legais, cuja obediência deve ser seguida de forma absoluta (devemos não causar mal a

⁴³ FRANKENA, William K. **Ethics**. ed. 2ª. New Jersey: Prentice-Hall, 1973, p. 45-46.

⁴⁴ MCLEAN, Anne. **The elimination of morality: reflections on Utilitarianism and Bioethics**. London: Routledge, 1993, p. 11.

⁴⁵ FRANKENA, William K. **Ethics**. ed. 2ª. New Jersey: Prentice-Hall, 1973, p. 47.

⁴⁶ FRANKENA, William K. **Ethics**. ed. 2ª. New Jersey: Prentice-Hall, 1973, p. 47.

⁴⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 210-2011.

⁴⁸ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 10.

⁴⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 212.

⁵⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 281.

⁵¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 282.

nenhuma pessoa), o segundo (*salus aegroti*) possibilita a atuação de forma parcial (não é possível agir de forma beneficente em relação a todas as pessoas) e, por isso, mais raramente gera sanções legais àqueles que não obedecem⁵². Além disso, é tarefa do princípio da beneficência a busca do equilíbrio não apenas entre benefícios *versus* danos, como também o sopesamento de benefícios *versus* benefícios alternativos e danos *versus* danos alternativos⁵³. De acordo com esse entendimento, a atuação do médico não prevê a necessidade do consentimento do paciente.

Essa visão tradicional da medicina, que relega para um segundo plano a vontade do paciente (a qual só mais tarde veio a ser de fato discutida)⁵⁴, foi responsável por influenciar a arte médica desde os gregos até a medicina moderna. Na ética iluminista de Benjamin Rush e também de John Gregory, não obstante se tenha defendido o compartilhamento de informações médico-paciente, o objetivo da prática médica estava voltado aos resultados benéficos daí advindos (educação e motivação do paciente, por exemplo) e não o respeito à autonomia do paciente⁵⁵. Os princípios surgidos com Hipócrates também influenciaram a ética médica moderna de Thomas Percival, responsável pela elaboração de orientações a serem seguidas pelos profissionais da saúde⁵⁶. Tais princípios, todavia, ainda tinham por objetivo maior o benefício e o bem-estar do paciente, tanto que Percival aceitava o emprego do engano quando fosse necessário para evitar danos ao paciente⁵⁷.

Após o fim da Segunda Guerra, houve uma tentativa, pela Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial, de modernizar o juramento de Hipócrates, especialmente como resposta aos programas e pesquisas desenvolvidos pelo *Terceiro Reich* alemão⁵⁸. Porém, desde a sua primeira versão (1948⁵⁹) até a atual

⁵² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 284.

⁵³ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 13.

⁵⁴ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 59.

⁵⁵ Nesse sentido, explicam FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 64-66.

⁵⁶ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 644.

⁵⁷ BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 68-69.

⁵⁸ HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 29-31.

(2006⁶⁰), a Declaração de Genebra mantém os ideais hipocráticos de promoção da saúde (“a saúde do paciente deve estar em primeiro lugar” e “o médico é obrigado a preservar a vida humana”) e silencia quanto à obrigação de se respeitar a autonomia do paciente. Mantém-se, assim, a superioridade do médico em relação aos seus pacientes, o qual deve atuar pelos princípios hipocráticos da beneficência e da não-maleficência⁶¹.

A ética médica tradicional fundou, assim, seus pilares sobre os princípios hipocráticos. Embora ela tenha flertado com o dever de esclarecimento (a exemplo da ética de Rush, Gregory e Percival), esse último continuou a ser visto como uma forma de paternalismo médico, pois tinha por finalidade apenas promover um benefício ao bem-estar do paciente. O enfermo não era visto como um ser dotado de vontade própria e autodeterminado para decidir aquilo que fosse melhor para si; não havia a ideia de uma ação autônoma a ser respeitada. Essa visão começou a ser questionada pelos Tribunais alemães no início do Século XX⁶² e predominou na jurisprudência estadunidense até meados de 1957, quando o termo *consentimento informado* (*informed consent*) foi utilizado nos Estados Unidos pela primeira vez no caso *Salgo v. Leland Stanford Jr.*, de 1957, como tradução do respeito à autonomia do paciente⁶³.

1.2.2 Consentimento informado como representação da autonomia do paciente

O caso *Salgo v. Leland Stanford Jr.*, de 1957, no qual a expressão *consentimento informado* foi empregada pela primeira vez na justiça estadunidense, foi um processo ajuizado por um paciente que alegara que os médicos haviam

⁵⁹ Disponível em <<https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v1948-1.pdf>>. Acesso em 29.06.2019.

⁶⁰ Disponível em <<https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v2006-1.pdf>>. Acesso em 29.06.2019.

⁶¹ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 644-645.

⁶² GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 656-657.

⁶³ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent.** New York: Oxford University Press, 1986, p. 125.

deixado de informá-lo acerca dos riscos de paralisia decorrentes da intervenção cirúrgica a que foi submetido. Em sua decisão, a Corte de Apelação da Califórnia concluiu que era dever do médico informar ao paciente todas as circunstâncias necessárias para que ele pudesse consentir com o tratamento proposto⁶⁴. Invocando o direito à autodeterminação do paciente, o tribunal julgou que *natureza, consequências, danos, benefícios, riscos e alternativas* ao tratamento oferecido constituem informações essenciais para que a pessoa possa entender e escolher, de forma consciente, se deseja ou não se submeter a determinadas intervenções médicas⁶⁵. Não bastaria, assim, que o paciente consentisse, mas que ele efetivamente soubesse e concordasse com a intervenção em sua integridade física.

Mas antes de tal manifestação da jurisprudência dos Estados Unidos, a noção de dever de esclarecimento médico já havia sido levantada nas discussões da jurisprudência alemã. O primeiro caso sobre o assunto foi julgado no ano de 1912, em que um paciente havia processado seu médico por ter perdido a audição após uma operação no ouvido, sob a alegação de que, embora tivesse consentido com a intervenção, não fora informado sobre o risco da perda auditiva. Em sua decisão, o Tribunal de Berlim (*Kammergericht Berlin*) condenou o médico por não ter esclarecido ao paciente o perigo de ele perder a audição com a intervenção; tal decisão, contudo, foi reformada pelo Tribunal do Império Alemão (*Reichsgericht*), que não reconheceu a violação, pelo médico, do dever de informar⁶⁷.

Especificamente em matéria criminal, um dos primeiros casos em que se questionou a prevalência da promoção do bem-estar e se discutiu o consentimento informado na Alemanha foi o chamado *Myom-Fall* (caso do mioma), julgado em

⁶⁴ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 125.

⁶⁵ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 126.

⁶⁶ Outro caso importante julgado pelos tribunais dos Estados Unidos foi o chamado *Natanson Case*. Nele, o tribunal reconheceu o dever de divulgação de informações pelo médico, estabelecendo a obrigação de “divulgar e explicar ao paciente, em linguagem tão simples quanto necessário, a natureza da doença, a natureza do tratamento proposto, a probabilidade de sucesso ou de alternativas, e talvez os riscos de resultados infelizes e condições imprevistas dentro do corpo”. FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 130.

⁶⁷ NOACK, Thorsen. **Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Juristische Entscheidungen, Politik und ärztliche Positionen 1890-1960**. Frankfurt am Main: Mabuse-Verlag, 2004, p. 89.

1957 pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*)⁶⁸. O caso envolveu a cirurgia para a extração do mioma de uma paciente; embora o médico soubesse da possibilidade de o mioma não ser superficial e, eventualmente, ser necessária a retirada de todo o útero, não informou tal risco à doente para não a preocupar. Durante a operação, o profissional verificou a necessidade da retirada do útero e assim o fez, apesar de ter obtido o consentimento da paciente apenas para a retirada do tumor que ela acreditava ser superficial. Na decisão, o Tribunal Federal de Justiça alemão condenou o médico pelo crime de lesão corporal, reconhecendo o dever profissional de informar à paciente todas as possíveis consequências da intervenção, já que essa, autonomamente, poderia preferir continuar com a doença à retirada do útero⁶⁹. Essas decisões significaram o início de uma mudança de paradigma na visão da atuação médica. A partir delas fixou-se uma noção geral de que o médico é obrigado a obter o consentimento do paciente ou de quem esteja legalmente autorizado a fornecê-la *antes* da realização da intervenção médica⁷⁰.

Na segunda metade do Século XX a exigência desse consentimento começou a ser interpretada no sentido de um consentimento informado. O reconhecimento do paciente como sujeito racional e dotado de dignidade impulsionou a compreensão de que ele deve ser tratado como capaz de tomar suas próprias decisões e suportar as consequências que delas advierem; sua autonomia, porém, apenas pode ser adequadamente exercida quando lhe forem repassadas as informações indispensáveis ao seu julgamento⁷¹. Assim, a validade da autorização do paciente passou a depender também do fornecimento das informações necessárias para que ele pudesse decidir com consciência, ou seja, sabedor dos riscos e das alternativas do e ao tratamento. Em tal interpretação, desenvolve-se uma maior relação médico-paciente, na qual esse último passa a exercer um papel ativo na tomada de

⁶⁸ HENGSTENBERG, Nike. **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht:** Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht. Heidelberg: Springer-Verlag, 2013, p. 3.

⁶⁹ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 657.

⁷⁰ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent.** New York: Oxford University Press, 1986, p. 120.

⁷¹ RESTREPO, Diana; CARDEÑO, Carlos; DUQUE, Marle; JARAMILLO, Santiago. **Del principio de beneficência al principio de autonomía:** aproximación a la evaluación de la competencia mental de los pacientes en el hospital general. In: Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. 41, n. 2, 2012, p. 397.

decisões; o foco, portanto, deixa de ser exclusivamente o da promoção da saúde, incluindo-se nele o respeito à decisão autônoma do paciente⁷².

Um dos primeiros documentos internacionais a tratar expressamente do consentimento informado foi a Declaração de Helsinque I, da Associação Médica Mundial, referente às pesquisas clínicas e adotada na Assembleia Médica Mundial de 1964, na Finlândia⁷³. Embora reitere o tom paternalista da Declaração de Genebra quando assume que o compromisso médico é, em primeiro plano, a saúde do paciente, estabelece o dever do médico de obter o *livre* consentimento do paciente. Nos casos de pesquisa clínica concomitante ao cuidado médico, há a exigência de se obter o consentimento, quando possível, após uma explicação completa ao paciente dos novos métodos terapêuticos (art. II, item 1); já nos casos de pesquisa clínica não terapêutica, o consentimento aparece como condição necessária à realização do tratamento (art. III, itens 3 a 4). A necessidade da obtenção de um consentimento informado para a realização das pesquisas científicas seguiu essa mesma linha na Declaração de Helsinque II (art. I, item 9)⁷⁴ e na Declaração de Helsinque III⁷⁵ (em que aparece expresso o termo *consentimento informado*, especialmente no item I, 9, abrindo-se a possibilidade para a dispensa em caso de não ser fundamental sua obtenção, como previsto no art. II, item 5), texto esse seguido até a Declaração de Helsinque V, de 1996⁷⁶.

Também foi publicada no ano de 1973 a Declaração dos Direitos do Paciente da *American Hospital Association*, com diversas disposições voltadas ao dever de informar ao paciente. Nesse sentido, citam Faden e Beauchamp o direito do paciente de obter as informações completas sobre seu diagnóstico, tratamento e prognóstico; o direito de receber as informações necessárias, antes da realização de qualquer procedimento, para que possa consentir de forma consciente; e o direito de recusar determinados procedimentos médicos⁷⁷.

Por sua vez, o *direito à autodeterminação* teve reconhecimento expresso pela Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotado pela Associação

⁷² FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 94-95.

⁷³ Disponível em < <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm> >. Acesso em 30.06.2019.

⁷⁴ Disponível em < <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin2.htm> >. Acesso em 30.06.2019.

⁷⁵ Disponível em < <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin3.htm> >. Acesso em 30.06.2019.

⁷⁶ Disponível em < <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin5.htm> >. Acesso em 30.06.2019.

⁷⁷ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 93-94.

Médica Mundial, no ano de 1981, e emendada em 1995⁷⁸. Esse texto positiva como princípio da relação médico-paciente o direito do paciente de *tomar livremente suas decisões*, após devidamente informado por seu médico das consequências de suas escolhas (art. 3º). Tal direito abrange não apenas o direito para consentir, como o de retirar sua autorização. Por outro lado, o texto mantém o tom paternalista da ética hipocrática quando permite a realização de procedimentos contra a vontade do paciente, nos casos em que o diagnóstico ou o tratamento seja *excepcional* (art. 6º). Torna possível, assim, que se sobreponha a vontade médica à autodeterminação do paciente.

De modo semelhante, a Convenção sobre os direitos do Homem e Biomedicina, editada pelo Conselho da Europa no ano de 1997, elaborou um capítulo específico sobre as regras do *consentimento* (Capítulo II). Em seus artigos, estabeleceu como regra geral o direito do paciente de ser informado sobre o objetivo, a natureza, as consequências e os riscos da intervenção médica, bem como o dever do profissional de obter o “*consentimento livre e esclarecido*” para sua realização (art. 5º). Outra previsão que determina um certo respeito à autonomia do paciente se refere ao dever de se observar a vontade anteriormente manifestada do paciente sem condições de expressá-la no momento da intervenção (art. 9º)⁷⁹. No mesmo ano, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) adotou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, também com disposições sobre o consentimento informado⁸⁰. De acordo com os seus termos, somente é permitida a realização de pesquisa, tratamento ou diagnóstico referente ao genoma humano quando houver o *consentimento livre e esclarecido* do envolvido (art. 5º, alínea a), estabelecendo-se a possibilidade de limitação ao consentimento por meio de legislação específica e por razões de direito internacional público (art. 9º).

Como se vê, houve um movimento internacional de mudança da ética hipocrática para novos princípios bioéticos, em especial o direito à autodeterminação do paciente. Comparada com a ética médica antiga, há uma inquestionável tentativa

⁷⁸ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>. Acesso em 1º.07.2019.

⁷⁹ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 01º.07.2019.

⁸⁰ Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por>. Acesso em 01º.07.2019.

de modificação de paradigmas na relação médico-paciente. Porém, essa transformação ainda é tímida, especialmente quando o dever de consentimento informado é acompanhado de dispositivos que o excetuam mesmo em situações nas quais o paciente poderia manifestar sua vontade.

1.2.3 O Código de Ética Médica brasileiro

No Brasil, o primeiro código de ética oficialmente reconhecido foi o Código de Moral Médica de 1929⁸¹. Conquanto não dispusesse de um grande rol de regras atinentes à relação médico-paciente, previu o dever do profissional de respeitar as crenças religiosas de seus pacientes, de modo que a eles o médico não deveria se opor por qualquer motivo (art. 7º). Esse dever ético, embora não traduzisse necessariamente a ideia de sobreposição da autonomia do paciente (já que se fundava especialmente em questões de caráter religioso), pode ser considerado como uma forma de atenuação da ética hipocrática, para a qual a saúde deveria ser buscada em primeiro lugar. Além disso, apesar de não tratar de forma expressa sobre o consentimento e o dever de informar, previa a necessidade de se obter a autorização do paciente para a realização de operações mutilantes (art. 14).

Diferentemente de seu antecessor, o Código de Deontologia Médica, datado de 1931⁸², voltou sua atenção à observância da regra do *salus aegroti*. Já em seu início, diferentemente do Código de 1929, previu regra de exceção ao respeito às crenças religiosas dos pacientes nos casos em que elas pudessem ocasionar alteração sensível nos cuidados terapêuticos ou iminente perigo à vida (art. 7º). Também o contido no seu art. 16 explicitava que o dever médico era “*sempre conservar e prologar a vida*”, daí porque vedava a prática da eutanásia. Percebe-se, pois, a ocorrência de uma mudança de perspectiva na atuação médica em relação ao corpo normativo apresentado apenas dois anos antes: exceções não eram mais previstas e o dever de promover a saúde passou a ser o mais alto dever ético do

⁸¹ Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=41&Itemid=124. Acesso em 02.07.2019.

⁸² Disponível em <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigodeontologiamedica1931.pdf>. Acesso em 02.07.2019.

profissional. O Código de Deontologia Médica de 1945⁸³ seguiu as mesmas orientações.

A primeira previsão ética do dever de esclarecimento surgiu no período do pós-guerra com o Código de Ética da Associação Médica Brasileira⁸⁴, de 1953. De acordo com tal legislação, cabia ao médico o dever de informar a seus pacientes quanto ao diagnóstico, salvo nos casos em que a informação pudesse lhe causar danos (art. 31). O Código também vedava ao médico o exercício de sua autoridade “*de maneira a limitar o direito do paciente de resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar*” (art. 32, alínea e). Apesar de ser pioneiro quanto à necessidade de esclarecimento, dispunha que era competência exclusiva do médico, orientado pelo princípio da não-maleficência, o direito de escolher o tratamento a ser aplicado ao paciente (art. 48). Por outro lado, em casos de intervenção cirúrgica, essa somente deveria ser realizada após o consentimento do paciente, salvo nas situações de iminente perigo de vida (art. 49). Havia uma mistura de orientações éticas a serem seguidas pelo profissional da medicina: se por um lado parecia sobrepor os interesses do paciente, inclusive, sobre sua própria saúde, por outro atribuía ao médico o poder supremo nas decisões sobre tratamento e intervenções cirúrgicas com risco de morte. O Código de Ética Médica seguinte (1965)⁸⁵ manteve as orientações do anterior.

O Código Brasileiro de Deontologia Médica de 1984⁸⁶ foi o precursor da necessidade de consentimento para a realização de todo e qualquer ato médico. Em seu art. 24, o primeiro código de ética médica posterior à Declaração de Helsinque I dispôs como proibição ética o exercício não consentido da medicina, salvo nos casos de urgência ou emergência (casos que, sob a visão aqui defendida de supremacia da autonomia, poderiam se enquadrar nas situações de consentimento

⁸³ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigodeontologiamedica1945.pdf>. Acesso em 02.07.2019.

⁸⁴ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticaamb1953.pdf>. Acesso em 02.07.2019.

⁸⁵ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticamedica1965.pdf>. Acesso em 02.07.2019.

⁸⁶ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codbrasileirodeontologiamedica1984.pdf>. Acesso em 02.07.2019.

presumido). Já o dever de esclarecimento, previsto desde o Código de Ética de 1953, manteve-se como uma obrigação ética do médico nos mesmos termos das normativas anteriores (arts. 25 e 26). Estava presente, assim, uma maior atribuição decisória ao paciente, após corretamente informado pelo corpo médico de sua situação.

Essa iniciativa se manteve no Código de Ética Médica de 1988 (Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.246/1988)⁸⁷, o qual previa o dever de esclarecer, junto do consentimento, como condição necessária para a realização de qualquer ato médico (art. 46), cujo conteúdo abrangia informações sobre diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento (art. 59). Todavia, o Código retomou a exceção à obtenção prévia de consentimento informado e de intervenções não autorizadas em caso de perigo iminente de morte; ou seja, enquanto deu ao paciente o direito de saber e escolher sobre sua situação, limitou sua autonomia aos casos em que não houvesse urgência, deixando o poder decisório em situações complicadas ao profissional. Não aconteceram grandes mudanças no Código de Ética Médica de 2010 (Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931/2009)⁸⁸, o qual não obstante tenha assegurado o direito do paciente de participar da tomada de decisões (Capítulo I, inciso XXI), manteve a possibilidade médica de atuar contra a vontade do paciente nos casos de perigo de morte (art. 22).

O dever de esclarecimento e o consentimento são tratados de forma semelhante pelo atual Código de Ética Médica, de 2019 (Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.217/2018)⁸⁹. O novo código de atuação profissional se inicia com o objetivo de buscar o “*melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade*”, em clara alusão ao afastamento de uma ética predominantemente *salus aegroti*, atenta à aproximação com o *voluntas aegroti*. Essa noção vai de acordo com a perspectiva da bioética contemporânea de que a relação entre médico e paciente deve ser muito mais do que a busca pela cura

⁸⁷ Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246f>>. Acesso em 02.07.2019.

⁸⁸ Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em 02.07.2019.

⁸⁹ Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em 02.07.2019.

do paciente; objetiva-se uma relação mais humana, voltada não apenas à promoção da saúde, mas ao reconhecimento do paciente como um ser dotado de autonomia e com direito de escolher o que entende ser o melhor para si⁹⁰. É a bioética introduzida pelas convenções e declarações médicas internacionais, que abandona a antiga noção hipocrática de um paciente indiferente, cujo papel é unicamente o de confiar, e de exclusividade ativa do médico (consciência e poder decisório)⁹¹. Nesse sentido, é estabelecido um dever mútuo entre as partes: enquanto cabe ao médico o dever de esclarecer o paciente sobre sua situação, compete a esse entender as informações que lhe são repassadas e dar (ou recusar) o efetivo consentimento para que o profissional possa tratá-lo⁹².

Apesar disso, o novo corpo deontológico manteve os mesmos limites dos códigos anteriores: se por um lado a vontade do paciente deve ser respeitada, impõe-se um agir em prol da saúde do enfermo nas situações em que haja perigo de morte, dispensando-se o efetivo consentimento (arts. 22 e 31). Está o médico autorizado, nos casos emergenciais, a agir de acordo com suas próprias convicções⁹³. Assim, ao mesmo tempo em que há uma tentativa de garantir ao paciente o respeito à sua autonomia, afastando-se da ética hipocrática de que cabe unicamente ao profissional o poder de decidir sobre a saúde daquele que padece, mantém-se, por outro lado, a ideia paternalista de que é dever do médico salvar a vida do paciente, ainda que contra a livre vontade manifestada por esse. Assegura-se ao paciente o direito de decidir sobre coisas menores, e se impede que exerçam sua plena capacidade decisória nas situações em que a sua vontade deveria ser mais respeitada⁹⁴.

Também na disciplina normativa brasileira houve, no decorrer dos anos, a introdução de uma maior preocupação com os direitos da personalidade e da

⁹⁰ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. ed. 2. Curitiba: Appris, 2018, p. 48.

⁹¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

⁹² CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. ed. 2. Curitiba: Appris, 2018, p. 49.

⁹³ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. ed. 2. Curitiba: Appris, 2018, p. 97.

⁹⁴ Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em 02.07.2019.

dignidade humana do paciente. Tal se reflete nos diversos dispositivos que preveem a necessidade de se obter o devido e esclarecido consentimento para a intervenção médica em geral, após o médico informar o paciente dos riscos e consequências do tratamento⁹⁵. Contudo, nos casos mais graves, o novo código mantém o poder decisório fora do alcance do paciente; sob esse aspecto, o código parece querer dizer que, em razão de sua enfermidade, o paciente perde sua capacidade de pensar e tomar decisões sobre seu próprio corpo e saúde – torna-se um ser imaturo, incapaz de exercer sua plena autonomia.

Mesmo que tenha sido desenvolvida uma bioética voltada à autodeterminação do paciente, alguns de seus aspectos continuam vinculados à tradição hipocrática. Enquanto constitui um direito do doente saber sobre sua situação e decidir o melhor a ser feito (sob sua perspectiva), ainda não se vislumbra uma consciência ética da medicina que esteja preparada para lidar com o atendimento ao paciente e que não se vincule, necessariamente, à cura⁹⁶. A atuação médica permanece sob a visão de que o melhor a ser feito é prolongar a vida do paciente, o que parece influenciar a não ruptura com a ética tradicional.

Sob a ótica do direito penal, tal consequência adquire contornos ainda mais tormentosos e suscita questões importantes. Em qual medida a permissão ética de intervir no corpo do paciente, contra a vontade desse, afasta a ocorrência de delitos como lesão corporal e constrangimento ilegal? Se as intervenções médicas são atípicas (ou, para alguns, antijurídicas) em razão do consentimento do paciente, como tratar dogmaticamente aquelas situações nas quais é dispensado ao profissional obter a autorização devida do paciente? A permissão ética do médico realizar intervenções cirúrgicas, *sem o consentimento do ofendido*, naqueles casos em que haja risco de morte, afasta, por via de consequência, os delitos correspondentes? Como deve atuar o profissional diante desse dilema: optar por atuar sem autorização para cumprir o preceito ético ou, por outro lado, violá-lo para respeitar o direito do paciente de decidir sobre sua própria vida?

⁹⁵ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. ed. 2. Curitiba: Appris, 2018, p. 95.

⁹⁶ MAGALHÃES, João Luis de; NUNES, Rui. **Tradição e fundamentos éticos hipocráticos aplicáveis à terminalidade da vida**. In: Revista Bioética, v. 22, n. 3, Brasília, set./de. 2014, p. 448-443-454.

1.3 O consentimento na teoria do delito

A doutrina majoritária alemã costuma distinguir entre concordância ou acordo (*Einverständnis*), excludente do tipo, que ocorreria em delitos que pressupõem, em seu tipo penal, uma ação contrária à vontade da vítima, de modo que sua aceitação já excluiria a possibilidade do autor de realizar o tipo penal⁹⁷, e consentimento (*Einwilligung*), excludente da antijuridicidade, que seriam as demais hipóteses em que o autor pratica uma ação contrária ao bem jurídico sob a permissão da própria vítima⁹⁸, sem que essa contrariedade da vontade seja uma característica determinada do tipo penal. Na doutrina brasileira, o posicionamento majoritário⁹⁹ é o de que o consentimento é causa supralegal de justificação, seguindo a corrente alemã na diferenciação entre o acordo (concordância), que exclui o tipo, e o consentimento propriamente dito, que afasta a ilicitude¹⁰⁰.

Por sua vez, a doutrina minoritária alemã, encabeçada por Roxin – agora acompanhado por Greco –, contesta essa distinção e afirma que também o consentimento (*Einwilligung*) deve ter efeito excludente do tipo, uma vez que se bens jurídicos servem para proporcionar o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir violação penal a bem jurídico quando uma ação de disposição de seu titular não prejudica seu livre desenvolvimento, mas, ao contrário, serve como sua expressão e se insere no âmbito de sua liberdade fundamental de ação¹⁰¹. Além disso, a ação consentida excluiria o desvalor do resultado e não indicaria um

⁹⁷ KÜHL, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Verlag Franz Vahlen, 2008, p. 275.

⁹⁸ WESSELS, Johannes & BEULKE, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008, p. 125.

⁹⁹ Conforme explica SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. ed. 2ª. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 264.

¹⁰⁰ Assim, PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. ed. 3ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 96-103; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal**: a nova parte geral. ed. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 199-200, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329-330. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514. Essa também é a posição de Bruno, embora defenda que, no âmbito das intervenções médicas, se esteja diante do exercício regular de um direito e não de um problema de consentimento, porque a medicina é uma atividade autorizada, fomentada e regularizada pelo Estado. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 11-15 e 19-20.

¹⁰¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht Allgemeiner Teil I**. München: Verlag C.H. Beck, 2019 (no prelo), § 13, Rn. 12.

desvalor da ação, o que significa a exclusão do próprio tipo¹⁰². Da mesma maneira, tampouco ocorreria no consentimento uma situação de conflito entre interesse da vítima e do autor, mas, pelo contrário, de convergência, o que demonstraria que tal figura não faz parte da sistemática das causas de justificação¹⁰³.

No Brasil, Gueiros e Japiassú seguem a linha de tratamento dogmático do consentimento integralmente como causa de exclusão da tipicidade, dada a introdução da avaliação do risco pela imputação objetiva¹⁰⁴. Esse pensamento é compartilhado por Martinelli e de Bem¹⁰⁵, especialmente em razão da inexistência de um conflito entre bens jurídicos, que é característica da justificação. Zaffaroni e Batista também seguem a ideia de que o consentimento *lato sensu* sempre exclui a tipicidade, muito embora diverjam da posição de Roxin ao aplicarem a ideia de acordo com a própria opinião de distinguir a tipicidade entre sistemática e conglobante, segundo a qual enquanto o acordo excluiria a tipicidade objetiva sistemática, o consentimento *stricto sensu* afastaria a tipicidade objetiva conglobante¹⁰⁶.

A posição de que o consentimento sempre exclui a tipicidade é também compartilhada por Greco e Siqueira, que ressaltam a impossibilidade dogmática de se tratar o consentimento como causa de justificação. Para os autores – posição essa com a qual compartilho –, não se trata do *exercício regular de um direito*, porque esse somente nasce quando concedido pelo paciente; por outro lado, o consentimento também não pode ser entendido como uma forma de *estado de necessidade*, na medida em que esse não cabe nas situações de conflito entre bens pertencentes a um mesmo titular (lesão corporal/liberdade *versus* bem-estar/saúde). Além disso, destacam que sobre tais bens paira um *meta-princípio* – a autonomia –, cuja violação

¹⁰² ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht Allgemeiner Teil I**. München: Verlag C.H. Beck, 2019 (no prelo), § 13, Rn. 19.

¹⁰³ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht Allgemeiner Teil I**. München: Verlag C.H. Beck, 2019 (no prelo), § 13, Rn. 28.

¹⁰⁴ GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 194.

¹⁰⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**. ed. 4ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 627.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: segundo volume. ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 239-240.

permanece sem justificativa¹⁰⁷.

A ocorrência de um consentimento do titular do bem jurídico em relação à ação que o atinge implica em alguns pressupostos, como a disponibilidade do bem jurídico; ser exprimido antes da ocorrência do fato; servir de expressão da autonomia daquele que consente, ainda que sem forma definida (verbal, gestual, etc.); não ser decorrente de vício na liberdade de vontade, como ameaça, imposição ou erro essencial¹⁰⁸. Ausentes esses requisitos, não se estará configurado um verdadeiro consentimento apto a afastar a responsabilidade penal da conduta violadora do bem jurídico, independentemente se considerada excludente do tipo ou da antijuridicidade.

Há, ainda, outras formulações teóricas que, embora adotem a mesma nomenclatura, não são espécies de consentimento. Assim, não se deve confundir o consentimento (aqui chamado de *real*), que é o verdadeiro consentimento, com as duas figuras denominadas consentimento *presumido* e *hipotético*. O consentimento presumido não expressa um consentimento verdadeiro, porque ocorre numa situação em que inexistente um consentimento real dado pelo paciente. O titular do bem jurídico, em razão das circunstâncias, por exemplo, por estar inconsciente, não tem capacidade de expressar sua vontade e dar o consentimento. Não há a respectiva relação de vontade atual do titular do bem jurídico com a ação praticada, de modo que, no lugar do inexistente consentimento real, o consentimento presumido surge como um substituto do consentimento que seria dado mediante a expressão da vontade presumida¹⁰⁹.

Por sua vez, o chamado consentimento *hipotético* se refere a um comportamento realizador do tipo cuja censura penal não estaria afastada nem por um consentimento real, nem por um consentimento presumido¹¹⁰. Também não pode ser confundido com um consentimento verdadeiro, pois há ausência de disponibilidade correta das informações a respeito do tratamento, o que impede o

¹⁰⁷ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 652.

¹⁰⁸ KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 110 a 112.

¹⁰⁹ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, p. 404.

¹¹⁰ KUHLEN, Lothar. **Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen.** In: Juristische Rundschau 2004, Berlin: De Gruyter Recht: 2004, p. 227.

exercício de expressão da autonomia do paciente. Tampouco se confunde com o consentimento presumido, pois não falta ao atingido capacidade de expressar sua vontade. Trata-se, em verdade, de um juízo hipotético sobre a alta probabilidade de que o consentimento real teria sido dado pelo paciente, plenamente apto a expressar sua vontade, ainda no caso em que as informações lhe fossem regularmente fornecidas.

Assim, essas três figuras, a despeito da denominação comum “consentimento” possuem, na verdade, características distintas. O consentimento real, que é o verdadeiro consentimento, significa a expressão efetiva da vontade autônoma do indivíduo que, para surtir efeitos penais, precisa ser fornecido sob os pressupostos acima descritos. O consentimento presumido é uma substituição da vontade real por uma vontade presumida numa situação em que o atingido não possui capacidade para expressá-la. O consentimento hipotético, por sua vez, funda-se num juízo de comportamento alternativo conforme o direito a respeito da possibilidade de que o consentimento também teria sido dado caso o autor se comportasse regularmente. Essas duas últimas figuras, conquanto não sejam espécies de um consentimento verdadeiro, serão melhor analisadas e enfrentadas nos capítulos 3 e 4.

Por fim, não discutirei mais detidamente as consequências dogmáticas do consentimento porque, dentro dos limites desse estudo, independentemente da posição que se adote (seja como excludente de tipicidade ou como causa de justificação), a existência de um consentimento esclarecido representará o afastamento da responsabilidade penal do médico e, em caso de sua ausência, importará na punibilidade do profissional pela atuação desautorizada.

1.4 Balanço inicial

1. A atuação médica, desde a antiguidade, era tratada de acordo com as máximas hipocráticas da beneficência e da não-maleficência. Sob essa perspectiva tradicional, o que importava para o direito penal era saber se a atuação do profissional tinha sido voltada para causar danos ou malefícios ao paciente, conduta essa que atraía a responsabilidade penal do médico; não se falava na necessidade de aquiescência do paciente para a realização de intervenções que melhorassem

sua saúde. Tratava-se, portanto, de uma percepção paternalista da relação médico-paciente, na qual o profissional – reconhecido como autoridade em razão de seus conhecimentos técnicos – tomava as rédeas decisórias, enquanto ao paciente só restava aceitar aquilo que era tido como melhor para o seu bem-estar. Esses princípios também nortearam o surgimento das primeiras exigências de um consentimento do paciente, pois possibilitavam a desconsideração da vontade do doente em prol de sua saúde.

2. A partir do século XX, essa visão hipocrática de proteção da saúde, sem a participação do paciente, passou a ser questionada e paulatinamente substituída pela ideia do *consentimento informado*. A exigência de obtenção do consentimento, derivada do direito à autodeterminação do paciente, impõe ao profissional o dever de esclarecer as circunstâncias da intervenção e suas consequências. Diferentemente do que ocorria na ética tradicional, atribui-se, nessa nova compreensão da relação entre médico e paciente, um papel ativo e de destaque ao paciente, que deixa de ser meramente o objeto da intervenção.

3. Essa mudança de visão também se refletiu nos regramentos nacionais e internacionais sobre o tema. Porém, embora tal movimento tenha levado à positivação de princípios da bioética, como o do respeito à autonomia do paciente, os seus avanços ainda têm sido limitados. Ao lado do reconhecimento do dever de esclarecer para um consentimento autodeterminado do paciente, regras deontológicas e dispositivos legais mantêm exceções injustificadas em casos nos quais o paciente poderia manifestar sua vontade livre. Isso demonstra que, apesar da introdução de uma ética voltada ao respeito à autonomia do paciente, ainda não houve uma ruptura com a ideia tradicional de que atuação médica deve ser orientada pela cura e não pela vontade daquele que padece.

4. Toda intervenção na integridade física de alguém é, a princípio, desautorizada pelo direito. No caso da medicina, é o consentimento do paciente o que deve fundamentar o afastamento da responsabilidade penal do médico que intervém em sua integridade corporal. Quanto a isso, discute-se na doutrina qual a posição dogmática assumida pelo consentimento do ofendido na teoria do delito. Segundo a doutrina majoritária, trata-se de uma excludente de tipicidade, quando o dissenso é elementar do tipo penal, e, nas demais situações, de causa suprallegal de justificação, já que não há previsão legal do consentimento. Por outro lado, a

doutrina minoritária, com a qual concordo, entende sempre o consentimento como excludente da tipicidade da conduta. Para fins do presente estudo, todavia, a adoção de determinada posição dogmática em detrimento de outra não tem especial relevância: em qualquer um dos casos, a existência de um consentimento afastará a responsabilidade penal do médico, do mesmo modo que sua ausência importará na responsabilização do profissional. Importante, aqui, é identificar, sob a mudança de paradigmas apresentada ao longo do primeiro capítulo, o fundamento por trás do consentimento informado e, então, estabelecer o conteúdo e o dever do esclarecimento médico, o que será tratado nos próximos capítulos.

2 DEVER DE ESCLARECIMENTO FUNDAMENTADO PELA AUTONOMIA DO PACIENTE E COMO PRESSUPOSTO DO CONSENTIMENTO

No capítulo anterior, apresentei um breve desenvolvimento histórico do direito penal médico e, em especial, o início da transição da ética hipocrática para uma atuação profissional baseada na autodeterminação do paciente, acompanhada dos reflexos penais decorrentes de tal mudança de paradigma. Foi possível ao leitor constatar que o paternalismo benevolente surgido com Hipócrates, que autoriza o médico a tomar as decisões que entenda mais eficazes à promoção da saúde do paciente, ainda que contra o seu consentimento, tem sido questionado em prol da ideia do máximo respeito à autonomia decisória de quem deve se submeter ao tratamento¹¹¹. Isso não significa que a máxima *salus aegroti* foi abandonada, mas que acima dela deve ser respeitada a vontade do paciente (*voluntas aegroti suprema lex*)¹¹². Assim, toda e qualquer intervenção médica somente pode ser realizada após a obtenção, pelo profissional, do devido consentimento (autorização) daquele que vai se sujeitar a ela¹¹³.

Nesse segundo capítulo tratarei do fundamento do consentimento esclarecido, o qual, segundo a opinião que defendo, é a autonomia do paciente. A partir dessa visão, antes de definir o conteúdo e a extensão propriamente ditos desse dever informacional, apresentarei os diversos elementos que o circundam: os sujeitos envolvidos no esclarecimento, o momento em que ele deve ser realizado e sua forma. Depois, examinarei os tipos de esclarecimento médico, a fim de distinguir qual se adequa ao devido respeito à autonomia do paciente sob a perspectiva do direito penal. Por fim, essa etapa do estudo será encerrada com um primeiro balanço intermediário, para que, então, eu possa apresentar ao leitor, no capítulo seguinte, o conteúdo e a extensão do dever de esclarecimento médico para a validade do consentimento no direito penal.

¹¹¹ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 91.

¹¹² KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 91.

¹¹³ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 163, Rn. 243.

2.1 Autonomia, base jurídica do dever de informar e o direito à informação

Se, por um lado, o *consentimento* é o instrumento mais importante de expressão da individualidade autodeterminada do paciente¹¹⁴, sua eficácia, por outro, fundamenta-se na tomada de uma decisão livre, para a qual o esclarecimento médico desempenha um papel determinante¹¹⁵. Nas palavras de Magnus, o *esclarecimento, como o consentimento, tem o propósito de garantir ao paciente o direito à autodeterminação*¹¹⁶, de forma que uma decisão só poderá ser considerada verdadeiramente autônoma quando o paciente possuir o claro entendimento sobre aquilo com o que está consentindo. Sem as informações necessárias para tanto – ou seja, o devido esclarecimento médico –, não há respeito à autonomia do paciente¹¹⁷. Assim, para que um consentimento seja eficaz não basta que haja uma concordância do paciente com a intervenção¹¹⁸. Normalmente o paciente é leigo em assuntos relacionados à medicina, daí porque cabe ao médico capacitá-lo com os esclarecimentos necessários, para que, então, ele possa autorizar a intervenção ou recusá-la¹¹⁹.

O exercício do direito à autodeterminação é garantido pelo dever médico de esclarecimento¹²⁰, porque o paciente somente pode verdadeiramente consentir quando informado: diz-se, assim, que o esclarecimento precede o consentimento e preenche materialmente o seu conteúdo¹²¹. Para que o paciente possa consentir, ele precisa compreender aquilo que, de fato, está relacionado com a intervenção, e a partir de tal entendimento sopesar seus prós e contras; é essa avaliação dos fatores que circundam a intervenção médica na integridade física do paciente que possibilita

¹¹⁴ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 142.

¹¹⁵ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 167.

¹¹⁶ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 167-168.

¹¹⁷ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 168.

¹¹⁸ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 1.

¹¹⁹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 1.

¹²⁰ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 91.

¹²¹ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 163, Rn. 243.

uma tomada de decisão autônoma e responsável. De acordo com Nestler, isso representa a *consequência direta do respeito ao direito da personalidade* do paciente¹²². Essa também é a opinião de Katzenmeier, para o qual a *autodeterminação* buscada pelo dever de esclarecimento significa a *descrição da personalidade individual como um ser racional*. Em suas palavras, a autodeterminação *visa a emancipação de apegos e condições externas*, a fim de que cada pessoa possa decidir autonomamente (de forma livre) sobre seu corpo de acordo com seus próprios valores¹²³. A pessoa madura é livre para dispor de seu próprio corpo e, conseqüentemente, da sua integridade corporal¹²⁴.

A raiz normativa do consentimento nas intervenções médicas está na dignidade da pessoa humana e – na dela decorrente – proteção da autonomia do paciente sobre sua integridade corporal *lato sensu* (física e psíquica)¹²⁵, além dos princípios constitucionais de liberdade e o direito à vida e à integridade física¹²⁶. Isso porque a relação médico-paciente é vista, sob essa perspectiva, de uma forma consensual e em respeito à liberdade de decisão, não mais baseada em poder, coerção ou qualquer autoridade do profissional sob o enfermo; assim, dá-se ao paciente, inclusive, o chamado por Katzenmeier de “direito à doença”, que nada mais é do que a possibilidade de recusar o tratamento que lhe é oferecido, ainda que isso signifique um mal à sua saúde¹²⁷. Dessa exigência constitucional também decorre que o dever de esclarecimento deve permitir um consentimento informado e livre de erros: sem as informações adequadas, o paciente pode estar equivocado

¹²² NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten:** Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen. *In:* MedStra, 06/2018, p. 330.

¹²³ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung.** *In:* Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 92.

¹²⁴ HIRSCH, Hans Joachim. **Einwilligung und Selbstbestimmung.** *In:* Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd (et al). Berlin: De Gruyter, 1974, p. 797.

¹²⁵ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 187, Rn. 329.

¹²⁶ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung.** *In:* Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 92. Também DUTTGE, Gunnar. **Patientenautonomie und Einwilligungsfähigkeit.** *In:* Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 77-78.

¹²⁷ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung.** *In:* Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 92.

quanto à disposição de seu bem jurídico, o que faz com que o consentimento dado seja ineficaz¹²⁸.

Nesse sentido, em decisão citada por Ulsenheimer, a Sexta Câmara Civil do Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*, BGH NJW 1989, 1533, 1535) reconheceu o dever de esclarecimento como decorrente do direito à autodeterminação do paciente. Em sua fundamentação, o Tribunal declarou que o dever de esclarecimento médico “*protege a decisão livre do paciente sobre sua integridade corporal, a qual o médico não pode substituir*”, porque o consentimento para a intervenção médica “*implica uma renúncia à proteção absoluta do corpo contra os traumas associados ao procedimento*”. Assim, a perspectiva do paciente deve ser vista como distinta da do médico, na medida em que “*se trata de sua própria autodeterminação quando ele coloca seus bens jurídicos protegidos no curso de um tratamento médico*”¹²⁹.

Deutsch e Spickhoff vêem o dever de esclarecimento sob duas diferentes bases: uma fundamentada na ética e outra no direito¹³⁰. A base moral advém da visão do dever de informar como um *imperativo ético*, consubstanciado na noção de que é uma tarefa *moral* do médico não enganar o paciente e deixá-lo se autodeterminar. Para tanto, cabe ao profissional identificar o perfil do paciente e fornecer as informações que lhe são necessárias para a tomada de decisão¹³¹. Por outro lado, a base jurídica se encontra no direito constitucionalmente protegido de livre desenvolvimento da personalidade¹³², porque se um consentimento é exigido,

¹²⁸ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 54.

¹²⁹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 187, Rn. 329. Em tradução livre.

¹³⁰ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 165, Rn. 247. De igual modo, STEINFATH, Holmer; PINDUR, Anne-Marie. **Patientenautonomie im Spannungsfeld philosophischer Konzeptionen von Autonomie**. In: *Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen*. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 27.

¹³¹ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 165, Rn. 247.

¹³² O autor cita aqui os artigos 1º (dignidade da pessoa humana) e 2º, 2 (livre desenvolvimento da personalidade) da Lei Fundamental Alemã. São correspondentes no direito brasileiro à proteção da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) e da liberdade individual (art. 5º, também da Constituição Federal).

esse somente pode ser dado após o devido esclarecimento¹³³. Em decorrência disso, deve o médico informar ao paciente com o que ele está consentindo e quais os riscos daí associados¹³⁴.

Na legislação brasileira, a visão autônoma do paciente, que impõe o dever de esclarecimento médico, decorre da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à liberdade, ambos defendidos pela Constituição Federal em seus artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º (liberdade individual)¹³⁵. Também o Código Civil protege o direito à personalidade (artigos 2º e 11), do qual advém a proibição de se realizar um tratamento médico sem a autorização do paciente (artigo 15). Conforme Siqueira sustenta, o paciente só pode tomar uma decisão livre e consciente por meio de um esclarecimento médico satisfatório, que forneça as condições necessárias ao exercício de sua autonomia protegida pela norma constitucional¹³⁶. Assim, o dever médico de informar representa uma decorrência direta do direito do paciente de fazer suas próprias escolhas de forma responsável e autodeterminada¹³⁷.

De acordo com essa nova visão da relação médico-paciente, somente em casos bastante excepcionais é que o médico pode intervir no corpo do paciente sem o seu consentimento e sem que tal agir configure uma violação à sua autodeterminação¹³⁸. Assim, esclarecimento e consentimento são, em princípio, necessários antes da realização de qualquer intervenção médica, a fim de que o paciente possa, de fato, ter tempo para exercer seu direito a uma decisão

¹³³ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 165, Rn. 248.

¹³⁴ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 166, Rn. 248.

¹³⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 107.

¹³⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 251.

¹³⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 251; no mesmo sentido, CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar direito e medicina**. ed. 2ª. Curitiba: Appris, 2018, p. 49. Essa mudança de paradigma também já está, aos poucos, sendo reconhecida pela jurisprudência civilista nacional. Veja-se, por exemplo, o acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se reconhece a integridade física como direito da personalidade, donde se extrai o direito à autodeterminação do paciente: TJRJ, Apelação n. 0021003-39.2019.8.19.0002, julgado em 17.07.2019, publicado em 18.07.2019.

¹³⁸ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 1.

autônoma¹³⁹. O esclarecimento, como conteúdo necessário para um consentimento eficaz, é um dever profissional e constitui uma parte indispensável do tratamento¹⁴⁰. Inexistindo um consentimento informado, a intervenção é ilegal, ainda que medicamente indicada e realizada conforme a *lege artis*¹⁴¹.

O dever de esclarecimento é de fundamental importância tanto para o direito penal quanto para o direito civil. Concretamente, os contornos do dever de esclarecimento têm se desenvolvido especialmente no âmbito do direito civil (o que inclusive se demonstra pelo escasso interesse da literatura penal brasileira sobre o assunto); doutrina e jurisprudência têm criado conceitos de esclarecimento terapêutico (ou de segurança), para autodeterminação (que abrange o esclarecimento sobre diagnóstico, curso do tratamento e riscos), econômico e de qualidade¹⁴². Contudo, a transposição de tais limites ao direito penal deve ser feita com atenção. Isso porque os parâmetros desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência cíveis têm como pano de fundo questões relacionadas à responsabilidade civil e indenização financeira por danos, sejam eles materiais ou morais¹⁴³, em que o paciente é visto como parte consumidora vulnerável e

¹³⁹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 251, Rn. 5.

¹⁴⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 192, Rn. 338.

¹⁴¹ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 92. Nesse mesmo sentido, recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) manteve a condenação de responsabilidade civil do médico pela não prestação das informações adequadas ao paciente em um procedimento de *bioplastia*, ainda que a cirurgia tenha se dado de acordo com a *lege artis* e não tenha ocorrido erro médico; no voto, o Desembargador Relator destacou que a ausência do esclarecimento torna o consentimento inválido, na medida em que compromete a autodeterminação do paciente: TJRJ, Sétima Câmara Cível, Apelação n. 0180250-79.2007.8.19.0001, julgado em 24.07.2019, publicado na data de 06.09.2019. De igual modo, vários julgados têm reconhecido a responsabilidade civil do médico decorrente da ausência de obtenção de um consentimento informado; sobre o tema, ver TJSP, Quinta Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1017092-69.2017.8.26.0004, julgado em 04.09.2019, publicado em 05.09.2019; TJSP, Décima Câmara de Direito Privado, Apelação 0017496-16.2018.8.26.0405, julgado e publicado em 06.08.2019; TJSP, Quinta Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1002356-79.2016.8.26.0360, julgado em 30.01.2019, publicado em 13.02.2019; TJRS, Décima Câmara Cível, Apelação n. 0143226-92.2019.8.21.7000, julgado em 18.07.2019, publicado em 30.07.2019; TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação n. 0039023-79.2019.8.21.7000, julgado em 26.06.2019, publicado em 27.06.2019; TJSC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação n. 2003.016450-2, julgado e publicado em 03.09.2009.

¹⁴² LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 9.

¹⁴³ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 54-55. Também ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 181, Rn. 319.

hipossuficiente; por sua vez, o direito penal trata da sanção de condutas ético-socialmente reprováveis, determinada de acordo com a reprovação, previsibilidade e razoabilidade subjetivas¹⁴⁴.

A autonomia é um conceito atual não apenas da medicina, mas da sociedade moderna *liberal* em geral¹⁴⁵. Nas palavras de Nozick, *todos os indivíduos têm direitos e há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer contra eles (sem violar seus direitos)*¹⁴⁶. Dentre esses se encontra a *liberdade*¹⁴⁷ e a *propriedade sobre si mesmo*¹⁴⁸, a qual se concretiza no direito do homem de *viver como um ser racional*¹⁴⁹. Cabe ao Estado, portanto, garantir o usufruto desses direitos por seus titulares, porque sua violação obriga os indivíduos a atuarem de acordo com os outros e contra sua própria vontade; isso significaria expropriar os seus valores¹⁵⁰ e impedir que o indivíduo exprima sua própria personalidade. O direito à liberdade e à propriedade podem ser limitados pela liberdade de outrem¹⁵¹, mas não quando se trata da disposição sobre si mesmo; a autonomia é um valor imponderável¹⁵².

Sob essa visão, a sujeição da vontade do indivíduo por meio da dominação de seu corpo retira seu direito à autodeterminação¹⁵³. Negar a autonomia do paciente é muito mais do que lhe causar lesões corporais desautorizadas: significa negar a sua liberdade, retirar a vontade que lhe é intrínseca como ser racional e o reduzir à

¹⁴⁴ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 55-56.

¹⁴⁵ STEINFATH, Holmer; PINDUR, Anne-Marie. **Patientenautonomie im Spannungsfeld philosophischer Konzeptionen von Autonomie**. In: *Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen*. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 27.

¹⁴⁶ NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. IX.

¹⁴⁷ RAND, Ayn. **The virtue of selfishness: a new concept of egoism**. New York: Signet, 1964, p. 23.

¹⁴⁸ NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. 171.

¹⁴⁹ RAND, Ayn. **The virtue of selfishness: a new concept of egoism**. New York: Signet, 1964, p. 67.

¹⁵⁰ RAND, Ayn. **The virtue of selfishness: a new concept of egoism**. New York: Signet, 1964, p. 67.

¹⁵¹ Como no exemplo de Nozick sobre a utilização de uma faca. “*Meus direitos de propriedade sobre minha faca permitem que eu a deixe onde quiser, mas não dentro do seu peito*”. NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, p. 171.

¹⁵² GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal**. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Studia Jurídica, p. 655.

¹⁵³ Embora o autor trate nesse estudo sobre a submissão do indivíduo pela tortura, o argumento de GRECO encontra igual relevância aqui, numa situação de intervenções não consentidas. GRECO, Luis. **As razões do direito penal: quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 42-43.

condição de mero objeto¹⁵⁴. Em razão disso, entendo que o fundamento da autonomia do paciente deve ser encontrado, antes de tudo, em sua *liberdade*, no direito de *expressar sua personalidade como um ser dotado de vontade própria* e de exercer livremente a *propriedade sobre seu próprio corpo*.

Por tal motivo, concordo com Greco e Siqueira quando afirmam que a autonomia constitui um *meta-princípio*¹⁵⁵, conseqüentemente imponderável, em relação ao qual não se pode sobrepor o interesse de terceiros. Para os autores, a autonomia constitui um *meta* preceito porque, além de ser imponderável, situa-se em um outro plano quando comparado a bens como a vida, a integridade física, a saúde, a propriedade, os quais, localizados em um nível inferior, estão sujeitos à ponderação¹⁵⁶. A autonomia é, por excelência, o “*direito de ponderar*”¹⁵⁷: ela é a balança, e não o contrapeso, pela qual o paciente sopesa a liberdade de ação, de um lado, e a saúde, do outro; entendida desse modo, não há um dever médico de tratar originário, e sim *derivado* dessa ponderação realizada pelo paciente¹⁵⁸.

Nas palavras de Immig, “*mesmo uma pessoa gravemente doente pode ter razões importantes e eticamente dignas para recusar qualquer tratamento médico que salve vidas*”¹⁵⁹. Assim, a obrigação médica de esclarecer sobre a intervenção deve estar pautada no exercício pleno da autonomia do paciente. Devem ser esclarecidas todas as informações necessárias para que o paciente possa sopesar os riscos a serem suportados pelo seu próprio corpo e os benefícios que daí poderão advir. Disso decorre a necessidade de informar sobre todos os aspectos que circundam a intervenção em si (como o diagnóstico e o tratamento, que serão

¹⁵⁴ Nesse sentido, o Sexto Senado Civil do BGH reconheceu que decorre da dignidade e da autodeterminação do paciente a proibição de atribuir-lhe o papel de mero objeto do tratamento, o que exige o respeito à sua decisão como ser autônomo (BGHZ, 85, 327 [332]).

¹⁵⁵ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 652.

¹⁵⁶ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 654-655.

¹⁵⁷ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 655.

¹⁵⁸ GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal.** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 652.

¹⁵⁹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht.** Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 21.

tratados em capítulo próprio): o paciente somente poderá sopesar riscos e benefícios quando a balança (autonomia) estiver regulada (com as informações necessárias).

Não basta, porém, que o esclarecimento esteja baseado na ideia de um “paciente sensato/razoável”, porque a individualidade exerce importância central para que uma decisão autodeterminada possa existir. O esclarecimento sobre riscos pré-selecionados é algo perigoso, uma vez que se o médico não conhece de fato as condições de vida do paciente, há o risco de não informá-lo sobre questões que para ele (o paciente) são de grande importância¹⁶⁰ e desregular a balança da autonomia. Isso afeta diretamente a autodeterminação decisória daquele a quem o tratamento é dirigido. Contudo, embora o dever de esclarecimento deva representar o fornecimento das informações necessárias para o caso em concreto, é preciso que seja estabelecido um “norte” – expresso em uma regra geral – para guiar o dever do profissional nesse caminho da busca pela decisão autodeterminada do paciente.

Em razão disso, Laufs, Kern e Rehborn consideram que a questão mais urgente a ser respondida não é “se” o médico deve esclarecer ao paciente e dele obter seu consentimento autônomo, mas “como” esse dever deve ser cumprido – ou seja, qual o conteúdo e os limites do esclarecimento médico¹⁶¹. A tarefa que proponho no presente estudo é, justamente, delimitar os deveres de esclarecimento exigidos para um consentimento eficaz, os quais sejam suficientes para o exercício pleno da autonomia do paciente como uma autorização ao médico para o tratamento, que afasta a responsabilidade criminal.

Antes de tratar do conteúdo material do dever de esclarecimento necessário para se concretizar a autodeterminação, apresentarei as características principais que formam o dever de esclarecimento (*sujeitos, momento, forma*) e os tipos de informação criados pela literatura e jurisprudência, especialmente no âmbito civil.

¹⁶⁰ RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik**. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 116.

¹⁶¹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 63, Rn. 2.

2.2 Sujeitos envolvidos no processo de esclarecimento médico

O dever de esclarecimento incide sobre o profissional da medicina responsável pelo tratamento, ou seja, aquele que precisa do consentimento do paciente para intervir em sua integridade física¹⁶². Em caso de trabalho compartilhado por diversos profissionais que realizam diferentes etapas do tratamento (por exemplo, o cirurgião e o anestesista), o esclarecimento deve ser dado separadamente por cada um dos especialistas, dentro dos limites de sua intervenção¹⁶³. Nesse sentido, o consentimento para uma intervenção não significa a autorização para a anestesia quando o anestesiológista não tiver informado o paciente sobre os efeitos, riscos e questões relacionadas ao uso do anestésico¹⁶⁴. Assim, quando houver a divisão de trabalho, cada especialista será responsável por sua área¹⁶⁵, tanto no quesito informação, quanto na responsabilidade por falhas do esclarecimento, porque somente é possível ao experto esclarecer dentro dos limites de sua especialidade¹⁶⁶. Por exemplo, se o esclarecimento para a cirurgia for falho e tornar o consentimento ineficaz, tal não alcançará o consentimento válido para a anestesia e o anestesiológista não será responsável pela operação ilegal¹⁶⁷.

Em princípio, somente o médico responsável pelo tratamento é obrigado a prestar os devidos esclarecimentos ao paciente¹⁶⁸. Admite-se, porém, que haja a *delegação* do dever de informar, desde que o médico responsável exerça o devido controle e monitoramento sobre a delegação para que sejam prestadas as informações adequadas¹⁶⁹. A responsabilidade pelo esclarecimento é do médico

¹⁶² LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 3; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 252, Rn. 408.

¹⁶³ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 251, Rn. 6.

¹⁶⁴ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 251, Rn. 6.

¹⁶⁵ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 3.

¹⁶⁶ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

¹⁶⁷ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 251, Rn. 6.

¹⁶⁸ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 47.

¹⁶⁹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 6. Na literatura brasileira, BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130. Esse requisito é exigido também pela jurisprudência alemã; nesse sentido, BGH *MedR* 2007, 169, 170, citado por ULSENHEIMER,

responsável pelo tratamento; assim, em caso de delegação a outro profissional, cabe ao médico delegante o dever de garantir o cumprimento do dever de esclarecimento, *seja por meio de uma conversa com o paciente ou pela análise dos registros médicos*¹⁷⁰. Além disso, exige-se que o profissional responsável por informar tenha a qualificação necessária para tanto¹⁷¹, não sendo possível delegar para um pediatra, por exemplo, o dever de esclarecer sobre intervenções relacionadas à área ginecológica, e, em nenhum caso, a pessoas que não façam parte da arte médica¹⁷².

O sujeito passivo do dever de esclarecimento é aquele que deve dar seu consentimento, sendo, em regra, o paciente¹⁷³. Como o consentimento é uma representação do interesse direto do titular do bem jurídico e não uma declaração *legal* (no sentido civil) de vontade¹⁷⁴, depende mais da capacidade *natural* de compreender e tomar decisões responsáveis do que de uma capacidade jurídica de ação¹⁷⁵. A capacidade para consentir não segue prescrições de idade rígidas, mas deve ser analisada no caso concreto¹⁷⁶. Assim, admite-se que menores de idade possam consentir¹⁷⁷ nos casos em que possuam a capacidade necessária, de

Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 253, Rn. 409.

¹⁷⁰ BGH, NJW 2011, 1088, 1090.

¹⁷¹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 4.

¹⁷² LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 5.

¹⁷³ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 48; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 11.

¹⁷⁴ Na jurisprudência alemã, ver BGHSt 4, 88 (90) e BGHSt 12, 379 (383), ambas decisões citadas por MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 161.

¹⁷⁵ Na jurisprudência civil do *Bundesgerichtshof*, BGHZ, 29, 33, ilustrado por KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. Entendimento esse acompanhado pela doutrina: WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 161; FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, p. 7, Rn. 13.

¹⁷⁶ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 12; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 163.

¹⁷⁷ FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, p. 8, Rn. 15; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 12.

acordo com sua maturidade espiritual e moral, de avaliar tanto as questões atinentes à intervenção quanto sua própria autorização¹⁷⁸.

A avaliação feita pelo paciente sobre os esclarecimentos médicos se caracteriza como o elemento cognitivo da decisão autodeterminada. Isso porque um consentimento consciente e eficaz exige que o titular do bem jurídico seja capaz de compreender o significado, para ele, da decisão a ser tomada no caso concreto, especialmente sobre quais os fatos, conseqüências, riscos e as alternativas envolvidas na intervenção que lhe é proposta. Desse sopesamento surge um elemento de caráter voluntário, que é formado pela capacidade do paciente de decidir, de acordo com sua própria opinião quanto às circunstâncias apresentadas, se concorda com o tratamento sugerido¹⁷⁹.

Somente nos casos em que o paciente não tem a capacidade de consentir – ou seja, de compreender a intervenção e tomar uma decisão autodeterminada – é que o esclarecimento deve ser direcionado não ao paciente, mas ao seu responsável legal (pais, curadores, tutores)¹⁸⁰. Isso pode acontecer tanto em caso de menores de idade quanto em adultos sem a possibilidade de exercer sua vontade livre; em nenhum desses casos, contudo, o médico está autorizado a prosseguir com a intervenção sem consentimento¹⁸¹.

O direito à autodeterminação exige que mesmo o paciente sem capacidade plena para consentir seja esclarecido sobre a intervenção, pois *seria incompatível com a garantia da dignidade humana que o paciente fosse tratado de acordo com o médico e seu responsável independentemente da sua vontade*¹⁸². Desse modo,

¹⁷⁸ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 161; KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93.

¹⁷⁹ BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener**. In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; *et al* (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 524. Na jurisprudência, BGHSt 12, 379, 382, citado por FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, p. 7, Rn. 13.

¹⁸⁰ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 11.

¹⁸¹ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93.

¹⁸² BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener**. In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag

ainda que não possa consentir, exige-se o esclarecimento ao paciente que tenha capacidade suficiente para julgar, concedendo-o um “direito a veto”¹⁸³, que consiste na liberdade de recusar o tratamento médico (direito à doença)¹⁸⁴. Esse direito, de certa maneira, garante o respeito à autonomia do paciente, pois exige que o médico o informe em conjunto com os seus representantes, já que o consentimento desses últimos, sozinho, não é satisfatório¹⁸⁵, na medida em que o paciente deve participar do processo de tomada de decisão¹⁸⁶. A incapacidade de consentir não afasta a autodeterminação do paciente, mas cria um direito à codeterminação, consistente no direito de *participar da decisão sobre a intervenção de acordo com suas próprias habilidades*¹⁸⁷.

Em caso de pacientes menores de idade, é necessário que ambos os pais consentam quando a criança não for capaz de fazê-lo¹⁸⁸, especialmente em situações de intervenções de grande complexidade e com riscos significativos¹⁸⁹. Tratando-se de adultos, havendo outra forma de determinar sua própria vontade, como uma diretiva antecipada de vontade (testamento vital)¹⁹⁰, não é necessário recorrer a um representante legal, já que a expressão de vontade do paciente

am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; *et al* (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 525. Também na jurisprudência alemã, como se verifica da decisão BGH NJW 2007, 217, citada por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 12.

¹⁸³ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 48; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 11.

¹⁸⁴ Essa expressão foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão BVerfGE 58, 208 (226), acompanhada por BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener**. In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; *et al* (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 527.

¹⁸⁵ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 14.

¹⁸⁶ BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener**. In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; *et al* (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 525.

¹⁸⁷ BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener**. In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; *et al* (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 526.

¹⁸⁸ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 15. Os autores firmam a posição baseada em decisão do BGH (BGH MedR 1989, 81 = NJW 1988, 2946).

¹⁸⁹ BGH NJW 2010, 2430, citada por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 16.

¹⁹⁰ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 162.

constitui um ato prévio de autodeterminação¹⁹¹. Quanto a este, a Resolução n.º 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, reconhece a autoridade da declaração antecipada de vontade do paciente sobre os desejos de seus familiares (art. 3º), ao mesmo tempo em que determina ao profissional que desconsidere a vontade expressa no documento quando, *em sua análise, estiver em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica* (art. 2º). Esse último dispositivo, por contrariar a manifestação de vontade do paciente, deve ser considerado legítimo somente à medida que tais preceitos sirvam para impedir uma declaração de vontade viciada ou resguardar a esfera de autonomia de terceiros, pois, naquilo que interesse apenas ao próprio paciente, uma livre decisão deve ser respeitada pelo médico.

2.3 Momento do esclarecimento

O direito à autodeterminação também sofre influência direta do momento em que o paciente é esclarecido. Isso significa que, para que possa tomar uma decisão autônoma, o paciente precisa ser oportunamente informado sobre as circunstâncias da intervenção¹⁹². O momento do esclarecimento, assim, deve ser escolhido em tempo de o paciente decidir livremente sobre a intervenção¹⁹³, sem que sofra com a pressão temporal na tomada de sua decisão¹⁹⁴.

Como o objetivo do esclarecimento é servir de base para um consentimento autodeterminado, deve o médico dar as condições necessárias ao paciente para que este possa fazer uma escolha sólida de forma consciente e responsável¹⁹⁵. Para tanto, o esclarecimento deve ser prestado em tempo útil, *antes* da intervenção, a fim de que o paciente tenha tempo hábil para sopesar os prós e os contras do

¹⁹¹ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93.

¹⁹² GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 306, Rn. 97.

¹⁹³ FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, p. 12, Rn. 24.

¹⁹⁴ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343.

¹⁹⁵ TERBILLE, Michael; CLAUSEN, Tilman; SCHROEDER-PRINTZEN, Jörn. **Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht**. München: C. H. Beck, 2009, § 2, Rn. 52.

tratamento e *salvaguardar a sua liberdade de escolha*¹⁹⁶. Essa ideia de tempo útil deve ter como base, ainda, a duração necessária para que o enfermo possa conversar com familiares ou pessoas de confiança¹⁹⁷.

Não há um momento exato e padronizado para o esclarecimento do paciente¹⁹⁸. Contudo, pode-se determinar, por meio das circunstâncias do caso individual, o momento em que o paciente esteja em pleno exercício de sua liberdade de escolha¹⁹⁹, não podendo a autonomia do enfermo ser prejudicada por uma intervenção iminente ou pelo efeito de medicamentos²⁰⁰. Aqui, deve-se distinguir o momento *ideal* do *último momento possível*: ideal é o momento tão próximo da cirurgia que o paciente não esquece de consentir e, ao mesmo tempo, tão longe que ele tem tempo suficiente para refletir sobre a intervenção e salvaguardar sua liberdade de decisão²⁰¹. Apesar de o momento *ideal* ser o que mais garante a autonomia decisória do paciente, a jurisprudência alemã buscou delimitar o momento do esclarecimento com base na última data possível, entendida como o limite máximo para que o paciente tome uma decisão autodeterminada²⁰².

Assim, fixou-se o entendimento na jurisprudência alemã de que, em caso de *grandes intervenções* (como uma cirurgia no coração, por exemplo), o esclarecimento deve ser fornecido pelo médico com dias de antecedência²⁰³. É possível, ainda, que em operações complexas seja necessária a realização de diversas conversas prévias com o paciente, a fim de que ele possa amadurecer sua decisão²⁰⁴. Em todo o caso, apenas uma conversa anterior à data da intervenção não seria suficiente, porque o fornecimento das informações necessárias sem

¹⁹⁶ Esse também é o entendimento da jurisprudência alemã, conforme BGHSt 12, 379 (383); BGH NJW 1998, 1784 (1785) e BGH NJW 2000, 1784 (1787), todos elencados por KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45.

¹⁹⁷ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343, com base na decisão do BGH NJW 1992, 2351.

¹⁹⁸ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45.

¹⁹⁹ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45.

²⁰⁰ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 66.

²⁰¹ Assim, por exemplo, BGH *MedR* 1992, 277 e BGH *MedR* 2003, 576 (NJW 2003, 2012), ambos sinalizados por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 23.

²⁰² LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 23.

²⁰³ Assim, BGH NJW 2003, 2012, in KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45.

²⁰⁴ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 344.

qualquer conversa anterior significaria uma sobrecarga ao paciente às vésperas da operação, especialmente porque esse tipo de intervenção carrega inúmeros riscos que podem afetar significativamente a vida futura do enfermo²⁰⁵. Desse modo, nas intervenções *não urgentes* o paciente deve ser informado com antecedência (pensada de acordo com um prazo necessário para a ponderação dos encargos associados ao tratamento) para que seja garantido seu direito à autodeterminação e, se necessário, deve ser atualizado em uma nova conversa antes da intervenção²⁰⁶. Somente em situações de emergência é que o paciente – ante a inexistência de outra possibilidade – pode ser esclarecido pouco antes da intervenção; de todo o modo, deve-se tentar informá-lo o quanto antes possível²⁰⁷.

Em caso de *intervenções comuns*, por outro lado, entende-se como limite do esclarecimento o dia anterior à intervenção²⁰⁸. Assim, em intervenções menos graves se admite, de acordo com a instrução da jurisprudência, que as informações sejam prestadas no mais tardar no dia anterior ao procedimento²⁰⁹. É importante ressaltar que se trata de data *limite*, porque, para que o paciente possa se autodeterminar, o *ideal* é que ele possa apreender as informações, compreendê-las, sopesá-las e, então, tomar uma decisão responsável. Porém, no caso concreto, quando se verificar que o tempo foi suficiente para uma tomada de decisão autodeterminada pelo paciente, admite-se o esclarecimento na data limite. Da mesma forma, não há problema quanto ao tempo do esclarecimento nos casos em que o próprio paciente expressar o desejo de ser operado no dia seguinte²¹⁰.

²⁰⁵ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45; KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343.

²⁰⁶ Por todos, BGH *MedR* 2003, 576 (NJW 2003, 2012), citado por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 30; TERBILLE, Michael; CLAUSEN, Tilman; SCHROEDER-PRINTZEN, Jörn. **Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht**. München: C. H. Beck, 2009, § 2, Rn. 52.

²⁰⁷ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 66; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftungspflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 308, Rn. 99.

²⁰⁸ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 45.

²⁰⁹ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 66.

²¹⁰ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 28.

Por outro lado, em *intervenções simples e com riscos menos graves*, como nos casos de algumas operações diagnósticas e procedimentos ambulatoriais, aceita-se que o esclarecimento seja prestado no dia da intervenção²¹¹. Mesmo nessas situações, deve-se garantir o paciente a total autonomia e liberdade para decidir contra ou a favor da operação, sem qualquer tipo de pressão mental²¹², ou seja, desde que o paciente tenha a possibilidade e o tempo de avaliar os prós e os contras do procedimento²¹³. Assim, nesses casos, sempre que o paciente tiver a impressão de que *não há mais a possibilidade de se desviar do curso de uma intervenção já iniciado*²¹⁴ – especialmente, ainda, nas palavras de Katzenmeier, quando está a caminho da ou já deitado sala de operações²¹⁵ –, a sua liberdade decisória não estará garantida e a medida deverá ser adiada²¹⁶.

De todo o modo, ainda que haja uma orientação sobre o momento do esclarecimento, esse deve ser analisado caso a caso. Decisivo para o esclarecimento suficiente à autodeterminação será a análise, no cenário específico, sobre se a *liberdade de escolha do paciente foi ou não injustamente prejudicada* pelo momento em que as informações foram fornecidas²¹⁷.

2.4 Forma do esclarecimento

²¹¹ Nesse sentido, BGH NJW 1994, 3009 e NJW 1995, 2410, conforme SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 66; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 306, Rn. 98.

²¹² KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 25.

²¹³ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 27.

²¹⁴ BGHZ 144, 1 (12). Trata-se do caso da vacina de poliomielite, no qual a paciente afirma que a mãe não foi devidamente esclarecida sobre a paralisia como efeito da vacina. Em sua decisão, o BGH afirmou que não havia a necessidade de as informações sobre os riscos serem dadas em momento anterior separado da vacinação, especialmente porque, nesses casos, não haveria uma decisão difícil a ser tomada, principalmente pela familiaridade geral da população com a necessidade e importância da vacinação.

²¹⁵ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343, baseado em BGHZ 144,1 (12), BGH NJW 1994, 3009 e NJW 1995, 2410.

²¹⁶ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 343; na jurisprudência alemã, BGH NJW 1992, 2351, 2352, citado por FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, p. 13, Rn. 26.

²¹⁷ KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 344.

O esclarecimento, assim como o consentimento, não exige forma escrita²¹⁸. Contudo, embora não possua formato específico²²⁰, deve ser feito oralmente²²¹. A ausência de uma formalidade decorre justamente da necessidade de se adaptar o esclarecimento às especificidades do caso individual²²². Assim, deve-se proceder a uma conversa verbal entre médico e paciente, *livre de formalismos burocráticos*²²³, que corresponda à capacidade de entendimento do enfermo e, conseqüentemente, à viabilização de uma tomada de decisão responsável. Por esse motivo, exige-se que o médico use uma linguagem apropriada ao paciente em questão, levando-se em conta as circunstâncias individuais do caso²²⁴ e características de vida, formação, profissão e a situação concreta do paciente²²⁵. Deve-se evitar o uso da linguagem técnica²²⁶, porque geralmente o paciente é leigo em assuntos médicos. O diálogo envolve, ainda, a possibilidade de o paciente fazer perguntas e participar criticamente em relação às informações que lhe são repassadas²²⁷.

A ausência de formalidade específica ainda permite que, caso o paciente concorde e a situação seja simples a ponto de não comprometer a compreensão e

²¹⁸ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 299, 87; KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 342.

²¹⁹ Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, em acórdão prolatado no Recurso Especial n.º 1.540.580/DF, julgado em 02.08.2018, p. 12.

²²⁰ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 64; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 46.

²²¹ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 342; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 299, 87; BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

²²² Essa é a posição do BGH na decisão NJW 2009, 1209, 1210, citada por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 34. Na jurisprudência brasileira, ver STJ, REsp. 1.540.580/DF, p. 12-13, especificamente tratando da responsabilidade civil do médico decorrente do direito consumerista.

²²³ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 34. Também aqui fundamentado com base em decisão do BGH, BGH VersR 1985, 361, 362.

²²⁴ BGH NJW 1985, 1399, citado por SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 65.

²²⁵ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 342, conforme BGH NJW 1979, 1933, 1934.

²²⁶ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 34.

²²⁷ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 65

consequente autodeterminação do enfermo, o diálogo com o médico seja realizado por telefone, oportunizando-se ao paciente a realização de perguntas e uma conversa pessoal posterior, caso assim deseje²²⁸. Porém, essa forma de esclarecimento se restringe aos casos em que seja garantido ao paciente o resguardo ao seu direito de autodeterminação: em casos complexos, nos quais o paciente deve ser detalhadamente informado, os esclarecimentos devem ser fornecidos em uma conversa pessoal.

Discute-se, ainda, a possibilidade do uso de folhetos informativos. Esse tipo de material pode ser usado como forma de preparar a conversa entre médico e paciente ou complementá-la, mas nunca substituí-la²²⁹. Isso porque, diante da necessidade de individualização do esclarecimento para que o paciente possa, de fato, tomar uma decisão autodeterminada (conforme explicitado no item 2.1.), o uso de folhetos com informações pré-selecionadas, sem ações individuais complementares²³⁰, não é suficiente para que o dever de esclarecimento cumpra sua finalidade. Além disso, no caso de um folheto contendo um grande número de informações detalhadas – uma forma de o médico atuar defensivamente quanto ao seu dever de informar – ao invés de significar o esclarecimento suficiente do paciente, acaba podendo sobrecarregá-lo²³¹.

2.4.1 Esclarecimento em etapas de Weissauer

Embora seja exigido dos médicos um papel ativo para cumprir seu dever de esclarecimento, a fim de obter um consentimento eficaz do paciente, cabe também a

²²⁸ BGH NJW 2010, 2430, citado por LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 35.

²²⁹ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 65; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 36. Na jurisprudência, ver BGHZ 144, 1 (13), para a qual é necessário que o médico converse pessoalmente com o paciente para “se convencer de que o paciente leu e compreendeu as instruções escritas”, além de dar a “oportunidade de responder às preocupações individuais do paciente”.

²³⁰ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 67, Rn. 37.

²³¹ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 64.

este, por sua vez, um papel ativo no diálogo com o profissional²³². A partir desse entendimento, *Weissauer* desenvolveu sua ideia de esclarecimento em etapas (ou estágios), no qual o paciente recebe inicialmente um folheto contendo as informações básicas por escrito sobre a intervenção, a experiência e os riscos a ela associados e, na sequência, realiza uma conversa pessoal com o médico, oportunidade em que são fornecidas as informações mais específicas sobre seu caso e lhe é permitido fazer maiores perguntas sobre as informações às quais teve acesso²³³.

Nesse cenário, mantém-se a necessidade de uma conversa oral entre médico e paciente, que constitui o segundo estágio dessa forma de esclarecimento²³⁴. Enquanto o primeiro estágio (ou etapa) seria direcionado ao fornecimento de informações gerais e escritas (ou seja, pré-selecionadas), a individualização e autodeterminação seria alcançada nesse segundo momento, em uma conversa oral, já que nele o paciente em concreto poderia exigir maiores informações sobre sua situação também em concreto²³⁵.

Contudo, essa forma de esclarecimento, que a princípio se mostra interessante, carrega consigo problemas diretamente relacionados ao livre exercício da autonomia do paciente. Nesse sentido, Tag explica que o grande problema está no fato de que a conversa do segundo estágio, por ser inteiramente baseada no folheto inicial, ignora que *tanto a percepção de que apenas quem já tem conhecimento é capaz de fazer perguntas específicas quanto a percepção de que o leigo geralmente não pode avaliar seus riscos pessoais no esclarecimento padronizado*²³⁶.

²³² ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 225, Rn. 373.

²³³ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 65; TERBILLE, Michael; CLAUSEN, Tilman; SCHROEDER-PRINTZEN, Jörn. **Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht**. München: C. H. Beck, 2009, § 2, Rn. 44; TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 344; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 46.

²³⁴ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 225, Rn. 374.

²³⁵ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 225-226, Rn. 374.

²³⁶ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 344.

Essa é a mesma preocupação de Ulsenheimer. Para o autor, o uso de folhetos padronizados negligencia o fato de que algumas consequências a princípio leves para alguns podem ser de crucial importância na tomada de decisão autônoma de outros; ou seja, podem existir riscos e consequências não constantes dos folhetos que, embora sejam importantes para o paciente em concreto, correm o perigo de sequer serem conhecidas por ele. Para exemplificar, ele afirma que *faz uma grande diferença se uma operação manual, que envolve, por exemplo, o risco de paralisia dos dedos, deve ser realizada em um pianista ou em alguém para quem os dedos e as mãos não sejam a base da existência profissional*, assim como *no caso de dano preexistente se, por exemplo, o paciente já estiver cego de um olho como resultado de um acidente ocupacional e agora, pela administração de drogas agressivas, houver o risco de o nervo óptico do outro olho ser danificado*²³⁷.

Assim, para que se possa assegurar o livre exercício do direito à autodeterminação do paciente, o esclarecimento em etapas desenvolvido por Weissauer não deve ser utilizado. Antes, é preciso que o esclarecimento parta do diálogo médico-paciente, com a explicação individualizada para o paciente em concreto, e, somente se necessário, que esse esclarecimento seja complementado pelo meio do uso de informações padronizadas²³⁸. Mesmo assim, em caso do uso de folhetos escritos, deve ser possibilitada ao paciente uma nova conversa pessoal para o esclarecimento de pontos relevantes e a realização de perguntas²³⁹.

2.5 Tipos de esclarecimento

Conforme demonstrado no início desse capítulo, somente são legais as intervenções médicas para as quais haja o consentimento do paciente. Esse, por sua vez, é eficaz apenas quando o paciente é esclarecido sobre as circunstâncias importantes para a sua anuência com o tratamento, pois só assim ele tem as condições necessárias de avaliar, de forma autodeterminada, se deseja se submeter

²³⁷ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 226, Rn. 374.

²³⁸ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 344.

²³⁹ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 344.

à intervenção²⁴⁰ e, então, conceder ao médico o direito de tratá-lo. Porém, nem todo o esclarecimento tem como objetivo tornar possível que o paciente decida consciente e autonomamente acerca da sua submissão ao tratamento médico.

Em razão disso, a jurisprudência – especialmente civil – alemã e a doutrina que a segue costumam diferenciar os tipos de esclarecimento com base em seu conteúdo²⁴¹. Conquanto a divisão mais comum seja feita entre o esclarecimento terapêutico (ou de segurança) e o esclarecimento para a autodeterminação²⁴², farei aqui a distinção em *esclarecimento terapêutico*, *esclarecimento financeiro* e, por fim, *esclarecimento para a autodeterminação*, especialmente atenta às diferentes consequências legais da inobservância de tais deveres.

2.5.1 Esclarecimento terapêutico

O *esclarecimento terapêutico*, também chamado de esclarecimento de segurança (*Sicherungsaufklärung*), diferentemente das demais formas²⁴³, constitui parte necessária do tratamento médico e consistente no dever do profissional de orientar o paciente (mediante conselhos, instruções e recomendações) sobre as condutas que devem ser tomadas pelo enfermo (antes e após) para assegurar o sucesso do tratamento e evitar complicações²⁴⁴. Diferentemente do esclarecimento voltado à obtenção de um consentimento eficaz a partir de uma decisão autodeterminada, a informação terapêutica tem por finalidade principal a proteção da

²⁴⁰ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 21.

²⁴¹ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht**: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, Rn. 266.

²⁴² KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 42.

²⁴³ STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 98.

²⁴⁴ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 196, Rn. 342; STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 98.

saúde do paciente (*salus aegroti suprema lex*)²⁴⁵ e sua inobservância, ao invés de tornar o consentimento do paciente ineficaz, constitui erro de tratamento^{246,247}.

Caso 1. A paciente P nasceu de parto prematuro durante a 27ª semana de uma gravidez gemelar. Após a realização de exames por oftalmologistas para a verificação de uma possível alteração no crescimento da retina decorrente da prematuridade (fibroplasia retrolenticular - ROP), P teve alta do hospital sem que a enfermidade tivesse sido esclarecida ou que os médicos tivessem avisado os pais da recém-nascida acerca da necessidade de realização de um novo exame oftalmológico para verificação da possível alteração. Dez semanas após, P ficou cega em razão da ROP²⁴⁸.

Caso 2. O recém-nascido R foi submetido à vacinação contra a poliomielite (paralisia infantil) com o uso de vírus vivo atenuado. No momento da aplicação da vacina, a médica responsável deixou de informar aos pais de R que crianças vacinadas com o vírus atenuado têm chances de contagiar, por meio contato, terceiros não vacinados. A criança C, que não era vacinada, manteve contato frequente com o recém-nascido R, cuja família fazia parte do círculo social de seus pais. Tempos depois, C foi diagnosticada com poliomielite. Nessas circunstâncias, o risco de contágio era de 1: 15,5 milhões²⁴⁹.

Dentro do esclarecimento terapêutico estão abrangidas as informações necessárias que o médico deve repassar ao paciente para a prevenção de danos²⁵⁰. Tais esclarecimentos se baseiam em padrões médicos, sobre os quais cabe ao profissional conscientizar o paciente para assegurar (ou ao menos otimizar) o

²⁴⁵ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 237.

²⁴⁶ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 94; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 23; GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 238-239; SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 24.

²⁴⁷ No Direito Civil Alemão, o § 630c do BGB trata do esclarecimento terapêutico, enquanto o § 630e, também do BGB, dispõe sobre o esclarecimento para a autodeterminação.

²⁴⁸ OLG Köln, *MedR* 1996, 564, citado por SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 61.

²⁴⁹ BGH, *NJW* 1994, 3012. Também citado por KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 43 e SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 64.

²⁵⁰ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 238.

sucesso terapêutico²⁵¹. Nesse sentido, o médico *deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance para proteger o paciente de perigos evitáveis*²⁵². Isso inclui recomendações gerais de saúde e estilo de vida (como a realização de uma dieta ou a prática de atividades físicas)²⁵³, assim como riscos específicos de contágio e de intolerância, possíveis efeitos medicamentosos (especialmente em relação à aptidão para a realização de determinadas atividades, como dirigir), perigo de colapso²⁵⁴ e dose permitida²⁵⁵.

O esclarecimento terapêutico inclui, ainda, o alerta ao paciente sobre o risco da prática de determinadas condutas, como deixar o hospital antes de um certo tempo ou a recusa na hospitalização²⁵⁶. Em casos de procedimentos ambulatoriais, a informação de segurança também inclui o esclarecimento sobre se há a necessidade de o paciente ser buscado por um acompanhante²⁵⁷. Além disso, abrange o esclarecimento sobre a preparação para exames, como o jejum exigido para uma colonoscopia. Embora dela seja independente, também pode acompanhar uma intervenção médica, como, por exemplo, a indicação de uma dieta preparatória para a cirurgia ou a de comportamentos a serem adotados no pós-operatório, como uma abstinência²⁵⁸.

²⁵¹ STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 100.

²⁵² ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 196, Rn. 342; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 61.

²⁵³ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 238.

²⁵⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 43; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 61-62.

²⁵⁵ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 238.

²⁵⁶ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 197, Rn. 342; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 61.

²⁵⁷ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 197, Rn. 342.

²⁵⁸ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 237.

Com apoio na jurisprudência alemã, Kraatz sintetiza que o esclarecimento terapêutico *“deve ser tão claro e compreensível que o paciente tenha uma imagem objetiva e precisa de qualquer perigo iminente em caso de inobservância do conselho”* e *“tão suficiente que, por meio das informações, o paciente é encorajado a participar da promoção da cura e evitar uma possível auto ameaça”*²⁵⁹. Ainda que baixos, os riscos devem ser informados ao paciente²⁶⁰. Embora constituam parte do dever de esclarecimento para a autodeterminação, informações sobre diagnóstico e evolução do tratamento também são relevantes para o esclarecimento terapêutico quando implicam na manutenção da saúde do paciente²⁶¹. Isso inclui a exigência do fornecimento de tais informações para que o paciente possa se comportar e alinhar seu estilo de vida da melhor forma para a obtenção da cura²⁶².

Vê-se, portanto, que as informações a serem fornecidas ao paciente, nesse tipo de esclarecimento, não têm a finalidade de se obter o consentimento para a intervenção e, portanto, não servem à tomada de uma decisão autodeterminada. O foco principal está na prevenção de danos e, por isso, também é chamado de esclarecimento de segurança²⁶³. É por esta razão que a ausência das informações necessárias *não constitui um problema de consentimento*, mas um erro de tratamento que, enquanto na área cível justifica a responsabilização por danos, na área penal possibilita a punição por lesão corporal (qualificada ou não)²⁶⁴. Tais casos demonstram a diferença do tipo de esclarecimento aqui tratado em relação aos demais, especialmente daquele para a autodeterminação. Na primeira situação

²⁵⁹ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 43.

²⁶⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 197, Rn. 342.

²⁶¹ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 237.

²⁶² IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 24. Ilustrativa aqui é a decisão do VI Senado Civil do BGH, em caso sobre dever médico de informar ao paciente sobre a necessidade imediata de consultar um oftalmologista a partir de seus achados em diagnóstico (BGH NJW 2005, 427).

²⁶³ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 62.

²⁶⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 43; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 62; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 197, Rn. 344.

(caso 1), o Tribunal Regional Superior de Colônia (OLG Köln) entendeu corretamente que a conduta dos médicos de não esclarecer aos pais da recém-nascida P sobre a necessidade de realização do exame constituiu grave erro médico²⁶⁵; ao deixarem de informar sobre a necessidade da realização de um exame para a detecção da enfermidade, os médicos falharam quanto à informação de segurança específica que seria possivelmente capaz de evitar a posterior cegueira da criança. Não se trata aqui de um esclarecimento direcionado à obtenção do consentimento dos responsáveis legais para a realização de qualquer intervenção ou para autorizar a execução do próprio exame, o qual exigiria informações específicas direcionadas a uma decisão autodeterminada dos pais da recém-nascida.

De igual forma, no caso 2, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) reconheceu a ocorrência de um erro médico decorrente da falha no dever de esclarecimento terapêutico²⁶⁶. Nessa situação, a falta de informação sobre o risco de contágio a terceiros não tornou ineficaz o consentimento dado pelos pais de R para a aplicação da vacina – já que não impediu que os responsáveis tomassem uma decisão autodeterminada sobre a própria intervenção –, mas impossibilitou que eles adotassem as precauções necessárias para evitar danos a terceiros, justamente pelo fato de não terem sido esclarecidos sobre tal risco. Também é importante destacar, nesse caso em concreto, que o fato de a densidade estatística de contágio ser consideravelmente baixa (1: 15, 5 milhões) não afasta a necessidade de o médico esclarecer tal risco, especialmente por se tratar de um resultado que afeta e sobrecarrega seriamente a vida da pessoa contaminada²⁶⁷. Por não ter cumprido o dever de esclarecimento de segurança sobre os riscos de contágio às pessoas em contato com a criança vacinada com o vírus vivo atenuado, ocorreu um erro de

²⁶⁵ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 61.

²⁶⁶ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 62.

²⁶⁷ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 62-63.

tratamento e a médica pode ser criminalmente responsável pela lesão corporal omissiva de C²⁶⁸.

2.5.2 Esclarecimento financeiro (ou sobre os custos do tratamento)

Além do esclarecimento terapêutico, há, ainda, outros deveres médicos de informação que, embora constituam uma obrigação do profissional, não afetam o consentimento eficaz do paciente. Esse é o caso do *esclarecimento financeiro*: apesar de ser possível compreendê-lo como um eventual fator de recusa à determinada intervenção, esse dever tem como finalidade a proteção patrimonial e não a preservação da autonomia decisória quanto à intervenção no bem jurídico integridade física do paciente²⁶⁹.

Caso 3. Um famoso *sex symbol* do cinema internacional E concordou em disponibilizar seu material genético a um médico que trabalha em uma grande empresa farmacêutica, a fim de que fosse desenvolvido um novo cosmético embelezador com base em seu DNA, sob a promessa de um considerável salário. Para tanto, foi feita a retirada do sangue de E por meio de uma punção venosa, antes da qual E fora cientificado dos riscos relativos à intervenção. Após a coleta do material e o desenvolvimento do produto, a contraprestação pecuniária de E foi injustificadamente recusada pela empresa farmacêutica²⁷⁰.

Caso 4. A gestante G, acompanhada pelo médico O durante todo o pré-natal, deu à luz por meio de uma cirurgia cesariana, após a tentativa frustrada de um parto natural. Dias após a intervenção, G recebeu uma fatura do médico O com o custo da cesárea, no valor de R\$ 30.0000,00. A paciente G, surpresa, afirmou ter sido esclarecida sobre a eventual necessidade de realização de uma cesariana, bem como dos riscos e do curso do procedimento, mas alegou não ter sido previamente informada pelo médico sobre a não cobertura do parto pelo plano de saúde, tampouco do valor cobrado pelo profissional.

É incumbência do médico fornecer ao paciente as informações sobre possíveis consequências econômicas do tratamento. Aqui, compreendem-se os

²⁶⁸ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 43.

²⁶⁹ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 147.

²⁷⁰ Inspirado no exemplo apresentado por GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 284.

custos da intervenção²⁷¹, a cobertura de determinados tratamento pelas seguradoras de saúde²⁷² (ou a falta de garantia da assunção de tais custos por terceiros²⁷³) ou a necessidade de financiamento próprio²⁷⁴, a indicação de possíveis intervenções subsequentes não cobertas pelos planos de saúde²⁷⁵. Esse dever de esclarecimento abrange as informações necessárias ao paciente sobre os custos que deverão ser suportados por ele, a fim de que ele possa tomar uma decisão alinhada com seus interesses financeiros²⁷⁶.

Contudo, mesmo que ambos orientem e permitam a tomada de decisão autônoma do paciente, o esclarecimento econômico não faz parte e deve ser distinguido do esclarecimento para a autodeterminação²⁷⁷. Enquanto o esclarecimento para a autodeterminação tem como finalidade permitir ao paciente a avaliação dos efeitos (tanto benéficos como indesejáveis) da intervenção sobre sua integridade corporal²⁷⁸ (ou seja, voltado à proteção do bem jurídico integridade física), o esclarecimento econômico visa unicamente preservá-lo de surpresas financeiras²⁷⁹ e garantir seu direito de não assumir desavisadamente determinados custos²⁸⁰.

Como consequência, a falha no dever médico de esclarecimento econômico ao paciente não afasta o consentimento e tampouco torna injusta a lesão. Mesmo

²⁷¹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 64, Rn. 26.

²⁷² KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 95.

²⁷³ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 199, Rn. 344.

²⁷⁴ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 132.

²⁷⁵ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 199, Rn. 344.

²⁷⁶ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 135.

²⁷⁷ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 95.

²⁷⁸ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 284.

²⁷⁹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 25.

²⁸⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 200, Rn. 344.

que o enfermo tenha se enganado sobre os custos, as *vantagens e desvantagens do procedimento médico à sua integridade física eram conhecidas pelo paciente* e sua irresignação se volta apenas à *deterioração de seu patrimônio*²⁸¹. Trata-se, na verdade, de um erro de tratamento médico, já que oriundo de uma obrigação contratual secundária²⁸², e que, apesar das consequências semelhantes para o direito civil, também não se confunde com o esclarecimento terapêutico²⁸³.

Ainda assim, conquanto se tratem de tipos de esclarecimento totalmente diferentes, é possível que haja uma sobreposição entre o dever de esclarecimento econômico e o dever de esclarecimento para a autodeterminação²⁸⁴. Isso pode acontecer, por exemplo, nos casos em que há alternativas de tratamento (parte integrante do esclarecimento para a autodeterminação) com custos consideravelmente diferentes ou com possibilidades de cobertura de seguro para uma alternativa e não para as demais²⁸⁵. Isso não significa, porém, que as obrigações de esclarecer se confundam. O esclarecimento sobre as alternativas de tratamento deve possibilitar que o paciente decida sobre a proteção de sua integridade física e, em caso de ausência da indicação de tais alternativas, o consentimento é ineficaz e a intervenção é ilegal; por sua vez, o esclarecimento sobre os valores envolvidos tem a finalidade única de informar o paciente sobre os custos, de forma que, em caso de falha na prestação de tais dados, há uma quebra

²⁸¹ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 284.

²⁸² SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 25.

²⁸³ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 148.

²⁸⁴ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 95; GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 285; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 25.

²⁸⁵ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 25; KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 95; SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 148.

da obrigação contratual que, no entanto, não torna o tratamento ilegal²⁸⁶. Como bem reforçado por Schelling, chega a ser difícil imaginar que a falta de informações econômicas seja capaz de tornar o consentimento ineficaz, já que o engano quanto aos custos é irrelevante em relação à anuência com o tratamento sob a perspectiva da autodeterminação e da proteção da integridade física, considerando-se o conhecimento do paciente quanto às vantagens e desvantagens da intervenção para seu próprio corpo: *a explicação econômica no verdadeiro sentido, portanto, não tem em vista a proteção da autonomia relacionada ao corpo do paciente, mas a autodeterminação do paciente sobre seus encargos financeiros*²⁸⁷.

No caso 3, embora o famoso *sex symbol* E tenha sido enganado pela indústria farmacêutica quanto ao recebimento da contraprestação financeira para o fornecimento de seu material genético – o que, de fato, parece ter sido decisivo para a autorização da coleta de seu sangue –, o consentimento para a punção não foi inválido, na medida em que o engano não alcançou os riscos envolvidos para a sua integridade física, devidamente informados pelo profissional. A existência de um consentimento válido autorizou a intervenção e afastou a responsabilidade penal do médico por lesões corporais, ainda que possa subsistir uma fraude praticada contra E, da qual somente poderão derivar eventuais consequências civis e criminais referidas ao seu âmbito patrimonial, não corporal.

Da mesma forma, em relação ao caso 4, houve falha no dever médico de esclarecer sobre os custos do tratamento, que eram previsíveis pelo profissional. Tal, contudo, não ocasionou uma ineficácia do consentimento da gestante G para o parto cirúrgico, visto que a paciente teve a oportunidade de sopesar os prós e os contras da intervenção. O engano em relação aos custos não impediu que a gestante decidisse de forma autônoma quanto à intervenção na sua integridade física por meio da cesariana, o que afasta a responsabilidade criminal do médico. O por lesões corporais, não obstante seja possível aqui também subsistir uma questão de natureza cível relacionada à esfera patrimonial da paciente.

²⁸⁶ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 147.

²⁸⁷ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 148.

2.5.3 Esclarecimento para a autodeterminação

Diferentemente dos deveres de informação *terapêutica e financeira*, esse tipo de esclarecimento tem como objetivo não a prevenção de danos ou de surpresas financeiras, mas o pleno exercício do direito à autodeterminação do paciente sobre seu próprio corpo (*voluntas aegroti suprema lex*)²⁸⁸. Como lembra Puppe, *qualquer paciente que passa por uma intervenção que afete a sua integridade física (como uma cirurgia) recupera sua saúde primeiro com um sacrifício dela*²⁸⁹. O foco, portanto, não está nas considerações de natureza médica ou financeira, mas na *vontade do paciente* referente à disposição de seu bem jurídico integridade física: o dever de esclarecimento para a autodeterminação serve para garantir que o enfermo decida se dá ou não o seu consentimento *no mais completo conhecimento possível dos fatores relevantes para a decisão*²⁹⁰, protegendo-o, inclusive, contra uma eventual classificação médica de sua resolução como irracional²⁹¹.

Assim, enquanto o que justifica uma punição por erro de tratamento é a sua execução em desacordo com a arte médica, aqui a responsabilidade penal advém da própria violação do dever de informar. Um paciente desinformado não pode consentir de forma efetiva com quaisquer intervenções médicas, já que não sabe com que anui; desse modo, mesmo que uma intervenção seja bem sucedida e realizada de acordo com a *lege artis*, ainda perdurará a responsabilidade do médico por uma lesão corporal não autorizada, na medida em que *a censura à falta de*

²⁸⁸ STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 100; GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 239.

²⁸⁹ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 764. (em tradução livre).

²⁹⁰ STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 97.

²⁹¹ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 25.

*esclarecimento não depende de fato do sucesso ou fracasso do procedimento médico*²⁹².

Essa é, por tais razões, a espécie de esclarecimento relacionada à obtenção de um consentimento eficaz do paciente. É a partir dela que se verifica se a intervenção na integridade física do paciente foi legalmente autorizada e, por via de consequência, se há uma lesão corporal punível ou não. Cabe ao médico expor os riscos e as circunstâncias diretamente envolvidas no tratamento médico, para que o paciente possa reconhecer o significado exato de seu consentimento e decidir, de forma autodeterminada, se está de acordo com a intromissão em seu próprio corpo²⁹³.

Justamente por independender do sucesso da intervenção e por objetivar o livre exercício do direito à autodeterminação do paciente, o padrão médico (diferentemente do caso de erros de tratamento) e o risco permitido não exercem um papel relevante nesse tipo de esclarecimento²⁹⁴. Normalmente, uma decisão autodeterminada exige que sejam esclarecidas todas as informações relacionadas à intervenção na integridade física, de modo que o paciente possa sopesar os benefícios e os encargos de sua decisão (seja ela de consentir ou recusar a operação). Para fins didáticos (já que o resultado de sua inobservância tem a mesma consequência de tornar o consentimento ineficaz), o dever de esclarecimento para a autodeterminação foi subdividido em três outros grupos de informação: sobre o *diagnóstico*, a *evolução* e *riscos* da intervenção²⁹⁵.

Entende-se, assim, que para que seja possível uma decisão autodeterminada e, conseqüentemente, haja um consentimento eficaz, deve o paciente ser informado de modo detalhado sobre os achados médicos (*diagnóstico*); sobre o provável desenvolvimento do estado de saúde do paciente com o tratamento – e também em

²⁹² STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 100.

²⁹³ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 272.

²⁹⁴ STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht**: Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, p. 101.

²⁹⁵ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93.

caso de um não tratamento –, bem como sobre o tipo, gravidade, extensão e dores decorrentes da intervenção médica, além das alternativas de tratamento (esclarecimento sobre a *evolução*); e, por fim, sobre os *riscos* da intervenção planejada, consistentes nos possíveis efeitos colaterais permanentes ou temporários, que não possam ser descartados com certeza, mesmo que os cuidados necessários sejam tomados e o procedimento se realize corretamente ²⁹⁶. Em resumo, *i)* o paciente é informado que está doente e o que essa enfermidade efetivamente significa; depois, *ii)* são apresentados os métodos disponíveis para curá-lo ou melhorar sua condição atual, bem como explicadas a urgência e a gravidade de eventual intervenção, com a indicação da extensão do procedimento, modo de realização, além das consequências e efeitos colaterais deles decorrentes, assim como o desenvolvimento esperado de sua saúde, com ou sem a intervenção; e, por fim, *iii)* o paciente é informado sobre os riscos a que estará sujeito em caso de uma intervenção.

A extensão do esclarecimento para a autodeterminação, contudo, depende da análise de todos os fatores levando-se em consideração as peculiaridades da situação do paciente em concreto²⁹⁷. As especificidades de cada um dos subtipos desse esclarecimento, seu conteúdo e extensão para a validade do consentimento do paciente no direito penal, dado o objetivo do presente estudo, serão analisados de forma detalhada no capítulo 3.

2.6 Primeiro balanço intermediário

1. A mudança de perspectiva de uma ética médica hipocrática para a máxima observância da autonomia do paciente traz consigo a necessidade de que o profissional forneça ao enfermo as informações necessárias para que ele possa decidir de forma consciente quanto à submissão a determinado tratamento. Com isso, surge a figura do *consentimento esclarecido* (ou consentimento informado), ou seja, aquele que é dado pelo paciente após o sopesamento dos prós e contras de

²⁹⁶ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 44; KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 93-94.

²⁹⁷ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 272.

determinada intervenção. O esclarecimento preenche materialmente o conteúdo do consentimento. Desse modo, somente o consentimento que seja precedido de um correto esclarecimento é eficaz e afasta a responsabilidade penal pela intromissão na integridade corporal do paciente.

2. A autonomia, como expressão do dever de esclarecimento, advém da *liberdade* do paciente de *expressar sua personalidade como um ser dotado de vontade própria* e em exercer livremente a *propriedade sobre seu corpo*. Assim, deve ser compreendida como um *meta-princípio*, posto que imponderável, sob o qual não se pode sobrepor qualquer interesse de terceiros. A autonomia representa a balança (o direito de ponderar) que, regulada pelas informações médicas, sopesa os prós e contras da intervenção; quando não há ou são insuficientes as informações devidas, ela age de forma desregulada, o que impossibilita a correta avaliação do todo e, por consequência, vicia o direito de tratar concedido ao médico pelo paciente. Por outro lado, como expressão da personalidade, o esclarecimento deve ser baseado sempre no paciente em concreto, porque a decisão autônoma é individual e prescinde qualquer razoabilidade (afasta-se, assim, a utilização da figura do “paciente sensato” como forma de padronizar as informações a serem prestadas).

3. O dever de esclarecer compete ao profissional responsável pelo tratamento, admitindo-se a delegação do dever a outro profissional, desde que haja um controle da transmissão de informações pelo responsável por garantir o esclarecimento. Em contrapartida, esclarecimento é geralmente endereçado aos pacientes com capacidade para consentir (capacidade *natural*, que não se confunde com a civil), inclusive menores de idade. As informações podem ser direcionadas aos responsáveis legais e ao próprio paciente mesmo nos casos em que esses não possuam a capacidade de tomar uma decisão autodeterminada sobre a intervenção; chama-se de direito à codeterminação, pois possibilita que o paciente participe da tomada de decisão dentro de suas capacidades.

4. A eficácia do consentimento também depende do momento em que o paciente é esclarecido, de modo a salvaguardar sua liberdade de escolha. Conquanto não haja um momento exato para o esclarecimento, a regra criada pela jurisprudência e acompanhada pela literatura determina que nos casos de grandes intervenções, o paciente deve ser informado com dias de antecedência; em

intervenções comuns, é admissível que o enfermo seja esclarecido no dia anterior; para casos simples ou ambulatoriais, aceita-se que o esclarecimento seja dado no próprio dia da intervenção. De qualquer modo, deverá ser analisada se a liberdade de escolha do paciente foi ou não injustamente prejudicada pelo momento em que as informações foram fornecidas.

5. O esclarecimento não exige forma específica, mas deve preferencialmente ser realizado oralmente, para que o paciente possa compreender da melhor maneira a situação em que está envolvido. As informações devem ser prestadas pelo médico sempre em atenção às características individuais de seu interlocutor, evitando-se a utilização de linguagem técnica. Também podem ser utilizados folhetos informativos, desde que complementares à conversa pessoal com o paciente.

6. Embora o fornecimento de informações seja imprescindível para a validade do consentimento, nem todo o tipo de esclarecimento serve à tomada de decisão autodeterminada do paciente. Por tal motivo, costuma-se dividir o esclarecimento em terapêutico, financeiro e para a autodeterminação.

7. O esclarecimento terapêutico é parte do próprio tratamento e consiste no dever médico de orientar o paciente sobre as condutas que devem ser adotadas (pelo próprio enfermo) para garantir o sucesso do tratamento ou para evitar possíveis danos. O principal objetivo desse tipo de esclarecimento é a promoção da saúde do paciente e não o respeito à sua autodeterminação. A falha do profissional em esclarecer adequadamente o paciente, portanto, não afasta o consentimento, mas constitui erro de tratamento.

8. Outra obrigação profissional que não afeta o consentimento para a intervenção, sob a perspectiva da lesão corporal, é o esclarecimento financeiro. A finalidade desse dever médico de informação não é a proteção da autodeterminação do paciente do ponto de vista da integridade física, e sim de seu patrimônio. Englobam-se, aqui, as informações econômicas relacionadas ao tratamento, a fim de que sejam evitadas surpresas ao paciente. A ausência do esclarecimento financeiro, assim como no caso das informações terapêuticas, não interfere na validade do consentimento (do ponto de vista penal quanto ao bem jurídico integridade física) para a intervenção.

9. O dever de informação voltado à garantia do exercício da autonomia do paciente é o chamado esclarecimento para a autodeterminação. Diferentemente dos demais tipos de esclarecimento, tem como objetivo não a prevenção de danos, mas garantir que o paciente possa decidir livremente sobre se deseja se submeter a uma determinada intervenção ou não: compreende o esclarecimento sobre o diagnóstico, a evolução do tratamento e riscos. Por tais motivos, a falta do esclarecimento para a autodeterminação sujeita o médico à responsabilidade criminal ainda que a intervenção seja bem-sucedida e realizada de acordo com a *lege artis*: é o esclarecimento imprescindível para a eficácia do consentimento no direito penal.

3 CONTEÚDO E A EXTENSÃO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO PARA A VALIDADE DO CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL

Conforme tratei no primeiro capítulo, somente intervenções médicas consentidas são autorizadas sob uma perspectiva legal, tanto pelo direito civil quanto, o que especialmente interessa aqui, pelo direito penal. Trata-se de uma visão moderna da vontade do paciente como o fundamento do direito médico de tratar e de promover sua saúde. À vista disso, de acordo com o demonstrado no capítulo antecedente, o consentimento é mais do que um mero “*sim*” para a intervenção: o paciente precisa saber exatamente com o que está anuindo para que, então, possa tomar uma decisão consciente e autodeterminada sobre a invasão em seu próprio corpo. Nesse sentido, o esclarecimento médico é condição essencial para a eficácia do consentimento nas intervenções médicas, tornando legal aquilo que é, perante o direito penal, ilícito: uma lesão contra a integridade corporal do enfermo.

No capítulo segundo, por sua vez, demonstrei que, embora existam diversas espécies de esclarecimento médico, apenas uma afeta, de fato, a autodeterminação do paciente sobre a disposição de seu bem jurídico integridade física: o chamado esclarecimento para a autodeterminação, que compreende as informações sobre o diagnóstico, a evolução e os riscos da intervenção. Por essa razão, somente o esclarecimento para a autodeterminação – diferentemente dos esclarecimentos terapêutico e econômico – é diretamente ligado à figura do consentimento que afasta a responsabilidade penal de uma lesão ao corpo do paciente.

Esse é, portanto, o tipo de esclarecimento que proponho analisar no presente estudo. Nesse capítulo, apresentarei o conteúdo de tal dever (tão pouco confrontado pela jurisprudência e doutrina penais brasileiras) em suas peculiaridades e definirei seus limites, sempre a partir da perspectiva da garantia do paciente de decidir de forma livre e autônoma sobre a disposição de seu próprio corpo.

3.1 Fundamento do dever de esclarecimento médico – regra geral para a exclusão da responsabilidade penal com base em um consentimento efetivo

O dever de esclarecimento, por ser imprescindível a uma decisão autônoma do paciente em concreto, não pode ser determinado a partir de regras estáticas, e sim da análise das circunstâncias da situação específica²⁹⁸. Contudo, como alerta Katzenmeier, se, por um lado, essa impossibilidade de determinação de regras fixas transborda em uma casuística incontável na jurisprudência dos tribunais, deve-se, por outro, corrigir tais excessos, de forma que o dever de esclarecimento mantenha a sua *função orientadora do comportamento, que protege efetivamente o direito do paciente à autodeterminação*²⁹⁹.

A jurisprudência alemã (primeiramente a civil, seguida pela criminal) procurou delimitar o dever de esclarecimento médico por meio da ideia do fornecimento de informações gerais ao paciente (*im Großen und Ganzen*)³⁰⁰. O esclarecimento básico (*Grundaufklärung*), de acordo com esse entendimento, deve ter como base a situação do caso concreto, respeitando-se o direito à autodeterminação do paciente. Assim, para a jurisprudência alemã estabelecida, é preciso que o paciente seja informado de maneira geral *sobre as chances e os riscos do tratamento como um todo e ter uma impressão real da gravidade do procedimento e do tipo de estresse que pode ser causado à sua integridade física e estilo de vida*, incluindo-se sempre o risco mais sério a que o paciente está sujeito (ainda que de ocorrência remota)³⁰¹. Chama-se de esclarecimento geral por não se exigir que tais informações sejam fornecidas ao paciente em pormenores³⁰².

Essa ideia, mesmo que a princípio pareça adequada, traz consigo alguns problemas que, a meu sentir, impedem sua adoção como regra geral de esclarecimento para a autodeterminação. Isso porque uma noção de “*esclarecimento geral*” – embora a jurisprudência exija que seja observado o

²⁹⁸ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 95.

²⁹⁹ KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 97.

³⁰⁰ Assim, na jurisprudência cível do BGH, destaco: BGHZ, 90, 103 (106); BGH NJW 1963, 393 (394); BGH NJW 1972, 335 (336); BGH NJW 1990, 2928; BGH NJW 1991, 2346 (2347); BGH NJW 2000, 1784 (1786); BGH NJW 2009, 1209 (1210); BGH NJW 2011, 375 (Rn. 7); BGH NJW 2013, 1746; e, mais recentemente, BGH NJW-RR 2017, 533. No âmbito penal, destaca-se a decisão do III Senado Criminal sobre o famoso caso do suco de limão (“Zitronensaftfall”): BGH NJW 2011, 1088 (1089, Rn. 10).

³⁰¹ BGH NJW 2011, 1088 (1089, Rn. 10).

³⁰² BGH NJW 2011, 1088 (1089, Rn. 10).

paciente em concreto – desagua em uma padronização de informações, especialmente quando permite que os detalhes acerca de tais esclarecimentos sejam omitidos do paciente. Necessariamente, uma redução das informações pode levar à supressão de determinados detalhes que, embora a princípio pareçam ao profissional serem irrelevantes na situação concreta, podem, de alguma forma, referirem-se a questões determinantes à vida do paciente e, por consequência, de fundamental importância à sua autonomia decisória.

Volto, aqui, à ideia de que o pleno exercício da autodeterminação do paciente reivindica uma consciência ampla sobre a situação em que ele está envolvido. Todo o tipo de redução de informações traz consigo um perfil geral do sujeito a ser esclarecido (ainda quando se busca contextualizá-la no caso concreto), o qual normalmente é fixado a partir da noção do próprio profissional sobre o que é aceitável ou não omitir – o mesmo que ocorre ao julgador, no momento em que analisa se houve o cumprimento do dever de esclarecimento (qual a informação geral que é importante reflete sua própria concepção de relevância). A grande questão, aqui, é que se a autonomia – assim como a vejo – é a expressão da personalidade do paciente, ela não pode ser de forma alguma “adaptável” ou “generalizada”, sobretudo porque é justamente sua singularidade que torna a personalidade única em cada indivíduo: é a própria individualidade que faz com que o ser humano seja considerado superior em relação aos outros seres vivos. Essa particularidade do homem permite que questões importantes para uma única pessoa sejam irrelevantes para todas as demais; que uma decisão autodeterminada (como a de não tratar determinada doença e esperar pela morte) seja vista como absurda para as outras pessoas; que pequenos detalhes sejam vitais para alguns e mero formalismo para outros.

Assim, conquanto seja notável um inicial abandono, pela jurisprudência alemã, da obrigação de informar com base em um sujeito “razoável” – por meio da exigência de que a informação geral seja moldada pelo caso concreto –, acaba-se recorrendo à perspectiva de um terceiro, e não do próprio paciente, quando se desiste da necessidade de que sejam informadas as particularidades de cada caso em detalhes. Isso, portanto, representa uma renúncia à ideia de supremacia da autonomia que não pode ser tolerável.

Por tais razões, defendo no presente estudo que o esclarecimento para a autodeterminação do paciente deve representar aquilo que sua designação substantiva: que a informação possibilite ao paciente exprimir sua personalidade por meio de uma decisão autônoma e consciente. Nesse sentido, proponho a criação de uma regra geral de esclarecimento, a ser observada em todos os procedimentos que intervenham na integridade física do paciente, para que o consentimento possa ser efetivo e que, por via de consequência, permita o afastamento da responsabilidade penal do médico no caso de uma intromissão autorizada. Exprimo essa regra geral da seguinte forma: *o profissional, para a obtenção do consentimento válido do paciente, deve esclarecê-lo sobre todos os detalhes atinentes à própria intervenção, sob o aspecto da integridade física em si mesma, que possam influenciar na tomada de decisão autônoma do paciente (ainda que essa pareça irracional do ponto de vista do médico) sobre a disposição da integridade de seu corpo.*

O importante, portanto, é que todas as informações que afetem de alguma forma o bem jurídico *integridade física* do paciente, ainda que remotas, devem ser esclarecidas. Tais esclarecimentos, didaticamente divididos pela doutrina e jurisprudência alemãs em *diagnóstico*, *evolução* e *riscos* serão definidos, ilustrados e criticamente considerados nos subitens abaixo apresentados. Qualquer outro tipo de informação que possa ser, de alguma maneira, relevante à decisão do paciente de se submeter ao procedimento, mas que não afete sua integridade física (como informações sobre custos), não é do interesse do consentimento que afasta a responsabilidade penal do profissional por lesões corporais.

3.1.1 Esclarecimento sobre o diagnóstico

Em decisão no ano de 2004, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) reconheceu o dever médico de esclarecimento sobre o diagnóstico como parte dos *direitos à autodeterminação e da dignidade do paciente*, que proíbem atribuir ao enfermo o *papel de mero objeto*³⁰³. De fato, o ponto de partida para que o paciente possa tomar uma decisão autodeterminada está

³⁰³ BVerfG, NJW 2005, 1103, 1104.

localizado nos achados médicos³⁰⁴ e no seu significado: o paciente deve saber que está doente e qual é a doença da qual padece³⁰⁵. Essa é a base necessária para que o paciente possa decidir de forma autônoma se autoriza, ou não, uma intervenção médica em seu corpo³⁰⁶. Afinal – valho-me aqui de um exemplo de Immig que ilustra a importância do esclarecimento sobre o diagnóstico para a decisão do paciente –, a remoção de um órgão enfermo é bem diferente da retirada de um órgão com pequenas alterações patológicas³⁰⁷.

Caso 5. O paciente B se submeteu a uma cirurgia no ombro direito. Durante a operação, no momento em que o cirurgião fazia a perfuração da escápula, a ponta de uma broca de cerca de dois centímetros ficou presa no osso acrômio de B. Mesmo não tendo conseguido fazer a retirada da broca, o médico finalizou a cirurgia. Porém, com receio de que o paciente descobrisse o erro (por exemplo, com a realização de um raio X), o médico alegou que seria necessária uma segunda operação para a estabilização do ombro de B, quando na verdade seu objetivo era recuperar a broca que havia deixado enterrada no osso. Apesar de seu desapontamento diante da necessidade de uma nova operação, B anuiu com a nova intervenção. O médico, para não ter de admitir o erro, ocultou de forma deliberada o motivo real da segunda operação³⁰⁸.

Caso 6. O paciente M foi submetido a exames pelos quais se detectou a existência de uma massa em seu pescoço, que os médicos suspeitaram ser um tumor. Mesmo sem saber ao certo se estavam diante de um tumor benigno ou de um câncer, os médicos indicaram a realização de uma cirurgia para a sua extirpação, como se maligno fosse. Após a intervenção, verificou-se que o tumor era benigno. M, por sua vez, ficou com paralisia temporária no

³⁰⁴ ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 57; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 57; TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 272; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 200, Rn. 345.

³⁰⁵ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 32; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 25-26.

³⁰⁶ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 32.

³⁰⁷ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 180-181.

³⁰⁸ Caso concreto julgado pelo I Senado Criminal do BGH, NStZ 2004, 442. Também citado por SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 58.

braço direito decorrente dos cortes realizados na cirurgia. A intervenção foi realizada de acordo com a *lege artis* e M havia sido esclarecido sobre o risco de uma paralisia. Contudo, o paciente alegou não ter sido esclarecido pelos médicos sobre o tipo de tumor que o acometia, o que teria impossibilitado que ele se decidisse corretamente sobre a operação³⁰⁹.

O objetivo do dever de esclarecimento sobre o diagnóstico é fornecer ao paciente, com clareza, as informações sobre o seu atual estado de saúde³¹⁰. Isso não inclui, por consequência, as considerações sobre a intervenção em si (natureza, extensão, perigo e objetivo), mas a situação do paciente *antes* da operação³¹¹. O importante é o esclarecimento compreender todas as informações necessárias sobre o estado clínico do paciente, a fim de que ele possa sopesar os prós e os contras da intervenção e a necessidade de se submeter a ela³¹², para que, de forma autodeterminada, tome a decisão que entender mais adequada para si.

Importante distinguir, desde já, o esclarecimento *sobre* o diagnóstico do esclarecimento *antes* de uma intervenção para fins de diagnóstico³¹³. Enquanto o primeiro deve ser analisado unicamente sob o aspecto do dever de esclarecimento sobre diagnóstico no sentido aqui tratado, o segundo, por constituir em si próprio uma intervenção – da qual sobrevirá um diagnóstico, como no caso de uma *colonoscopia* ou de uma *punção lombar* (como a realizada para verificar se o paciente está com meningite) –, deve ser precedido do esclarecimento de riscos do procedimento³¹⁴ e, eventualmente, da evolução e até mesmo do próprio diagnóstico (por exemplo, um achado em uma ecografia que exige a realização de uma colonoscopia para confirmação de determinado diagnóstico cancerígeno).

³⁰⁹ Exemplo baseado (com adaptações) no caso objeto da decisão do OLG Köln, VersR 2006, 124.

³¹⁰ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 240.

³¹¹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 76.

³¹² ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 204, Rn. 348.

³¹³ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 200, Rn. 345.

³¹⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 282.

A avaliação dos achados é parte importante do diagnóstico³¹⁵ e o esclarecimento deve abranger também as incertezas quanto aos resultados³¹⁶. Assim, cabe ao profissional indicar de forma clara o grau de confiança no diagnóstico³¹⁷, ou seja, se ele é seguro ou deve ser entendido como suspeita (nesse caso, simples ou urgente)³¹⁸, a fim de que o paciente *seja capaz de reconhecer a natureza de sua doença e direcionar seu comportamento de acordo com isso*³¹⁹, o que inclui a decisão sobre se deseja mudar seu estilo de vida com base em tal probabilidade diagnóstica³²⁰. Caso o médico dê um diagnóstico como certo quando possui mera suspeita, o consentimento dado para a intervenção subsequente é ineficaz e o procedimento é ilegal³²¹.

Contudo, o esclarecimento sobre o diagnóstico (e, nas palavras de Kraatz, de “toda a verdade cruel”) só é relevante na medida em que a informação for significativa para a decisão do paciente sobre uma intervenção para tratamento³²². Especificamente quanto ao consentimento para uma intervenção médica sob a perspectiva da lesão corporal, as informações sobre o diagnóstico devem ser completas e sinceras para que ele possa decidir autonomamente sobre se quer se submeter a ela ou não, já que saber do que padece é a base mínima necessária para essa tomada de decisão³²³. Todavia, essa informação somente terá relevância,

³¹⁵ FÜNDLING, Caroline. **Recht auf Wissen vs. Recht auf Nichtwissen in der Gendiagnostik**. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 220.

³¹⁶ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 240; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 204-205, Rn. 348.

³¹⁷ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 37-38.

³¹⁸ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 272.

³¹⁹ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 242.

³²⁰ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273.

³²¹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 204-205, Rn. 348.

³²² GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 242; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 49.

³²³ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 240.

sob esse contexto, quando houver a realização de uma terapia ou intervenção subsequente³²⁴.

Apesar de preferível, não se pode exigir – com pressuposto de um esclarecimento eficaz – que o médico aja de forma cuidadosa na revelação do diagnóstico, a menos que isso possa causar um mal efetivo ao paciente. O relevante é, mais uma vez, que o médico forneça todos os esclarecimentos necessários sobre os achados (por exemplo, além da identificação da doença, o que ela significa na vida do paciente; se eventual tumor é maligno ou benigno – o que afeta diretamente a decisão sobre se submeter a determinada intervenção; qual o grau de certeza do diagnóstico), tomando o paciente como sujeito maduro e responsável para a interpretação das informações, sem melindres que possam, de alguma forma, “borrar” sua visão sobre a realidade dos fatos. Em casos específicos, pode ser necessário que o diagnóstico seja apresentado por escrito³²⁵.

Nesse sentido, em princípio todo o diagnóstico deve ser esclarecido ao paciente, ainda que relativo a doenças fatais ou incuráveis³²⁶. Conforme estabelecido em decisão do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) de 1959, *o médico informará cautelosamente o paciente sobre seu próprio diagnóstico e não o privará da gravidade de sua doença*, de forma que somente *no caso específico em que o esclarecimento levaria a um dano grave e irrecuperável à saúde do paciente poderia ser justificado sua omissão*³²⁷. Isso porque, apesar das características dessas enfermidades, podem existir medidas e intervenções paliativas (como a submissão à quimioterapia), sobre as quais o paciente deve ser esclarecido, a fim de se salvaguardar sua liberdade de escolha³²⁸.

³²⁴ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 58; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 181.

³²⁵ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 297, Rn. 82. Ilustra-se, aqui, com a decisão do BVerfGE NJW 2005, 1103 (1104), no qual o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a obrigação de esclarecimento sobre diagnóstico para pacientes com surdez, quando as informações devem ser repassadas por escrito. Essa exigência deve, contudo, ser estendida a todos os tipos de esclarecimento.

³²⁶ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 200, Rn. 345.

³²⁷ BGHZ 29, 176.

³²⁸ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p.

A literatura costuma, ainda, fazer uma diferenciação quanto ao dever de esclarecimento médico nas situações que envolvam um diagnóstico fatal e irreversível: de um lado, há o *diagnóstico vinculado à terapia* e, de outro, o *diagnóstico isoladamente considerado*³²⁹. De acordo com essa divisão, o primeiro grupo de casos (*therapiebezogenen Diagnoseaufklärung*) abrange aquelas situações em que, apesar do diagnóstico ser fatal, há alguma (ou algumas) terapia (s) indicada para o paciente, ainda que de forma unicamente paliativa. Aqui, entendo que apesar da gravidade da doença, o esclarecimento médico sobre o diagnóstico deve seguir as mesmas orientações direcionadas às demais enfermidades: o esclarecimento deve ser completo para possibilitar uma decisão autodeterminada do paciente, excetuando-se os casos de contraindicação terapêutica (a serem analisados no item 3.2.5).

Há ainda aqueles que defendem uma atenuação no rigor do esclarecimento feito *à beira do leito*, porque, segundo essa visão, como salienta Cartensen, a *maioria dos pacientes não quer saber a verdade implacável* e, ao pedir esclarecimentos, *confia na máxima "mors certa, hora incerta"*³³⁰. Discordo, contudo, dessas opiniões. Não apenas pela questão de claramente afetar a autonomia do paciente, a qual, a meu ver, deve ser ainda mais protegida nesses casos mais difíceis. Parece-me que tal entendimento parte da premissa de que o ser humano não é dotado da capacidade de resiliência e, por isso, precisa ser iludido em seus momentos finais para não ter de enfrentar a verdade sobre sua própria vida. É da natureza humana que o paciente prefira, ao invés de um diagnóstico fatal, ouvir que está a salvo e que não deve ter maiores preocupações com sua saúde. Isso não significa – ao contrário do que defende Cartensen – que ao pedir esclarecimentos o doente queira, no seu íntimo, ser enganado. É somente por meio da *verdade* que ao paciente se abre um leque de outras possibilidades sobre sua própria saúde: de

58; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 200-201, Rn. 345.

³²⁹ ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 117-118; SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 282; também em SIQUEIRA, Flávia. **Gesundheitsschädigende Patientenaufklärung**. In: MedStra 3/2018, p. 155.

³³⁰ CARTENSEN, Gert. **Die Aufklärung des Krebskranken**. In: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. AMELUNG, Knut; BEULKE, Werner; LILIE, Hans; *et al* (Hrsg.). Heidelberg: C. F. Müller, 2005, p. 629.

buscar outras opiniões profissionais; de procurar por novas e pouco conhecidas terapias alternativas, inclusive não medicamente indicadas; de buscar apoio espiritual; e/ou, ainda, de resolver suas eventuais pendências de vida e ter o direito de enfrentar a morte.

Não se deve esquecer, ainda, que uma das possibilidades oferecidas ao paciente é a de exercer o seu direito de não saber (que aqui será tratado especificamente no item 3.2.4), o qual decerto não corresponde ao direito de ser enganado. Além disso, argumentos que tentam ponderar a autonomia, que tratam, por exemplo, a “ansiedade” e o “sofrimento” do paciente como algo superior à sua vontade livre, retomam uma ética paternalista segundo a qual o paciente – dada sua enfermidade – não tem condições de saber, de fato, aquilo que é melhor para ele. Embora, como afirma Ulsenheimer, esse seja um dilema médico por excelência³³¹, não o compreendo com relevância suficiente para interferir na validade do consentimento para o direito penal. Admitir essa visão seria relegar a autonomia a um plano inferior, incompatível com o entendimento proposto nesse estudo, de que a autonomia é um meta-princípio, portanto, imponderável por ser a própria balança que pondera. Por tais motivos, prefiro afastar, aqui, qualquer tipo de *privilegio terapêutico* para reduzir o conteúdo do esclarecimento devido ao paciente, de forma que, nesses casos em que o diagnóstico está envolvido com alguma terapia, o médico tem o dever de informar o paciente de maneira completa.

Ao segundo grupo de casos, identificado como *esclarecimento sobre o diagnóstico isoladamente considerado (isolierte Diagnoseaufklärung)*, pertencem as doenças incuráveis³³², às quais inexistente qualquer tipo de intervenção médica (cirúrgica) capaz de extirpá-la ou aliviar os seus sintomas³³³ (aqui, pode-se citar como exemplo a esclerose lateral amiotrófica). Apesar das considerações acima apresentadas quanto ao dever ético do médico de propiciar a *verdade* ao paciente – o que acredito também se aplicar nessa perspectiva –, concordo com o posicionamento de Siqueira de que, justamente por estar desvinculado de qualquer

³³¹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. *Arztstrafrecht in der Praxis*. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 202, Rn. 347.

³³² ROSSNER, Hans-Jürgen. *Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten*: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 118.

³³³ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 282-283.

intervenção posterior, o esclarecimento sobre diagnóstico é aqui jurídico-penalmente irrelevante, já que não serve à autodeterminação do paciente, na medida em que não há um consentimento a ser obtido do enfermo³³⁴.

Assim, quanto ao esclarecimento para o diagnóstico, a regra geral é que sejam fornecidas ao paciente todas as informações sobre a doença da qual ele está acometido, desde que exista uma intervenção subsequente a ser consentida pelo paciente. Isso inclui, ainda, informações sobre a ausência de certeza quanto ao próprio diagnóstico, que deverão ser levadas em conta pelo paciente em sua tomada de decisão. Dessa forma, no caso 5, ao omitir o verdadeiro motivo da intervenção para ocultar seu erro, o médico escondeu do paciente B os esclarecimentos devidos sobre o diagnóstico, na medida em que atribuiu à intervenção um problema diverso do efetivamente presente no corpo do paciente. Além disso, caso o paciente tivesse sabido que a intervenção tinha como finalidade eliminar um erro de procedimento do próprio médico, poderia ele ter optado por não se submeter à nova intervenção – ao menos não com o mesmo profissional –, ou ponderado sobre as consequências da broca em seu ombro (se para ele seria, de fato, melhor se submeter à outra intervenção ou se seria preferível permanecer com o objeto). Portanto, houve ofensa ao direito de autodeterminação do paciente. Em razão da falha no esclarecimento sobre o diagnóstico, o consentimento do paciente para a cirurgia foi ineficaz e a intervenção, consequentemente, ilegal³³⁵.

De igual modo, ocorreu erro de esclarecimento sobre diagnóstico no caso 6. Ao médico, dada a insegurança quanto aos achados, cabia informar ao paciente M que o tumor tanto poderia ser maligno quanto benigno. Frente aos riscos da intervenção, poderia o paciente decidir se arriscaria se submeter a uma cirurgia com o risco de paralisia quando havia a possibilidade de estar acometido de um tipo de câncer benigno, sem necessidade de operação. Ainda que a espera, em caso de um tumor maligno, fosse crucial para sua recuperação posterior, poderia o paciente ter optado por tentar novos métodos de confirmação do diagnóstico antes da exposição à cirurgia indicada especialmente para os casos funestos. Ao ser omitida tal informação do paciente, agindo o médico como se não houvesse dúvidas de que se

³³⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 283.

³³⁵ Essa foi a mesma conclusão do BGH, NSTZ 2004, 442.

tratasse de um câncer maligno, ocorreu uma falha de esclarecimento e, também neste caso, a intervenção foi ineficaz por falta de um consentimento válido.

3.1.2 Esclarecimento sobre o curso/evolução do tratamento

Como explica Glatz, enquanto o objetivo do esclarecimento do diagnóstico é informar ao paciente que e de qual doença ele padece, o dever de informação sobre o curso e a evolução do tratamento tem por finalidade explicar a ele a forma de combatê-la³³⁶. Não se trata, pois, de um esclarecimento ao paciente sobre a enfermidade em si (já informada no diagnóstico), mas sobre o tratamento proposto para curá-lo (ou ao menos melhorar sua condição de saúde) frente ao problema ao qual está exposto³³⁷. Cabe ao médico esclarecer sobre as vantagens e desvantagens do tratamento indicado para sua doença, afim de que o paciente, *como sujeito* – e não objeto – dos cuidados médicos, possa escolher livremente se aceita a intervenção ou não. Por isso, *a liberdade de escolha pessoal não deve ser limitada pelo que é necessário e sensato do ponto de vista médico*³³⁸ e as informações devem ser completas, desde que essenciais para orientar uma decisão autodeterminada. Compreendem-se, dentro dessa obrigação de esclarecimento, as informações sobre o tipo de tratamento indicado, a sua extensão, realização, a gravidade da intervenção e os efeitos (necessários e colaterais) dela decorrentes³³⁹.

³³⁶ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 243.

³³⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 286.

³³⁸ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 257, Rn. 20.

³³⁹ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 26; SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 33; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 205, Rn. 350; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 59.

3.1.2.1 Esclarecimento sobre tipo, gravidade, extensão, execução e efeitos decorrentes do tratamento

O propósito desse dever informacional é dar ao paciente uma ideia de como se dará a intervenção médica, de modo que ele possa consentir com ela autodeterminadamente³⁴⁰. Inicialmente, portanto, cabe ao profissional explicar sobre o *tipo* de tratamento específico para o caso em concreto, como, por exemplo, se determinada intervenção cirúrgica ou o uso de radiação (como no caso do tratamento de um câncer), qual sua especificidade (por exemplo, qual o tipo de radiação indicado), eventual necessidade de anestésias, além de esclarecer a agressividade do tratamento³⁴¹. Dentro desse contexto, é necessário, ainda, o esclarecimento sobre a gravidade e urgência da intervenção: a partir disso é que o paciente pode avaliar se há a possibilidade de procurar outros profissionais para uma segunda opinião ou se, para salvaguardar sua saúde, deve se submeter imediatamente ao tratamento³⁴².

Caso 7. A paciente P decidiu se submeter a uma abdominoplastia com lipoaspiração. Nos esclarecimentos prestados antes da intervenção, o médico H informou à paciente P que um anestesista X participaria da operação. Contudo, antes da cirurgia, ao perguntar à enfermeira onde estava o anestesista, a paciente P foi informada que não haveria um médico exclusivamente anestesista participando da intervenção, já que H, sozinho, seria o responsável por anestesiá-la e realizar a operação. Se soubesse que o médico faria a anestesia sozinho, a paciente P não teria consentido com a intervenção. Após a operação – precedida da anestesia realizada pelo médico H – P sofreu uma parada cardiorrespiratória e, dias depois, faleceu em razão de um amolecimento cerebral global³⁴³.

Caso 8. A paciente L passou por uma cirurgia de remoção total do útero. Antes da alta médica foram realizados exames em seu duto biliar, com base

³⁴⁰ GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 243.

³⁴¹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 256, Rn. 18.

³⁴² GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 243; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 40-41.

³⁴³ BGH NJW 2011, 2895, citado por KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 49.

nos quais os médicos encontraram um cisto. Em razão disso os médicos indicaram à paciente a realização de uma intervenção cirúrgica imediata, pois, caso contrário, poderia sofrer complicações com sério risco de morte. Por tal motivo, L consentiu com a operação, que foi realizada dias após. Contudo, em decorrência das queixas da paciente, uma nova cirurgia teve de ser realizada poucos meses depois. Por causa dos distúrbios dolorosos com os quais sofreu desde então, a paciente ajuizou ação cível contra os médicos. No processo, verificou-se, por meio dos relatórios de especialistas, que não havia perigo agudo para a vida da paciente com a não realização da cirurgia para a retirada do cisto – ao contrário do que afirmaram os seus médicos –, embora fosse de se esperar que complicações de tipo grave ocorressem se a intervenção não fosse realizada³⁴⁴.

Para que o paciente possa decidir de forma autodeterminada, exige-se ainda que o médico esclareça sobre a *extensão* da intervenção, ou seja, o que se espera como resultado ou o objetivo exato da operação: se para a cura total ou apenas a retirada de determinado tumor ou outra parte do corpo, capaz apenas de aliviar os sintomas³⁴⁵. Tal esclarecimento é importante porque por meio dele o paciente pode decidir se ele se submete à intervenção e arrisca a ocorrência de seus efeitos negativos mesmo nos casos em que uma cura não é o seu objetivo principal. Da mesma forma, quando o tratamento constituir a realização de intervenções cirúrgicas em etapas, é dever do médico esclarecer ao paciente ainda antes da primeira operação sobre todos os estágios do tratamento³⁴⁶.

Caso 9. Após a realização de um exame, a paciente N foi orientada por seu médico a se submeter a uma cirurgia para a retirada de um tumor (mioma) localizado no útero. N, então, consentiu com a operação de retirada do tumor. Porém, durante a intervenção, o médico verificou que o mioma estava profundamente preso ao útero (e não em sua superfície, conforme supunha), motivo pelo qual – já que era a única forma de extirpar o tumor – removeu todo o útero da paciente, sem o prévio consentimento de N para a ampliação da cirurgia. A possível necessidade de uma ampliação cirúrgica, entretanto, era de conhecimento do médico, que preferiu não informar à paciente sobre tal chance para não alarmá-la “mais do que o essencial”³⁴⁷.

Caso 10. A paciente F foi submetida a dois procedimentos de fertilização *in vitro*, sendo que o primeiro foi infrutífero e, como consequência do segundo, houve uma gravidez tubária. Diante dos riscos dessa gestação, F foi

³⁴⁴ Adaptação do caso cível julgado pelo BGH NJW 1990, 2928 (2929).

³⁴⁵ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 4.

³⁴⁶ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 12.

³⁴⁷ Trata-se do conhecido caso da jurisprudência alemã *Myom-Fall*, BGHSt, 11, 111 (112).

submetida a uma videolaparoscopia para a retirada da trompa contendo a gravidez, além de 02 miomas uterinos e da trompa sadia, a fim de que fosse efetivada uma nova tentativa de gestação, sem os riscos de outra gravidez tubária. A remoção da trompa saudável, apesar de ter como finalidade uma nova gravidez ectópica, não era emergencial. A paciente reclama não ter sido devidamente esclarecida sobre a remoção da trompa saudável, com a qual não consentiu³⁴⁸.

Também se exige que o médico esclareça sobre possíveis falhas no tratamento, aqui compreendidas não no sentido de uma má-prática médica (o que configuraria erro de tratamento), mas como probabilidades de insucesso em relação ao resultado almejado com a intervenção³⁴⁹. Busca-se, assim, evitar desde o princípio que o paciente se iluda sobre as chances de êxito – o que levaria a uma decisão viciada em termos de consentimento –, apresentando-lhe, também, o cenário que encontrará no caso de uma falha³⁵⁰. Não sendo claras as consequências, cabe ao médico informar ao paciente sobre possíveis opções de ação³⁵¹, incluindo a realização de nova cirurgia³⁵².

Igualmente se inclui aqui o dever médico de alertar o paciente sobre as consequências (*efeitos*) da intervenção³⁵³, sejam elas *necessárias* ou *colaterais*³⁵⁴, tais como cicatrizes, infertilidade, perda de membro por amputação, além da

³⁴⁸ Caso concreto julgado pela Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJSP, Apelação Cível n. 1017092-69.2017.8.26.0004, julgado em 04.09.2019.

³⁴⁹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 40; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 4.

³⁵⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 206, Rn. 350; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 39.

³⁵¹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 6.

³⁵² KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 49.

³⁵³ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 59; GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 243; SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 33; TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273; IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 38.

³⁵⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 286.

condição de saúde esperada no pós-operatório. Outro esclarecimento importante que influencia a decisão do paciente sobre a submissão ao tratamento é o desenvolvimento esperado de sua condição de saúde³⁵⁵. É essencial que as informações médicas também ilustrem a evolução do estado de saúde do paciente em caso de ele não aceitar se submeter ao tratamento proposto; um exemplo simples é recomendação médica de que a paciente se submeta a uma cesariana, mas que ela recusa por desejar, de todo o modo, ter um parto normal: cabe ao médico, nessa situação, explicar os problemas que são esperados pela recusa da cirurgia proposta³⁵⁶. Ciente dos riscos aos quais está exposto (com ou sem a intervenção), seja de sucesso ou de insucesso, o paciente pode decidir livremente se deseja anuir com a intervenção dentro de todas essas possibilidades.

Caso 11. O paciente D foi internado no hospital em razão de dores inexplicáveis na coxa direita. Para a exclusão da suspeita de um tumor, D foi submetido a uma retoscopia. Durante a intervenção diagnóstica, que foi realizada por um segundo médico, houve a perfuração do intestino grosso, o que fez com que o procedimento fosse interrompido. Após a confirmação da lesão por Raio-X, D foi imediatamente operado. No pós-operatório, ocorreram complicações. Dentre as reclamações do paciente estava a ocorrência de dor intensa durante o procedimento, sob o qual alegou não ter sido informado³⁵⁷.

Caso 12. A paciente C passou a ter verrugas em quatro lugares diferentes da mão esquerda. Após procurar um dermatologista e ser submetida a um procedimento com irradiação, as verrugas desapareceram. Tempos depois, contudo, C desenvolveu ulcerações nos locais irradiados, das quais decorreram cicatrizes, com o aumento da sensibilidade dos tecidos, o que comprometeu seu trabalho doméstico (passou a necessitar do uso de cremes e luvas de borracha). Dentre as reclamações da paciente está o fato de que o médico não a informou sobre os danos decorrentes da irradiação³⁵⁸.

³⁵⁵ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273; ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 60; MMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 26; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 58-59; LAUFS, Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 5.

³⁵⁶ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, 180-181, Rn. 275.

³⁵⁷ BGHZ 90, 96.

³⁵⁸ BGH NJW 1972, 335.

Assim como nas demais formas do esclarecimento para a autodeterminação, para que possa haver uma decisão autônoma se exige que o paciente seja informado sobre a intervenção em si e suas circunstâncias³⁵⁹. A autodeterminação do paciente, porém, limita a explicação na medida em que a informação afeta o seu bem jurídico integridade física³⁶⁰. Deve-se, portanto, esclarecer o paciente sobre o modo exato de como o procedimento será realizado – sempre de forma minuciosa e evitando generalizações –, desde e na medida em que a informação constitua a base para seu efetivo consentimento³⁶¹. Apenas munido de tais esclarecimentos é que o paciente pode, de fato, comparar as possibilidades e decidir de forma autodeterminada sobre o tratamento médico³⁶².

No caso 7 houve, então, falha no esclarecimento médico envolvendo o método de tratamento empregado, em específico, sobre a realização de anestesia pelo próprio médico responsável pela intervenção. Como resultado do engano causado pelo médico – de que um terceiro seria responsável pela anestesia (ainda que a paciente não tivesse se manifestado, como o fez, sobre a realização de anestesia pelo cirurgião sem o auxílio de terceiros) – e da ausência de informações efetivas sobre o tratamento empregado (realização de anestesia pelo médico cirurgião), o consentimento da paciente foi ineficaz, já que impediu a paciente de decidir livremente se queria ou não se submeter a uma anestesia feita pelo cirurgião. Assim, o médico é criminalmente responsável pela intervenção não consentida na integridade corporal de P.

De igual modo, a operação para a retirada de um cisto de que trata o caso 8 é penalmente desautorizada. Isso porque, dentre os deveres de esclarecimento sobre a *gravidade* da intervenção, cabe aos médicos esclarecerem ao paciente sobre a necessidade de realização iminente da cirurgia, explicando-lhe os motivos de tal urgência. O paciente deve ser informado quando não houver pressa na intervenção, porque somente assim ele pode decidir de forma autônoma se prefere consultar uma

³⁵⁹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 256, Rn. 18.

³⁶⁰ NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten**: Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen. *In*: MedStra, 06/2018, p. 336.

³⁶¹ NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten**: Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen. *In*: MedStra, 06/2018, p. 336.

³⁶² DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht**: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht. ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, Rn. 268.

segunda opinião ou mesmo buscar novos métodos de tratamento. Como, no caso em questão, os médicos indicaram a realização imediata da retirada do cisto por motivo de risco de morte, o qual se verificou ser inexistente (apesar da possibilidade da ocorrência de outros danos de natureza grave), o esclarecimento foi falho e pressionou a paciente a tomar uma decisão que, caso tivesse sido devidamente esclarecida, poderia ser diferente (não se submeter ao procedimento de imediato). Assim, os médicos são criminalmente responsáveis por uma intervenção não autorizada na integridade física da paciente.

Também no caso do mioma (caso 9) houve um erro de esclarecimento médico sobre o curso do tratamento, que nessa situação se refere à extensão cirúrgica. Para a paciente, no momento de consentir, a extensão da cirurgia se ater à retirada do tumor, conforme o esclarecimento médico que lhe fora fornecido antes da operação. Ao ampliar o escopo da cirurgia e retirar o útero da paciente, o profissional atuou fora dos limites legais da intervenção corporal que lhe foram concedidos pela paciente por meio de seu consentimento. Caso previamente informada da necessidade de retirada de seu útero, poderia a paciente ter decidido de outro modo (*deixar o tumor perigoso persistir em um órgão do seu corpo, em vez de aceitar a perda de todo o órgão para a remoção do tumor*³⁶³). Como decidido pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), embora uma decisão de não se submeter à operação pudesse parecer irracional ao médico, caberia a ele somente respeitá-la, porque a integridade física e o direito de decidir sobre a intervenção garantem ao paciente a tomada de decisão autodeterminada³⁶⁴. Além disso, *a remoção completa dos órgãos reprodutivos internos de uma mulher é uma medida que afeta tão profundamente sua integridade corporal que um médico não pode fazê-lo sem obter seu consentimento na medida do possível*³⁶⁵. Assim, o médico é penalmente responsável pela intromissão não consentida na integridade física da paciente.

O caso 10 é bastante semelhante ao caso 9. Portanto, as mesmas razões que justificam a responsabilidade penal do médico no caso antecedente aqui também incidem. Embora se trate de caso julgado na área cível, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestou pela ineficácia do consentimento da

³⁶³ BGHSt, 11, 111 (113).

³⁶⁴ BGHSt 11, 111 (113, 114).

³⁶⁵ BGHSt 11, 111 (114).

paciente, porquanto, apesar de autora ter tido ciência de que seria retirada uma de suas trompas em razão de gravidez tubária, *não sabia que também seria removida a outra, saudável, o que configura violação do dever de informação, um dos mais relevantes na relação médico-paciente*³⁶⁶. Naturalmente tais considerações devem se aplicar à análise penal de uma lesão na integridade física da paciente, na medida em que, ao deixar de esclarecê-la sobre a extensão da cirurgia compreendida na retirada da segunda trompa, o médico impediu que F pudesse decidir livremente sobre a intervenção e tomasse uma decisão autodeterminada sobre a retirada do tubo saudável, extirpando inclusive, a possibilidade de que a paciente viesse a engravidar naturalmente. Ainda que os motivos médicos pudessem explicar a atuação do profissional (evitar nova gravidez ectópica), ele agiu em desacordo com a vontade da paciente, motivo pelo qual a intervenção, também do ponto de vista penal, foi desautorizada.

A situação exposta no caso 11 trata do dever de esclarecimento médico sobre a execução, que inclui a necessidade de informar o paciente acerca de como se dará a intervenção. No caso concreto, conforme entendo corretamente afirmado pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), o esclarecimento sobre o procedimento foi insuficiente, na medida em que E não foi informado a respeito da possibilidade da ocorrência de uma dor considerável (mais do que desagradável) durante a intervenção³⁶⁷. De acordo com o tribunal, é importante para a tomada de decisão do paciente que ele saiba sobre as dores que deverá suportar com a realização do procedimento, sendo que o médico não pode recusar tal informação sob a escusa de que causaria algum estresse ou ansiedade ao enfermo³⁶⁸. Assim, como o paciente não foi informado de tal questão, seu consentimento não foi eficaz, *porque ele não estava ciente de todas as circunstâncias determinantes para sua tomada de decisão, de modo que foi negada sua autodeterminação sobre o próprio corpo*³⁶⁹.

Por fim, o caso 12 ilustra uma típica situação de falha no esclarecimento médico sobre os *efeitos colaterais* do tratamento. Em sua decisão, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) reafirmou que mesmo que adequada, a intervenção física constitui uma lesão corporal e somente pode ser autorizada

³⁶⁶ TJSP, Apelação Cível n. 1017092-69.2017.8.26.00004, p. 05.

³⁶⁷ BGHZ 90, 96 (99).

³⁶⁸ BGHZ 90, 96 (99).

³⁶⁹ BGHZ 90, 96 (99).

quando seguida do consentimento efetivo do paciente³⁷⁰. Para isso, cabia ao médico, na situação específica, informar ao paciente sobre a destruição cirúrgica do tecido e as consequentes cicatrizes permanentes³⁷¹. Ao não esclarecer à paciente sobre tais consequências colaterais da intervenção, o médico descumpriu o dever de informar e impossibilitou que a paciente tomasse uma decisão autodeterminada sobre o tratamento, o que incluía a possibilidade de buscar outros métodos ou esperar as verrugas sumirem com o tempo. Por tal motivo, o médico é responsável penalmente pela intervenção ilegal na integridade física da paciente.

3.1.2.2 Alternativas de tratamento tradicionais (*Behandlungsalternative*), novos métodos (*Neulandmethode*) e tratamentos experimentais (*Außenseitermethode*)

Não como uma espécie independente de esclarecimento médico, mas como parte variante essencial das informações sobre o curso e os riscos da intervenção, está a explicação sobre os métodos alternativos de tratamento³⁷². Esse dever de informar sobre as alternativas de tratamento existentes também serve ao exercício do direito de autodeterminação do paciente, sendo, portanto, um requisito para a legalidade da intervenção³⁷³. Assim, sempre que houver mais de uma alternativa disponível para tratar a enfermidade do paciente, todas as opções devem ser apresentadas, com suas vantagens e desvantagens³⁷⁴, pois somente com tais informações é que ele poderá decidir, de forma autônoma, qual das possibilidades *se adequa mais ao seu modo e projeto de vida*³⁷⁵.

O dever de esclarecimento sobre as opções de tratamento decorre do fato de que os métodos médicos normalmente não são isentos de riscos e encargos ao

³⁷⁰ BGH NJW 1972, 335 (336).

³⁷¹ BGH NJW 1972, 335 (336, 337).

³⁷² SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 33; TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273

³⁷³ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 27.

³⁷⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 284; BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 119.

³⁷⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 284.

paciente³⁷⁶. Desse modo, é imprescindível à decisão autônoma que o paciente possa ponderar sobre as várias terapias disponíveis, sopesando os riscos e também os benefícios inerentes a cada uma das intervenções que podem afetar seu bem jurídico integridade física³⁷⁷.

Porém, na contramão da salvaguarda à autodeterminação do paciente, há uma tendência de restringir tal obrigação médica de informar. De acordo com o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), cuja opinião é seguida por parte da literatura alemã, a escolha do tratamento médico é, inicialmente, uma questão apenas atinente ao profissional³⁷⁸. Segundo esse entendimento, o médico está desobrigado de informar sobre as alternativas de tratamento equivalentes quando sua escolha por uma delas for realizada dentro dos padrões médicos e daquilo que é clinicamente indicado³⁷⁹. A partir disso, caberia ao médico informar apenas as alternativas de tratamento nas quais há diferentes métodos igualmente indicados, mas que apresentem riscos e chances de sucesso diferentes³⁸⁰, ou quando o profissional optar por um método não tradicional de tratamento³⁸¹. Assim, o dever de esclarecimento ao paciente seria necessário somente nas situações em que o método alternativo apresentasse uma diferença de peso a ser suportado pelo paciente³⁸². Nessas circunstâncias, garantir-se-ia o direito do paciente de tomar sua própria decisão.

³⁷⁶ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 77.

³⁷⁷ Em sentido semelhante, SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 284.

³⁷⁸ Assim, BGHZ 106, 153 (1657); BGHZ 168, 103 (107); BGH NJW 1982, 2121 (2122); NJW 1988, 1514 (1515), todos citados por IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 49. Na literatura, ver KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 50; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 258, Rn. 21.

³⁷⁹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 258, Rn. 22.

³⁸⁰ BGH NJW 1982, 2121; NJW 1988, 763; NJW 1988, 765, citados por ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 60.

³⁸¹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 258, Rn. 21.

³⁸² GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 259, Rn. 23.

Para as vozes que defendem tal restrição, essa limitação não importaria uma ofensa à autodeterminação do paciente, porque a ele estaria resguardado o direito de decidir livremente em caso de uma *verdadeira possibilidade de escolha*³⁸³. Unicamente nessas situações em que há a possibilidade da ocorrência de resultados substancialmente diferentes é que caberia ao paciente, como sujeito do tratamento, sopesar os prós e os contras das alternativas existentes e, então, decidir se e qual o risco que prefere correr³⁸⁴.

No entanto, como bem salienta Puppe, essa limitação ao dever médico de esclarecer *torna o médico o guardião do paciente*³⁸⁵. Assim, há um retorno (ainda que de forma parcial) à ideia paternalista de que ao médico é conferido um direito originário de tratar e, portanto, cabe a ele decidir o melhor para o paciente de acordo com suas convicções, o que atinge frontalmente a garantia à autodeterminação do paciente. Além disso, essa situação concede ao médico – e não ao enfermo – o direito de sopesar as opções e decidir *qual sacrifício, quais ônus e quais riscos* o paciente deve enfrentar³⁸⁶. Esse tipo de construção, por isso, não se encaixa no modelo de proteção à autonomia do paciente que tem guiado as demais formas de esclarecimento aqui apresentadas. Ainda que da escolha do médico decorra uma intervenção bem sucedida, é significativamente diferente para o paciente *se ele foi forçado* a se submeter a um determinado procedimento em detrimento de outras possibilidades ou se decorreu de sua livre escolha³⁸⁷.

³⁸³ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 34; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 264, Rn. 29.

³⁸⁴ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 59; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 264, Rn. 29; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 228, Rn. 378 e p. 229, Rn. 379.

³⁸⁵ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

³⁸⁶ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

³⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

De mais a mais, a determinação de equivalência, novamente (assim como quando se generalizam as informações a serem apresentadas), parte de padrões definidos subjetivamente por terceiros. “*Quem decide se os métodos eram equivalentes, o médico ou o juiz?*”, pergunta Puppe³⁸⁸. Essa indagação reflete como esse tipo de limitação serve para autorizar a ocorrência de decisões arbitrárias, porque a equivalência, em cada caso, sempre será apresentada de acordo com a subjetividade de um outrem que não o paciente, seja ele o médico ou o juiz. Portanto, somente o paciente deve estar autorizado a decidir tal questão³⁸⁹, de modo que sua autonomia seja plenamente garantida. Nas certas palavras de Siqueira, não cabe ao médico *diminuir as opções de escolha do paciente, até porque uma “escolha” feita nesses termos não seria genuína, mas representaria apenas uma mera concordância com uma decisão tomada, na realidade, pelo próprio médico*³⁹⁰. Para Schelling, o médico estaria possibilitado apenas a decidir sobre detalhes técnicos, mas nunca sobre opções de tratamento. Destarte, essa *liberdade médica* deve ser entendida apenas na possibilidade de o profissional usar o método que preferir, *desde que* com a plena concordância do paciente (direito de escolha conferido ao profissional *pelo* enfermo), ciente de todas as demais alternativas de tratamento possíveis³⁹¹.

Por tais razões, para que haja o genuíno respeito à autodeterminação do paciente, todas as alternativas de tratamento – ainda que o médico entenda como equivalentes – devem ser explicadas ao paciente. Pequenos detalhes a princípio irrelevantes podem ter um grande peso na decisão do paciente em concreto, e qualquer escolha do enfermo, ainda que pareça não completamente racionalizável, deve ser acatada pelo médico³⁹².

³⁸⁸ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995.** In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

³⁸⁹ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995.** In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

³⁹⁰ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 285.

³⁹¹ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung.** Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 33

³⁹² PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom**

Caso 13. Em razão de uma fratura perto do punho direito, a paciente V foi submetida aos cuidados do médico M, que tratou sua lesão de acordo com um método conservador. A fratura foi cicatrizada de forma errada. Após a reclamação da paciente, o médico notou uma inclinação gradual, mas manteve o tratamento conservador, sem informar V sobre a possibilidade de uma nova redução ou operação da fratura³⁹³.

Para que o paciente possa sopesar os prós e os contras de cada uma das opções e decidir de forma autodeterminada, é necessária a explicação completa acerca das circunstâncias dos tratamentos disponíveis, inclusive quanto aos riscos relacionados a cada um deles³⁹⁴ (por isso que se diz que esse dever também se vincula ao esclarecimento sobre riscos). Além disso, cumpre ao médico especificar e comparar as medidas apresentadas, como, por exemplo, quais envolvem um tratamento conservador e quais são mais arriscadas³⁹⁵.

Especial relevância tem o esclarecimento sobre métodos alternativos de tratamento nos casos em que o diagnóstico não foi conclusivo e o resultado, embora incerto, seja provável. Isso é bastante comum de ocorrer nos casos de câncer, em que a identificação do tumor a ser combatido é pouco clara, o que faz com que existam alternativas de tratamento com formas e riscos bastante diversos³⁹⁶. Pode-se, dentro desse contexto, optar-se pela submissão imediata à cirurgia para a retirada do tumor (cuja especificidade ainda é desconhecida), submeter-se a sessões de quimioterapia ou continuar (sob pena do risco de espera) a realizar intervenções de cunho meramente diagnóstico.

Não são consideradas alternativas de tratamento as novas terapias em fase de estudo e ainda não suficientemente testadas³⁹⁷. Porém, novos métodos de

3.3.1994 und 29.6.1995. In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

³⁹³ BGH NJW 2005, 1718.

³⁹⁴ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht.** ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 264, Rn. 29.

³⁹⁵ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen.** In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 59.

³⁹⁶ DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht.** ed. 6ª. Heidelberg: Springer, 2008, p. 176, Rn, 269.

³⁹⁷ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht.** ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 259, Rn. 24; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 39.

tratamento (*Neulandmethoden*), que tenham emergido da fase de testes, mas ainda não sejam um padrão, devem ser informados ao paciente como uma alternativa real ao procedimento tradicional³⁹⁸. No momento da apresentação das alternativas, todavia, cabe ao médico explicar ao paciente que se trata de um novo método, além dos riscos advindos dessa condição (ausência de resultados a longo prazo capazes de demonstrar a eficácia do tratamento, os riscos e efeitos colaterais ainda desconhecidos, falta de prática do próprio profissional na execução desse método), ao mesmo tempo em que o profissional deve sinalizar os métodos tradicionais disponíveis³⁹⁹. Os riscos específicos do tratamento decorrentes de sua característica de novo método, especialmente relativos aos efeitos desconhecidos, precisam ser expostos e inequivocamente esclarecidos ao paciente, a fim de que ele possa decidir de forma consciente sobre se deseja se arriscar a essa alternativa *levando em conta os benefícios prometidos, por um lado, e os perigos incontrolláveis, por outro*⁴⁰⁰. Se o novo tratamento for rechaçado por críticas sérias na ciência, isso também deve ser esclarecido ao paciente, na medida em que pode influenciar a decisão sobre a escolha do método⁴⁰¹.

Caso 14. O paciente J, após anos de abuso do álcool, passou a apresentar riscos de cirrose hepática. Mesmo ciente de que o tratamento tradicional indicado era a realização de um transplante de fígado, J recusou a intervenção por não gostar da ideia de receber um órgão estranho, além de não querer esperar o tempo necessário até encontrar um doador. Em busca de métodos alternativos de tratamento, J descobriu a possibilidade de um novo método, consistente no transplante de células do fígado, no qual as células são removidas a partir do tecido das células do fígado do paciente, isoladas, cultivadas e aplicadas a uma biomatriz para em seguida serem implantadas no intestino delgado, a fim de que possa suportar a função do fígado. J, desesperado, consentiu com o tratamento “como sua última tábua de salvação” e ressaltou que ele “iria experimentá-lo, apesar da falta de valores de experiência”. O transplante foi realizado de acordo com a *lege artis*. Devido a complicações, J faleceu de falência múltipla de órgãos.

³⁹⁸ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 234, Rn. 381.

³⁹⁹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 258, Rn. 21; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 232-233, Rn. 381; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 43; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 51.

⁴⁰⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 234, Rn. 381.

⁴⁰¹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 233, Rn. 381; SCHNEIDER, Lena. **Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 174.

Segundo informações de familiares, ele não teria sido informado que o tratamento não era coberto pelo seguro de saúde⁴⁰².

Caso 15. O paciente R foi submetido ao tratamento de uma hérnia de disco por meio de um método não convencional com um cateter epidural Racz. Nesse tratamento, um coquetel de anestésico local, corticoide, enzima e solução salina foi injetado por meio de um cateter peridural no canal medular na área do segmento afetado por hérnia de disco. Em decorrência do tratamento, R teve complicações que lhe causaram um distúrbio na bexiga e no reto. Embora o médico tenha lhe informado sobre a possibilidade de ocorrência de tais resultados, não esclareceu a R que se tratava de um novo método de tratamento ainda em fase experimental⁴⁰³.

Essas considerações também se aplicam aos casos em que a alternativa não consiste em um método convencional, mas em uma opção de tratamento fora dos *standards* (ou seja, do padrão) médicos (*Außenseitermethode*). Aqui, é imprescindível que o médico informe previamente ao paciente sobre a utilização (ou possibilidade) de um método incomum e os riscos e consequências adicionais de tal circunstância. Isso porque a utilização de métodos não convencionais pode representar um *fator-chave* para a tomada de decisão do paciente, já que para muitos o uso de terapias não tradicionais está fora de questão⁴⁰⁴. Dessa forma a *omissão quanto à excepcionalidade dos tratamentos* invalida o consentimento, pois afeta diretamente a liberdade de decisão do paciente⁴⁰⁵.

Em ambas as situações, a literatura é abrangente quanto à necessidade de um *maior e mais minucioso* dever de esclarecimento em relação aos métodos tradicionais⁴⁰⁶. Deve-se entender, contudo, que essa exigência se refere às características próprias desses tipos de tratamento (riscos desconhecidos, ausência de comprovação científica, entre outros), pois em relação a todas as demais devem pairar as mesmas necessidades de um esclarecimento médico abrangente.

⁴⁰² Caso extraído da jurisprudência penal alemã, BGH NJW 2013, 1688 (1689).

⁴⁰³ BGHZ, 172, 254.

⁴⁰⁴ SCHNEIDER, Lena. **Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 176.

⁴⁰⁵ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 285.

⁴⁰⁶ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 36; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 271, Rn. 39.

Caso 16. Após uma colonoscopia, um paciente de 80 anos de idade foi diagnosticado com pólipos no intestino, os quais somente poderiam ser removidos por meio de uma cirurgia. Embora inicialmente contrário à intervenção, ele consentiu com a operação, pela qual houve a remoção de parte de seu intestino. A intervenção foi realizada de acordo com a *lege artis*. Dias após, houve uma inflamação da ferida cirúrgica, o que exigiu uma reoperação. Ao final da nova intervenção o médico cirurgião, baseado em sua experiência pessoal, inseriu uma tira embebida com suco de limão não esterilizado, obtido na cozinha do hospital, para suturar a ferida. O suco de limão foi usado nas trocas de curativo subsequentes. Em decorrência de complicações, o paciente faleceu por insuficiência cardiovascular séptica. Apesar de os riscos e a necessidade da intervenção terem sido esclarecidos ao paciente, em nenhum momento ele foi informado sobre o uso de suco de limão para o tratamento de feridas. A tolerabilidade ao suco de limão não é nem o padrão médico geral nem foi cientificamente estudada⁴⁰⁷.

Somente ao paciente cabe decidir sobre o rumo da sua doença (dentro de suas possibilidades de escolha). Portanto, mesmo nos casos de alternativas tradicionais e *a princípio* equivalentes, é dever do médico expor as opções ao paciente, a fim de que ele possa decidir autonomamente sobre o que fazer com sua saúde; afasta-se, aqui, a ideia de que a escolha do método de tratamento possa ser atribuída ao profissional. Da mesma forma, novos métodos de tratamento já experimentados devem ser apresentados ao paciente como uma alternativa real de tratamento. Ainda que o médico não realize a nova terapia – por ausência de conhecimentos e prática suficientes, por exemplo –, cumpre a ele expor a opção ao paciente para que, caso assim deseje, procure um profissional capaz de aplicar o tratamento proposto. Quanto aos métodos não convencionais, o dever de esclarecimento compreende informar o paciente sobre o uso, pelo profissional, de tal terapia incomum, a fim de que ele possa, eventualmente, optar por seguir com o tratamento conservador.

Quando tais informações forem omitidas do paciente, o dever de esclarecimento não terá sido cumprido por completo e, com isso, o consentimento se torna viciado, na medida em que tais informações são essenciais para que se possibilite uma tomada de decisão autodeterminada do paciente. Da mesma forma,

⁴⁰⁷ Caso extraído da jurisprudência criminal alemã, BGH NJW 2011, 1088. Também citado por KRAATZ, Erik. *Arztstrafrecht*. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 51 e WIDMAIER, Gunter. **Der Zitronensaft-Fall:** Zum Risikozusammenhang nach Aufklärungsmängeln bei der ärztlichen Heilbehandlung. In: SCHÜNEMANN, Bernd; JÄGER, Christian; *et al.* *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Göttingen: De Gruyter, 2011, p. 439-440.

o consentimento será ineficaz nos casos em que o médico erroneamente informar ao paciente que a terapia pretendida é a única possível⁴⁰⁸. Nessas situações, a ausência do consentimento eficaz torna punível a conduta dos profissionais pela intervenção não autorizada na integridade corporal do paciente.

No julgamento do primeiro caso (caso 13), o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) reconheceu que *também o esclarecimento sobre as diferentes opções de tratamento faz parte do direito à autodeterminação do paciente*, de forma que consiste em um *pré-requisito para um tratamento justificado*⁴⁰⁹. Em sua decisão, o tribunal declarou que embora o tratamento conservador não fosse uma alternativa falha, era apenas uma das várias maneiras de tratar a fratura, motivo pelo qual cabia ao médico informar à paciente sobre a possibilidade de realizar um tratamento cirúrgico, apesar de com ele estarem ligados outros riscos (no caso, doença de Sudeck)⁴¹⁰. O problema é que, como o médico deixou de esclarecer sobre as alternativas existentes e decidiu sozinho sobre o método a ser seguido, não foi dado à paciente a possibilidade de decidir autonomamente sobre quais os riscos preferia se submeter em relação à sua fratura (possibilidade de uma restrição funcional com a terapia conservadora e de síndrome de Sudeck, com a cirurgia alternativa). De mais a mais, não tendo o médico um direito originário de tratar, tampouco lhe é dado um direito originário de escolher o tratamento adequado sem consultar o paciente. Assim, a conduta do médico é punível como lesão corporal, porque o tratamento foi realizado sem o efetivo consentimento da paciente⁴¹¹.

Também no caso 14 discute-se a falha no dever de esclarecimento médico para a efetividade do consentimento do paciente. Da leitura da situação concreta, inexistem dados que demonstrem que o paciente não tenha sido devidamente informado sobre os riscos e circunstâncias que envolviam o novo método de

⁴⁰⁸ SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, p. 35. Da mesma forma PUPPE, quando critica a decisão do BGH que absolveu um médico que, desconhecendo as alternativas de tratamento, aconselhou equivocadamente uma cirurgia imediata; para o BGH, embora o médico tivesse falhado em seu dever de esclarecer, não foi comprovado que o paciente teria vivido mais se fossem utilizados os outros métodos de tratamento (BGH JR 1994, 514). PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 766.

⁴⁰⁹ BGH NJW 2005, 1718.

⁴¹⁰ BGH NJW 2005, 1718, 1719.

⁴¹¹ BGH NJW 2005, 1718, 1719.

tratamento. Ao contrário, documentos comprovaram que o paciente declarou que *“iria experimentá-lo, apesar da falta de valores de experiência”*, o que indica que o paciente teve ciência da falta de comprovação científica da terapia. Quanto à questão da cobertura do seguro de saúde, embora tal esteja compreendido no dever médico de esclarecimento financeiro (como tratado no *item 2.5.2*), não faz parte do dever de esclarecimento para a autodeterminação do paciente. Assim, conquanto possa constituir eventual falha de natureza cível, a ausência de informações adequadas sobre a cobertura do seguro de saúde não invalida o consentimento do paciente para a intervenção em sua integridade corporal. Dessa forma, a conduta do médico não é punível como lesão corporal.

O caso 15, assim como o anterior, também envolve a discussão sobre métodos cientificamente controversos de tratamento. Nele, o médico possibilitou ao paciente a escolha dessa nova terapia (ou seja, cumpriu o dever de apresentar as alternativas de tratamento), mas deixou de informá-lo que se tratava de um método novo e sem eficácia garantida⁴¹². Ao decidir sobre o caso o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), a meu ver de forma correta, entendeu que a grande diferença entre métodos tradicionais e experimentais está no fato de que, nesses últimos, *riscos e efeitos colaterais previamente desconhecidos podem ser esperados*⁴¹³. Por tal razão, quando da apresentação de tal possibilidade, exige-se que o médico, em respeito à autodeterminação do paciente, informe *que o procedimento planejado (ainda) não é de um padrão médico e sua eficácia é estatisticamente (ainda) insegura*, a fim de que o doente possa *avaliar se deseja assumir os riscos de um tratamento (possivelmente apenas relativamente indicado)*⁴¹⁴. Considerando-se que no caso concreto o médico deixou de informar que o método Racz se tratava à época de uma nova terapia em estado clínico-experimental, não houve a clara demonstração da relação de *custo-benefício* do tratamento, o que impossibilitou uma decisão autodeterminada do paciente e viciou o seu consentimento⁴¹⁵. Assim, a conduta do médico é punível por lesões corporais, ante a falta de um consentimento eficaz autorizador da intervenção.

⁴¹² BGHZ, 172, 254 (258).

⁴¹³ BGHZ, 172, 254 (258).

⁴¹⁴ BGHZ, 172, 254 (260).

⁴¹⁵ BGHZ, 172, 254 (261).

O caso 16 é um *leading-case* da jurisprudência alemã sobre a utilização de métodos não convencionais de tratamento. Aqui, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) reconheceu que o consentimento do paciente foi ineficaz, porque o médico deixou de informá-lo previamente sobre a utilização de suco de limão não esterilizado (método incomum) para suturar da ferida operatória⁴¹⁶. Apesar de ter devidamente esclarecido sobre os riscos de problemas na cicatrização da ferida operatória, o médico também deveria ter informado ao paciente sobre o uso de um procedimento não padrão – que sequer era a única alternativa existente na situação em específico – para o tratamento de tal distúrbio, o que não foi feito⁴¹⁷. Dessa forma, por vícios de esclarecimento, a conduta do médico é punível como lesão corporal.

3.1.3 Esclarecimento sobre os riscos

Por fim, a última parte da tríade do dever de esclarecimento para autodeterminação compreende as informações sobre os riscos associados ao tratamento. Diferentemente das consequências seguras (ainda que colaterais) da terapia, que fazem parte do dever de esclarecimento sobre o curso do tratamento, os riscos compreendem as *possíveis* falhas e danos à saúde do paciente decorrentes da intervenção⁴¹⁸. O principal objetivo, nesse tipo de esclarecimento, é orientar o paciente sobre os perigos adversos apresentados pelo tratamento, a fim de que ele possa, de acordo com seu estilo de vida e suas expectativas pessoais para o futuro, decidir se deseja correr tais riscos, ainda que eventualmente raros⁴¹⁹.

A grande questão, aqui, envolve a extensão na qual os riscos devem ser apresentados ao paciente⁴²⁰. Nesse sentido, embora a jurisprudência e a literatura tenham desenvolvido alguns critérios limitadores, tanto na área de responsabilidade

⁴¹⁶ NJW 2011, 1088 (1089).

⁴¹⁷ NJW 2011, 1088 (1089).

⁴¹⁸ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 273.

⁴¹⁹ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 53; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 59.

⁴²⁰ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 272, Rn. 41.

civil quando na penal, permanece em voga a questão sobre se devem ser estabelecidas barreiras ao dever de informar sobre os perigos da intervenção. Porém, antes de apresentar as regras sobre o dever de esclarecimento quanto aos riscos e de definir qual o critério que mais atende à autodeterminação do paciente, devem ser diferenciados os tipos de risco que podem fazer parte do dever de esclarecimento médico.

3.1.3.1 Tipos de riscos presentes nas intervenções médicas

Inicialmente, os *riscos gerais de todas as intervenções* são aqueles que, de forma ampla e frequente, estão associados a qualquer espécie de intervenção médica. Eles não decorrem de um tipo específico de tratamento, mas da prática cotidiana de intervenção em um sentido *lato sensu*. Podem ser citados, de forma ilustrativa, os perigos de infecção hospitalar, inflamação da ferida causada pelo corte cirúrgico, risco de sangramentos e eventual necessidade de transfusão de sangue, ocorrência de trombose ou embolia, complicações em geral, machucado decorrente de uma punção, entre outros⁴²¹. A princípio, doutrina e jurisprudência entendem que tais riscos seriam reconhecidos pelo leigo, de maneira que não precisariam fazer parte do dever de esclarecimento médico, a menos que o paciente demonstrasse acreditar que o procedimento fosse completamente inofensivo, o que criaria a obrigação do profissional de informar sobre tais riscos⁴²².

Dos primeiros, devem ser diferenciados os *riscos específicos da operação*, considerados todos aqueles que normalmente aderem à intervenção em concreto, sendo perigos típicos, direta ou indiretamente⁴²³. A tipicidade, nesse sentido, não

⁴²¹ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 277, Rn. 47.

⁴²² Assim, por exemplo, BGH NJW 1986, 780; BGH NJW 1898, 1533 (1534); BGHZ 116, 379 (382); BGHZ 1996, 188; todos citados por IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 45. Na literatura: TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 274; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 277, Rn. 47; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 215, Rn. 358.

⁴²³ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**. Baden-Baden:

decorre da frequência com que ocorrem, mas de sua peculiaridade em relação à determinada terapia⁴²⁴. Para esses casos, a jurisprudência alemã exige que todos os riscos típicos e que se mostrem graves ou que representem um peso na vida do paciente sejam esclarecidos, ainda que de ocorrência rara, como o risco de contágio de HIV em uma transfusão de sangue, a cegueira decorrente de uma operação etmoidal, o contágio de poliomielite pela vacina⁴²⁵.

Caso 17. Pouco mais de um mês após o parto, o recém-nascido R foi vacinado contra a poliomielite, mediante o consentimento dado por sua mãe. Não muito tempo depois, a mãe retornou ao médico com a criança por causa do aparecimento de uma erupção cutânea, oportunidade em que foi realizada nova vacina contra a poliomielite. Dias após, a criança apresentou febre e uma restrição na perna esquerda. Um exame subsequente revelou que a criança estava com poliomielite. Alega-se que a mãe da paciente não foi esclarecida sobre o risco de contágio da doença pela vacina⁴²⁶.

Caso 18. O paciente K, professor de esportes e técnico de handebol, foi submetido a uma intervenção cirúrgica. Como resultado da operação K sofreu, dentre outras lesões, de paralisia no pé. Desde então, não conseguiu mais ficar em pé e andar normalmente, como também não pôde mais praticar esportes. Na ficha de esclarecimento constava o risco de ocorrência de paralisia. O paciente alega, contudo, não ter sido informado pelo médico sobre o risco de uma paralisia *permanente*⁴²⁷.

Caso 19. D, após conversar com alguns nefrologistas, decidiu doar um rim à sua esposa, que sofria de lúpus eritematoso. As conversas prévias à doação foram realizadas nos termos de uma declaração escrita, recebida por D, sobre os riscos de uma doação de rim vivo. O rim foi retirado em agosto de 2010 e transferido para a esposa de D. Após a alta, D foi tratado em regime ambulatorial. A partir de 2011, D passou a notar uma diminuição significativa de suas funções renais, até ser diagnosticado com doença no rim. D alega não ter sido informado sobre os riscos da doação para sua saúde⁴²⁸.

Nomos, 2016, p. 44; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 273-274, Rn. 44.

⁴²⁴ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 22.

⁴²⁵ Respectivamente, BGHZ 116, 379; BGH, MDR 1994, 557; BGH NJW 2000, 1784. Todos citados por ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 213, Rn. 356. Ver também LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 31.

⁴²⁶ BGHZ 144, 1.

⁴²⁷ BGH NJW-RR 2017, 533.

⁴²⁸ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 – VI ZR 318/17 -, juris.

Dentre ambos os riscos, é possível diferenciar, ainda, os *riscos intra e pós-operatórios*. O primeiro se refere aos perigos que podem decorrer não como uma consequência direta, mas ligada à intervenção principal. Nesse sentido, por exemplo, a eventual chance de ser necessário que o paciente seja submetido a uma transfusão de sangue em caso de problemas na cirurgia e, como decorrência disso, seja preciso verificar com o paciente sobre sua disposição em aceitar o sangue de terceiros (aqui de especial importância para pacientes que tenham restrições religiosas a respeito, como testemunhas de Jeová)⁴²⁹. Por sua vez, riscos pós-operatórios devem ser entendidos, por exemplo, como os perigos de que sejam necessárias eventuais operações de acompanhamento já vislumbradas pelo médico antes da intervenção principal⁴³⁰.

Caso 20. A paciente T foi submetida a uma raquianestesia durante uma cirurgia de varizes. Após o procedimento, formaram-se derrames fluidos no crânio de T, diagnosticados como um higroma. A paciente alega não ter sido informada pelo médico sobre a possibilidade de ocorrência de tal dano. O hematoma era um risco típico de intervenção para a raquianestesia, embora não fosse um perigo discutido na área de especialização do anestesista⁴³¹.

Há, por fim, os chamados *riscos ainda não esclarecidos* de uma intervenção específica. Conforme tratado no item 3.1.2.2, tais perigos são aqueles normalmente relacionados a novos métodos de tratamento, que não podem ser descartados pelo corpo médico⁴³². Contudo, somente são passíveis de informação aqueles riscos que sejam minimamente conhecíveis à época da intervenção; riscos *desconhecidos*, por não serem discutidos pela ciência médica, não fazem parte do dever de esclarecimento médico⁴³³.

⁴²⁹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 46.

⁴³⁰ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 46.

⁴³¹ BGH NJW 2011, 375.

⁴³² GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht.** ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 276, Rn. 46.

⁴³³ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 31.

3.1.3.2 Limites ao dever de esclarecer sobre os riscos?

Uma das questões mais importantes e urgentes sobre o dever de esclarecimento médico está na extensão da obrigação de informar sobre os riscos. Até que ponto os perigos decorrentes da intervenção requerem uma explicação ao paciente?⁴³⁴. Ulsenheimer, amparado pela jurisprudência alemã, reconhece a existência de um limite naquilo que médico tem de informar: de acordo com essa opinião, cabe ao profissional informar o significado *geral da intervenção e dos riscos a ela associados*, porque não é o objetivo do dever de esclarecimento demonstrar todos os detalhes e possíveis consequências adversas do tratamento, de maneira que o paciente dê uma importância desproporcional aos perigos existentes⁴³⁵.

Laufs, Kern e Rehborn também aceitam essa posição. De acordo com os autores, conquanto se faça necessário que os riscos sejam esclarecidos, esse dever de informação é suficientemente cumprido quando se dá ao paciente uma noção geral dos perigos a que ele se expõe com a intervenção⁴³⁶, a qual lhe permita identificar as dificuldades existentes e a *tendência* de tais riscos⁴³⁷. Por outro lado, defendem que os riscos menos sérios devem sempre ser esclarecidos quando forem específicos ao procedimento, quando constituírem informações surpreendentes ao leigo, bem como nos casos em que a sua realização afetar seriamente a vida do paciente⁴³⁸. No Brasil, esse é o posicionamento seguido por Siqueira, para quem a relevância da informação tem por base *a gravidade do possível resultado, a especificidade do risco em face daquela intervenção e as peculiaridades do paciente*⁴³⁹.

Em uma linha bastante semelhante, Schöch sustenta que não é necessário que o médico esclareça ao paciente todas as consequências possíveis da

⁴³⁴ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 207, Rn. 351.

⁴³⁵ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 207, Rn. 351.

⁴³⁶ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 17.

⁴³⁷ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 16.

⁴³⁸ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 66, Rn. 16.

⁴³⁹ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 292.

intervenção⁴⁴⁰. Segundo o autor, o dever de esclarecimento sobre os riscos deve se limitar aos perigos normalmente associados ao tratamento, bem como aos riscos graves, independentemente de sua frequência⁴⁴¹. Assim, o que ele chama de *esclarecimento básico estendido* (“*erweiterte Grundaufklärung*”) sobre os riscos deve compreender os perigos estatisticamente mais frequentes, os riscos específicos da intervenção e aqueles que representem *os piores comprometimentos para a vida do paciente*, embora raros⁴⁴².

Kraatz defende que a extensão do esclarecimento seja definida de acordo com a situação concreta do paciente. Todavia, entende que os riscos gerais comuns às intervenções não precisam ser esclarecidos, sendo importante que o paciente seja informado sobre os riscos específicos. Assim, dentro de seu dever o médico precisa alertar o paciente sobre os riscos que possam sobrecarregar o seu estilo de vida, além daqueles que prevejam uma possibilidade de deterioração de sua saúde, caso ocorram. Nesse ponto, Kraatz afasta a necessidade de que os riscos sejam frequentes para que o médico deva esclarecê-los ao paciente, na medida em que o *paciente é responsável por decidir se aceita o risco (até baixo) da intervenção médica*⁴⁴³. Porém, o autor argumenta que os esclarecimentos devem ser exigíveis de acordo com a gravidade e o objetivo da intervenção: assim, quanto mais grave e mais medicamente indicada a operação for, menor o nível de informações exigido no caso concreto⁴⁴⁴. Sob essa ideia, em casos de risco de vida a quantidade de informações exigida para um consentimento eficaz é consideravelmente menor em relação a uma cirurgia plástica com fins puramente estéticos. Quanto a esses argumentos, analisá-los-ei mais detalhadamente nos itens 3.2.1 e 3.2.3.

Greiß e Greiner também adotam uma visão sobre o assunto com base no objetivo e na gravidade da intervenção. Segundo os autores, a extensão do esclarecimento depende, de um lado, do tratamento realizado e, de outro, do risco

⁴⁴⁰ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 59.

⁴⁴¹ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 60.

⁴⁴² SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomberg, 2010, p. 67.

⁴⁴³ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 53.

⁴⁴⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 53 e 54.

existente. Dessa forma, o nível de informações exigido deve considerar, inicialmente, *o peso da indicação médica*, ou seja, qual a urgência e a necessidade da intervenção⁴⁴⁵; além disso, precisam ser sopesadas a gravidade do risco para a vida do paciente em concreto, se o risco apresentado adere especificamente ao procedimento, bem como a densidade das complicações (frequência com que ocorrem)⁴⁴⁶. Essa densidade, contudo, tem de ser baseada na experiência médica geral e não puramente em estatísticas. O principal é que seja possibilitado ao paciente avaliar a relação de custo-benefício da intervenção⁴⁴⁷.

Immig procura restringir as obrigações de informação cíveis para adaptá-las ao cenário penal. De acordo com o autor, a existência de extensas informações nessa área decorre, muito provavelmente, do fato de tais requisitos sobre o esclarecimento de risco terem sido desenvolvidos pela jurisprudência civil *para compensar o paciente pela responsabilidade inexecutável do médico por erros de tratamento*⁴⁴⁸. Isso significa que a impossibilidade de comprovar eventuais erros médicos (mais difíceis de demonstrar) seria contrabalanceada com obrigações mais extensas de informação, em benefício do paciente. Para ele, tal questão faz com que se exija uma atenuação dos requisitos de esclarecimento sobre riscos para o consentimento do ponto de vista penal⁴⁴⁹.

Antes de definir os critérios para a definição do nível de esclarecimento suficiente para o direito penal, Immig critica o fundamento amparado na gravidade dos danos causados ao paciente em concreto. De forma acertada, o autor demonstra a impossibilidade de utilizar tal método, porque, conforme ele explica, *responder à questão de saber se a realização de um risco seria um fardo pesado pode variar de paciente para paciente, dependendo da constituição e estilo de vida muito diferentes*. Segundo ele, tais fardos não são calculáveis e não podem ser

⁴⁴⁵ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 272, Rn. 42.

⁴⁴⁶ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 272-273, Rn. 42.

⁴⁴⁷ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 273, Rn. 43.

⁴⁴⁸ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 185-186.

⁴⁴⁹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 186.

apresentados de uma forma geral, o que cria incertezas em sua aplicação no caso concreto⁴⁵⁰. Além disso, entende (nesse ponto, a meu ver, de forma equivocada) que questões sobre o *fardo* que o risco representa na vida do paciente em concreto, ainda que sejam importantes à autodeterminação, não guardam qualquer relação com o bem jurídico integridade física protegido pelo tipo penal de lesões corporais⁴⁵¹.

Assim, Immig propõe que o esclarecimento do risco seja baseado na *densidade das complicações*, já que representa um dado objetivo que é decisivo tanto para o médico quanto para o paciente na hora de decidir sobre a realização de determinada intervenção⁴⁵². Para o autor, riscos cuja probabilidade de ocorrência seja baixa devem ser sempre considerados supérfluos, porque podem causar frustrações desnecessárias e confusões ao paciente que recebe informações em excesso⁴⁵³. Nesse ponto, contudo, entendo que o autor parte de um pressuposto equivocado, na medida em que *um risco nunca é supérfluo quando ele se realiza no resultado*.

Acredito que uma restrição ao dever de esclarecimento sobre o risco – talvez o mais importante para o paciente quando decide se aceita se arriscar a uma intervenção – somente pode causar prejuízos à autodeterminação do paciente. Immig tenta não apenas aceitar as restrições decorrentes do direito civil, mas moldar o dever de esclarecimento de riscos dentro das ciências penais e da proteção ao bem jurídico integridade física. No entanto, parece-me que o autor ignora que o dever de informações sobre riscos é, sobretudo, uma forma de garantir que os pacientes possam decidir de maneira autônoma, não de resguardar a atividade médica (ao menos como objetivo principal). Como reconhecido no decorrer do presente estudo, a função mais importante do dever de esclarecimento é efetivar a

⁴⁵⁰ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 187.

⁴⁵¹ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 189.

⁴⁵² IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 187.

⁴⁵³ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 188.

autodeterminação do paciente, porque é ele quem concede ao médico o direito de tratar; qualquer tentativa de restrição que não tenha esse objetivo em primeiro lugar (como, por exemplo, nos casos em que se pretende a atenuação ou o conforto da atividade médica) não é legítima, porque busca satisfazer outros fins que não a liberdade do ser humano de governar a si mesmo.

Desse modo, concordo com Nestler que, como forma de possibilitar esse exercício de autodeterminação, o paciente deve ser informado pelo médico sobre todos os riscos potenciais que sejam relevantes à sua integridade física⁴⁵⁴. Contudo, enquanto Nestler reconhece uma limitação desse dever no conhecimento geral⁴⁵⁵, entendo que somente nos casos que impliquem uma atenuação do esclarecimento (conforme apresentarei no item 3.2 subsequente) é que se justifica a dispensabilidade de tal obrigação em sua forma completa: casos em que a *urgência* impossibilita a apresentação de um espectro amplo de informações; casos nos quais o paciente já está informado ou renuncia ao esclarecimento; e, por fim, em situações mais restritas, quando há séria contraindicação terapêutica. Isso porque embora os requisitos reconhecidamente relevantes para delimitar a extensão do dever de esclarecimento (*gravidade do risco, especificidade, frequência, relevância para o paciente em concreto*) tenham o mérito de tentar controlar a quantidade de informações aceitáveis para que o consentimento seja válido, acabam por generalizar o conteúdo dos esclarecimentos, abandonando a possibilidade de o paciente, na expressão de sua personalidade, tomar decisões a princípio irracionais, para cujas críticas (a fim de não sobrecarregar o leitor) remeto às considerações apresentadas no início do presente subtópico 3.1.

Ulsenheimer engrossa a censura à amplitude do dever de esclarecimento, alegando que *a prática mostra que inundar o paciente com informações sobre riscos não facilita sua tomada de decisão, mas a torna mais difícil e, portanto, quase neutraliza o objetivo do esclarecimento*⁴⁵⁶. Apesar de não estar claro a que dados concretos o autor se refere, não é demais lembrar que mais do que simplesmente

⁴⁵⁴ NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten:** Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen. *In: MedStra*, 06/2018, p. 336.

⁴⁵⁵ NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten:** Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen. *In: MedStra*, 06/2018, p. 337.

⁴⁵⁶ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 217, Rn. 360.

tomar uma decisão, o objetivo do esclarecimento é possibilitar ao paciente o exercício de sua autodeterminação (tomar uma decisão consciente e autônoma). Isso implica não apenas que ele *assuma para si* a responsabilidade sobre o que deve ser feito, como também os eventuais dissabores advindos da necessidade de uma tomada de decisão autorresponsável. Caso contrário, retomar-se-á a ideia de que o paciente não tem a maturidade suficiente para se encarregar de suas próprias decisões, de forma a precisar que algum agente paternalista atue em seu favor, deixando de lado a proteção à autonomia.

Por todas essas considerações, parto da ideia geral (que abarca todos os demais deveres de esclarecimento, conforme subtópico 3.1) de que o médico deve informar o paciente sobre todos os riscos previsíveis relacionados à intervenção e que possam afetar sua integridade física. Assim, passo à análise dos casos concretos apresentados: no caso 17⁴⁵⁷, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) entendeu que *conquanto não fosse completamente isenta de riscos, a vacina oral não confrontou os pais com decisões difíceis*, por se tratar de método rotineiro universalmente reconhecido e adotado pela população como meio para evitar a paralisia de crianças⁴⁵⁸. Mesmo assim, o tribunal reconheceu que também nesses casos o paciente *deve tomar uma decisão sobre se deve ou não assumir os riscos associados à vacina, o que precede o conhecimento desses perigos, mesmo que ocorram apenas muito raramente*⁴⁵⁹, porque representam (nesse caso, a paralisia infantil) um fardo na vida particular do paciente⁴⁶⁰. De fato, havendo riscos, devem eles ser esclarecidos ao paciente (ou, como na situação concreta, a seus representantes legais), a fim de que ele possa, de forma autodeterminada, decidir se submeter aos perigos apresentados pela intervenção. Por isso, independentemente do peso que o risco possa representar no modo de vida do paciente, todas as informações precisam ser repassadas ao paciente para sua ponderação. Não o sendo, o consentimento é ineficaz.

Da mesma forma, no caso 18, era dever do médico esclarecer ao paciente que a intervenção carregava consigo o risco de uma paralisia. Aqui, porém, as

⁴⁵⁷ Abstraindo-se os detalhes do caso em concreto, que envolvia o fornecimento de informações por meio de folhetos, BGHZ 144, 1 (2).

⁴⁵⁸ BGHZ 144, 1 (12).

⁴⁵⁹ BGHZ 144, 1 (6).

⁴⁶⁰ BGHZ 144, 1 (5).

informações do processo demonstraram que o paciente foi efetivamente informado desse risco. Conforme corretamente decidiu o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), *o risco de paralisia especificamente associado à intervenção também deve ser esclarecido de uma maneira compreensível para o paciente*⁴⁶¹. Por outro lado, inexistindo circunstâncias especiais que demonstrem que o paciente teve qualquer percepção errônea (como acreditar que se trataria apenas de uma paralisia temporária), *não há razão para acreditar que o termo "paralisia" não implique o risco de paralisia permanente e deva ser entendido como limitando apenas a paralisia temporária*⁴⁶². Assim, se não for perceptível ao médico, *ex ante*, que o paciente se engana quanto ao termo informado, não há razão para que o profissional especifique o tipo de paralisia ao qual o paciente está sujeito, especialmente pelo fato de que o próprio termo *paralisia* abrange a ideia de permanência. Nessa situação, a conduta do médico é impunível, por ter devidamente informado o paciente.

Outra falha no dever de esclarecimento sobre riscos se apresenta na situação 19. Esse caso trata da necessidade de se informar aos doadores vivos de órgãos os riscos aos quais expõem a própria saúde. Embora o acórdão recorrido do Tribunal de Recurso, que afastava a responsabilidade do médico em razão de um consentimento hipotético, tenha sido anulado pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH)⁴⁶³, ficou demonstrado que o paciente não foi devidamente esclarecido sobre a possibilidade de um posterior acometimento da síndrome de fadiga para que pudesse decidir, autodeterminadamente, sobre se aceitaria se submeter a tal risco para doar seu rim à sua esposa. Assim, de acordo com as informações apresentadas, a conduta do médico é punível pelas lesões corporais do doador.

Por fim, o caso 20 ilustra o dever de esclarecimento sobre riscos desconhecidos pela especialidade médica. Nesse caso, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) reconheceu que o desenvolvimento de um higroma como resultado da raquianestesia era um risco típico⁴⁶⁴. Porém, discutiu-se a responsabilidade do médico porque, apesar de o perigo ser conhecido pelas ciências médicas, não era discutido na área de especialização do anestesista. Nesse sentido, equivocou-se a meu ver o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH)

⁴⁶¹ BGH NJW-RR 2017, 533 (534).

⁴⁶² BGH NJW-RR 2017, 533 (534).

⁴⁶³ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 – VI ZR 318/17 -, juris, § 20.

⁴⁶⁴ BGH NJW 2011, 375, Rn. 9.

ao entender que o médico anestesista não tinha a obrigação de saber sobre tal perigo por não ser discutido em sua especialidade médica. Isso porque se o risco é reconhecível pelas ciências médicas como típico de determinado procedimento, cabe ao médico que irá realizar essa intervenção específica tomar o devido conhecimento de tal perigo, a fim de poder expô-lo ao paciente. O fato de o risco não fazer parte das discussões da especialidade médica – mas de outros ramos – perde importância no momento em que o profissional opta por realizar tal método de intervenção. Assim, a conduta do anestesista é punível pela lesão à integridade física do paciente não esclarecido.

3.1.4 Síntese parcial

Antes de entrar nas causas que atenuam o dever de esclarecimento médico, acredito ser importante sintetizar as conclusões que foram extraídas no tópico 3.1. para a continuidade da investigação aqui proposta. Inicialmente, proponho que esse dever médico seja despidido de qualquer tipo de generalização (como do esclarecimento geral ou baseado em um paciente razoável), porque, *i)* a autonomia, como expressão da personalidade do paciente, representa a singularidade do indivíduo que decide, sendo impossível criar um padrão que englobe todas as individualidades de cada ser humano; além disso, *ii)* toda a redução se baseia no padrão decisório de terceiros, que não o paciente (como médicos e juízes). Ambas as considerações são suficientes para demonstrar que esse tipo de redução nos esclarecimentos médicos só tem a prejudicar uma decisão autônoma do paciente, o que é inadmissível segundo a opinião que aqui defendo.

Em razão de tais ponderações, acredito que a regra geral de esclarecimento que melhor condiz tanto com o respeito à autonomia do paciente quanto com a proteção ao seu bem jurídico integridade física pode ser expressa do seguinte modo: *o profissional, para a obtenção do consentimento válido do paciente, deve esclarecê-lo sobre todos os detalhes atinentes à própria intervenção, sob o aspecto da integridade física em si mesma, que possam influenciar na tomada de decisão autônoma do paciente (ainda que essa pareça irracional do ponto de vista do médico) sobre a disposição da integridade de seu corpo.* Dentro dessa ideia, defendo que um consentimento válido para a intromissão na integridade física do

paciente precisa ser antecedido de todos os esclarecimentos médicos necessários para que o paciente possa, de forma autodeterminada, ponderar os prós e contras que envolvem a intervenção e, então, decidir se concede ao profissional a autorização para tratá-lo. Nesse contexto, exercem um papel fundamental as informações sobre diagnóstico, curso/evolução e riscos da intervenção, a fim de que se possa viabilizar o pleno exercício da autonomia do paciente.

O esclarecimento sobre o diagnóstico compreende a apresentação dos achados médicos e seu significado, é dizer, que e de qual a doença ou problema de saúde o paciente sofre. Essas informações, porém, referem-se unicamente ao estado atual de saúde do paciente, ou seja, *antes* da intervenção, incluindo-se o esclarecimento sobre o grau de certeza do diagnóstico. Para o direito penal, contudo, o esclarecimento sobre os achados médicos só possui importância quando houver uma intervenção subsequente, porque a mera omissão do dever informacional, sem que o paciente tenha com o que consentir – já que desvinculada de um tratamento posterior –, é jurídico-penalmente irrelevante.

Por sua vez, o esclarecimento sobre o curso/evolução do tratamento tem como objetivo explicar ao paciente a forma de combater a doença da qual ele sofre. Sob esse prisma, cumpre ao médico expor o tipo de tratamento proposto, juntamente com suas vantagens e desvantagens, além de explicar sua gravidade e urgência, extensão (se deverá ser realizada em etapas), o resultado esperado com a operação, as chances de êxito e a perspectiva de insucesso quanto ao resultado almejado, para o qual deverá apresentar as possibilidades de reação, bem como das consequências necessárias ou colaterais da intervenção. Esse dever de esclarecimento médico também alcança as alternativas de tratamento, ainda que equivalentes, as quais devem ser apresentadas com o mesmo grau de precisão que é exigido no tratamento tradicional. Cumpre ao médico especificar e comparar as medidas apresentadas, indicando quais delas envolvem um tratamento conservador e quais são mais arriscadas.

Também devem ser apresentados como uma alternativa real ao paciente os novos métodos de tratamento, já emergidos da fase de testes, embora, para esses casos, essa condição de novo método deva ficar clara ao paciente, junto dos riscos advindos dessa característica (ausência de resultados a longo prazo capazes de demonstrar a eficácia do tratamento, os riscos e efeitos colaterais ainda

desconhecidos, falta de prática do próprio profissional na execução desse método) e eventuais críticas sérias ao método feitas pela literatura científica. Quando se tratar do uso de um método não convencional, o médico precisa informar tal circunstância e seus riscos adicionais ao paciente. Por outro lado, não são consideradas alternativas de tratamento as novas terapias ainda em fase de estudo e não suficientemente testadas, de modo que essas não precisam ser apresentadas ao paciente como condição para a validade de seu consentimento.

Essa primeira parte do estudo explicita, ainda, quais as informações médicas que fazem parte do dever de esclarecimento sobre os riscos associados à intervenção. Diferentemente das consequências seguras, que se relacionam com o dever de esclarecimento sobre o curso do tratamento, os riscos são os possíveis perigos e danos causados pela intervenção. Dentro dessa subdivisão do dever de esclarecimento, cabe ao médico apresentar ao paciente todos os riscos gerais associados a qualquer espécie de intervenção, como também aqueles que sejam específicos à operação em concreto, tanto intra como pós-operatórios.

Atenta ao conteúdo e à extensão do dever de esclarecimento médico, parto da ideia de que o pleno exercício da autodeterminação do paciente somente está salvaguardado nos casos em que o médico repassar ao paciente todas as informações, dentro dos contextos apresentados, que sejam relevantes à intervenção em sua integridade física. Apesar disso, reconheço que algumas situações, como exceção a essa regra geral, impõem uma atenuação a esse dever médico e, por isso, proponho que tal abrandamento apenas se justifique nos casos em o paciente esteja impossibilitado de exercer sua plena autonomia ou, por outro lado, dispense autonomamente as informações. Todas essas exceções serão tratadas no item 3.2. a seguir.

3.2 Causas que atenuam a extensão e o conteúdo da obrigação médica de esclarecer

Qual o limite aceitável do dever de esclarecimento médico? Além das posições acima apresentadas, várias vozes na literatura, conforme sinaliza

Sternberg-Lieben, tentaram responder essa questão⁴⁶⁵. Para Swoboda, a intervenção realizada de acordo com a *lege artis*, sem observar o dever de esclarecimento médico, somente adquire relevância no direito penal quando o desrespeito ao direito à autodeterminação for considerado repreensível⁴⁶⁶. Para a identificação desse seu critério de reprovabilidade, a autora estabelece perguntas orientadoras: há alguma evidência de que o paciente teria passado por um conflito decisório, caso devidamente informado? Houve uma explicação básica ao paciente, a fim de que ele tenha sido capaz de compreender a extensão do procedimento como um todo? A intervenção era apenas trivial, de modo que o prejuízo pessoal ao paciente era bastante baixo? Por fim, se das ações do médico se pode compreender que ele não atuou por motivos egoístas⁴⁶⁷. Dessa forma, *somente com o julgamento de desaprovação é confirmada a ilegalidade*⁴⁶⁸.

Essa ideia de limitação baseada na existência de um *conflito de julgamento* também é defendida por Roxin⁴⁶⁹. Segundo o autor, o dever de informação capaz de influenciar na responsabilidade penal do médico deve ser baseado na *relevância jurídico-penal da obrigação de ser informado*. Isso se verificaria do seguinte modo: *se o paciente tiver sido confrontado com um conflito de tomada de decisão quando devidamente informado, a violação do dever de divulgação levaria à responsabilidade penal por danos pessoais*. Para Roxin, esse critério limitador evitaria a perda de importância do dever de informar e, principalmente, o desrespeito ao direito de autodeterminação do paciente, porque a autonomia somente poderia ser considerada em situações relevantes para a decisão⁴⁷⁰.

Em uma visão menos restritiva, Riedelmeier defende que uma limitação somente é admissível em caso de uma *renúncia estimulada* do paciente ao

⁴⁶⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 309.

⁴⁶⁶ SWOBODA, Sabine. **Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?** In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 1, 2013, p. 31.

⁴⁶⁷ SWOBODA, Sabine. **Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?** In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 1, 2013, p. 31-32.

⁴⁶⁸ SWOBODA, Sabine. **Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?** In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 1, 2013, p. 32.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. **Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?** In: MedStra, 03/2017, p. 135.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus. **Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?** In: MedStra, 03/2017, p. 136.

consentimento. De acordo com a autora, cabe ao médico informar o paciente acerca da existência de um grande leque de informações a serem prestadas, a fim de que o próprio doente, após recomendação do profissional, possa delegar ao médico a decisão sobre determinados riscos⁴⁷¹. Contudo, em razão de um potencial risco de conflito de interesses entre médico e paciente, tal renúncia exigiria critérios mais rigorosos do que se fosse decorrente e inicialmente indicada pelo paciente⁴⁷². Como condições especiais para uma renúncia estimulada, Riedelmeier exige que essa seja limitada a riscos raros ou levemente graves, sob circunstâncias em que não seja possível ao médico explicar todos os riscos em detalhes, seja em razão de sua multiplicidade ou urgência da intervenção. Ainda, cumpre ao médico não apenas informar o porquê de não detalhar todos os riscos, como também identificar os critérios utilizados para selecionar os perigos não esclarecidos, baseados *no grau de certeza da ocorrência do risco*, no *tipo* e na sua *gravidade* quando comparados com os benefícios do procedimento⁴⁷³. A autora também exige que o profissional leve em consideração os riscos que possam afetar o paciente em concreto, conhecidos a partir de uma conversa na qual o profissional indaga o paciente sobre as consequências que mais pesariam em sua vida⁴⁷⁴. Em todo o caso, ela entende ser inadmissível que o médico estimule uma renúncia a toda e qualquer explicação; nesses casos a renúncia e o consentimento, por consequência, são ineficazes⁴⁷⁵.

O próprio Sternberg-Lieben apresenta uma visão particular de delimitação do dever de esclarecimento. Para ele, o paciente só precisa ser informado *sobre o que acontece durante o procedimento com seu corpo (por exemplo, abrir o corpo por meio de cirurgia)*, o que também inclui os riscos diretamente associados à intervenção (como a lesão de vasos sanguíneos próximos), além das consequências

⁴⁷¹ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 117.

⁴⁷² RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 117-118.

⁴⁷³ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 118.

⁴⁷⁴ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 118-119.

⁴⁷⁵ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 118.

seguras da intervenção e os possíveis riscos⁴⁷⁶. Para o autor, estão fora do dever de esclarecimento (ou ao menos sua ausência não invalida o consentimento) os possíveis efeitos secundários tardios ou circunstâncias secundárias não prejudiciais (relacionadas à proteção do bem jurídico)⁴⁷⁷, além de informações devidas, mas não relacionadas ao corpo (como o esclarecimento econômico)⁴⁷⁸. De acordo com Sternberg-Lieben, nesses casos *a violação do direito de autodeterminação do paciente pode ser compensada pela lei civil, mas não constitui um caso de aplicação do crime de lesão corporal*⁴⁷⁹. No fim, o autor complementa seu primeiro filtro com os princípios de um esclarecimento básico estendido: só têm relevância para o direito penal os riscos estatisticamente mais frequentes e os perigos que representem as piores consequências possíveis para o paciente em concreto⁴⁸⁰.

Embora tenham partido de considerações próprias, tais autores não escapam dos problemas relacionados à inobservância da autonomia do paciente. Nesse sentido, Swoboda apresenta um grande mérito ao tentar restringir o esclarecimento com base no respeito à autodeterminação do paciente *em concreto*. Contudo, exceto quanto ao conflito decisório, os critérios de *reprovabilidade* baseados na existência de um esclarecimento geral e na baixa gravidade da intervenção não dizem nada em relação à proteção da autonomia do paciente em específico (ao contrário, criam restrições para ela). Além disso, embora claramente ligado à autodeterminação do paciente, o *conflito decisório* – adotado também por Roxin – não serve como critério para averiguar, em casos concretos, a sua ocorrência: a partir do momento que se aceita o consentimento como desapegado de qualquer racionalidade, torna-se impossível verificar, na situação real, se de fato houve um conflito de decisão, porque ainda a mais irracional resolução do paciente (que de forma alguma

⁴⁷⁶ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 309.

⁴⁷⁷ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 309-310.

⁴⁷⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 310.

⁴⁷⁹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 310.

⁴⁸⁰ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 311.

represente ao senso geral um conflito de decisão) pode decorrer de sua autodeterminação. Aproveito aqui as palavras de Ulsenheimer: o *direito à autodeterminação do paciente exige que o médico lhe dê a oportunidade de decidir sobre o procedimento e recusá-lo, se necessário, mesmo que tal decisão seja medicamente irracional*⁴⁸¹. Ainda sobre a proposta de Roxin, ela claramente se confunde com a adoção de um *consentimento hipotético* – embora o autor negue essa correlação. Aqui, informo ao leitor que críticas específicas a esse tipo de abordagem serão mais detalhadamente analisadas no item 4.1.

Riedelmeier, por sua vez, tenta limitar o consentimento por meio de um “salvo-conduto” médico dado pelo paciente, cujo pano de fundo representa nada menos do que a jurisprudência civil alemã dominante (já criticada no curso do presente estudo). Assim, apesar de a autora pretender respaldar sua limitação na autonomia do paciente, ela acaba recorrendo aos critérios restritivos já utilizados pela doutrina e jurisprudência, cuja única diferença é a obtenção de uma autorização formal do paciente para tanto. Além disso, a autora se afasta da autodeterminação do paciente quando estabelece seus critérios para uma *renúncia estimulada*: afinal, se o relevante é preservar a autonomia do paciente, como justificar ser possível uma renúncia apenas em casos menos graves? Não pode o paciente, de forma autônoma e também após indicação médica, renunciar aos riscos mais graves? E o que determina a gravidade dos riscos, a experiência geral ou o paciente em concreto? Essas são questões que demonstram a inadequação do método proposto.

Por fim, Sternberg-Lieben cria seu primeiro filtro a partir de um pressuposto correto, mas se equivoca ao limitar a relevância penal aos princípios de esclarecimento básico estendido. A ideia principal de que o esclarecimento deve se ater à importância que representa ao bem jurídico integridade física é de grande relevância também para esse estudo, na medida em que somente os esclarecimentos que se preocupem com a autodeterminação do paciente em relação à própria intervenção, no sentido da decisão sobre a integridade física, é que devem ser levados em conta para a análise do direito penal (não à toa que os esclarecimentos terapêuticos e financeiros são irrelevantes, ao menos do ponto de vista de uma lesão corporal, para o direito penal). Contudo, não vejo como danos

⁴⁸¹ ULSSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 223, Rn. 369.

tardios previsíveis ao tempo da intervenção, além daqueles mais raros, não possam ser considerados como referidos ao bem jurídico integridade física, como parece fazer crer o autor.

Por todas as razões expostas no decorrer do presente trabalho, a urgência da intervenção me parece o fundamento mais legítimo para restringir o dever de esclarecimento médico atento ao exercício da autodeterminação do paciente. No entanto, também são admissíveis exceções à regra geral (3.1) quando as informações não servirem ao esclarecimento para a decisão autodeterminada (paciente já informado); quando o paciente, autonomamente, optar por não ser informado; nos casos restritos de séria contraindicação terapêutica; e, por fim, quando o cumprimento do dever de esclarecimento for impossível: situações que envolvam um consentimento presumido.

3.2.1 Urgência e perigo na demora da intervenção

A regra geral é esclarecer o paciente sobre todas as questões necessárias à autodeterminação, que vão do diagnóstico ao curso, evolução e riscos do tratamento. Há situações, porém, nas quais a *urgência* da intervenção e os riscos da demora no início da terapia dão ao profissional um espaço de tempo tão curto que não é possível estabelecer uma (ou várias) conversa(s) para o esclarecimento. Nessas situações, o perigo iminente ao bem jurídico integridade corporal é o que autoriza uma limitação nas informações a serem prestadas pelo médico.

A ideia de que a urgência é um critério decisivo para determinar eventual restrição ao dever de esclarecimento não é nova e é geralmente aceita pela maioria da jurisprudência e literatura (embora determinem outros critérios em conjunto). Ulsenheimer, por exemplo, cita dentre seus critérios limitadores (juntamente com o objetivo e indicação da cirurgia) a urgência do procedimento. Como o autor bem explica, apoiado pela jurisprudência alemã, a *precisão e os detalhes da explicação são inversamente proporcionais à urgência do procedimento*. Assim, quanto mais inadiável e fundamental para a proteção da integridade física do paciente for uma

determinada intervenção médica, menores são as exigências em matéria de esclarecimento⁴⁸².

Também Kraatz vê uma dependência da extensão do dever de esclarecimento à urgência da intervenção. De acordo com ele, na medida em que não for necessário um procedimento de emergência, a quantidade de informações a serem prestadas pelo médico e o grau de exatidão são maiores⁴⁸³. Por esse raciocínio, naturalmente nos casos que demandarem uma intervenção imediata e houver risco de morte o dever de esclarecimento do médico vai se limitar à quantidade de tempo que ele tiver disponível para informar o paciente⁴⁸⁴. Sob essa mesma perspectiva, Greiß e Greiner estabelecem que *se um esclarecimento oportuno não puder ser dado e se a intervenção apresentar sérios riscos à vida do paciente*, ainda há o dever de informar, embora sob condições estritas⁴⁸⁵.

A justificativa para essa possibilidade de restrição está na inviabilidade de se repassar ao paciente todas as informações disponíveis que, dentro da regra geral, deveriam ser esclarecidas a ele. *Haverá situações em que se insistirá com o consentimento, mas não em informações completas*⁴⁸⁶. Esse argumento é bastante semelhante ao que possibilita o reconhecimento de um consentimento presumido: se não há possibilidade material de informar o paciente, também não é viável exigir do médico o cumprimento dessa obrigação – que, no fim das contas, não é sequer realizável. No caso de intervenções urgentes, a limitação ao dever de informar decorre da impossibilidade temporal de se esclarecer ao paciente todos os detalhes que, em outra situação de tempo hábil, seriam exigíveis.

Dentro dessa restrição, contudo, deve o médico atender a alguns padrões que possibilitem uma decisão autodeterminada do paciente. Nesse sentido,

⁴⁸² ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 218, Rn. 361.

⁴⁸³ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 53.

⁴⁸⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 54. Também SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 67.

⁴⁸⁵ GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 272, Rn. 41.

⁴⁸⁶ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116.

semelhante ao que sugere Riedelmeier⁴⁸⁷ (mas sob outra perspectiva), deve o médico, em primeiro lugar, esclarecer ao paciente que, devido à urgência da intervenção, não será possível esclarecê-lo de todas as circunstâncias que envolvem a intervenção e, por tal motivo, ele o conscientizará sobre i) os riscos e consequências mais graves, do ponto de vista da ciência e da experiência médica; e ii) os riscos mais frequentes, também sob a perspectiva do profissional. Isso porque, se não há tempo hábil em informar em detalhes o paciente, também não será possível analisar o seu perfil para selecionar as informações que seriam mais importantes de um ponto de vista do enfermo. A quantidade de informações dependerá, obviamente, do tempo disponível ao esclarecimento. Por fim e, impreterivelmente, deve o médico possibilitar que o paciente faça as perguntas que entender pertinentes ou sinalize pontos importantes, os quais escaparam ao médico (por serem bastante pessoais) mas que podem ser relevantes para o esclarecimento sobre outros riscos.

Nesse ponto, é importante lembrar que a urgência não se confunde com a *gravidade* da intervenção. Assim, nos casos de grandes intervenções e mais graves, certamente o dever de esclarecimento abrange uma maior quantidade de informações. Por sua vez, terapias menores e com menos riscos envolvem uma quantidade substancialmente mais baixa de esclarecimento. Não há, porém, justificativa relacionada à autodeterminação do paciente que torne a gravidade um critério exclusivo para a delimitação do conteúdo do esclarecimento médico⁴⁸⁸.

Se, por um lado, os casos de urgência atenuam o dever de informação do profissional, em contrapartida as situações que não demandem uma intervenção de emergência devem seguir a regra geral de esclarecimento amplo. É por isso que nos casos de cirurgias plásticas com fins puramente estéticos, onde não há qualquer urgência na intervenção, aceita-se amplamente um grande rigor no dever médico de informar para a obtenção do consentimento do paciente⁴⁸⁹. Diferentemente do que é

⁴⁸⁷ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 117.

⁴⁸⁸ Defendendo o contrário, sob o argumento de que a gravidade deve ser um critério para a medida da extensão do esclarecimento, SCHÖCH, Heinz. *Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen*. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 69.

⁴⁸⁹ NESTLER, Nina. *Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten: Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen*. In: *MedStra*, 06/2018, p. 331.

largamente defendido sobre o assunto⁴⁹⁰, mais uma vez aqui o que deve ser considerado para a delimitação do conteúdo do dever de esclarecimento não é o *objetivo* da intervenção, mas a urgência. Se for possível esclarecer de forma ampla ambos os pacientes, um que se submeterá a uma cirurgia para retirada de pedras nos rins e outra que fará um implante de silicone com fim puramente estético, por que deveria ser feita uma diferenciação no grau de informações entre os dois procedimentos, se o que conduz o dever de esclarecimento médico não é a promoção da saúde, mas a autonomia do paciente?

Dado que o dever de esclarecimento corresponde à obrigação de respeito à autodeterminação do paciente, as distintas naturezas da indicação da intervenção não podem, apenas por si mesmas, fundamentar diferentes intensidades de esclarecimento; somente nos casos de urgência é que um esclarecimento mais “básico” se justifica. O fato de o paciente estar doente não significa que ele sempre esteja de acordo em tolerar determinados riscos (há apenas uma tendência geral que indica que pacientes doentes querem ser curados mesmo que sob determinados perigos), nem que, justamente em decorrência disso, sua autodeterminação pode ser atenuada quando comparada a uma pessoa saudável que quer apenas ficar mais bonita. Alguns riscos podem ser considerados intoleráveis ao mais moribundo dos pacientes.

Tendo o médico o tempo necessário para informar ao paciente sobre todos os detalhes que possam amparar sua decisão autodeterminada quanto à anuência com a intervenção, não vislumbro o porquê de admitir uma limitação do conteúdo desse dever – a não ser a mera finalidade de desobrigar o profissional, a qual não reconheço como justificativa válida. É claro que altas exigências de esclarecimento carregam consigo alguns percalços: enquanto é dado um peso maior ao profissional, há o perigo de que pacientes abusem do direito de informação para angariarem – na área de responsabilidade civil – algumas indenizações decorrentes não da falha de esclarecimento, mas de provas de que ele foi efetivado. Também como

⁴⁹⁰ Assim, GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 279, Rn. 49; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 218-219, Rn. 362 e 363; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 69.

consequência, conforme destaca Puppe, *o risco de responsabilidade penal é muito maior, para o médico, por falta de esclarecimento do que por falta de tratamento*⁴⁹¹. Contudo, sob o entendimento da autonomia (da qual se extrai a autodeterminação do paciente) como um *meta-princípio*, obrigações profissionais e eventuais agruras relacionadas ao abuso de direito não podem se sobrepor ao dever médico de informar adequadamente o paciente e de permitir o pleno exercício de sua liberdade decisória sobre o próprio corpo.

3.2.2 Paciente já esclarecido

Uma causa de atenuação do dever de esclarecimento médico, que não afeta em absoluto o direito à autodeterminação, ocorre nos casos em que o paciente já está informado. Se esse dever serve para que o paciente não se submeta de forma ignorante a uma intervenção, a obrigação perde o sentido quando ele já tem ciência das circunstâncias que envolvem a cirurgia. É fora de razão punir a conduta de um profissional por lesões corporais decorrentes de um consentimento como se ineficaz fosse quando o paciente já sabia com o que estava anuindo e, portando, pôde exercer sua autodeterminação de forma plena, ainda que sem um esclarecimento do médico responsável.

Cabe ao médico averiguar se as circunstâncias indicam que o paciente já possui as informações necessárias⁴⁹² e, portanto, possam ser reduzidos os requisitos de esclarecimento no caso concreto⁴⁹³. Esse nível informacional prévio pode decorrer tanto do próprio conhecimento profissional (por exemplo, no caso de um paciente médico, especialmente quando tratado dentro de sua especialidade) quanto da sua experiência geral decorrente de um tratamento anterior (como no

⁴⁹¹ PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995.** In: Goldammer's Archiv für Strafrecht 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, 2003, p. 776.

⁴⁹² LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 7.

⁴⁹³ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen.** In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts.** Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 70.

caso de já ter sido submetido ao procedimento outras vezes, como o paciente que se submete a uma colonoscopia pela quarta vez)⁴⁹⁴.

Todavia, para que o dever de esclarecimento possa ser mitigado, é imprescindível que tal instrução prévia do paciente seja reconhecível e confirmada pelo médico. Isso possibilita que o profissional possa dar informações complementares eventualmente necessárias (como para um paciente médico de outra especialidade) e se assegurar que o conhecimento anterior do paciente esteja baseado na realidade médica, sem qualquer tipo de informação incorreta. *A mera informação do paciente não pode substituir o esclarecimento*⁴⁹⁵ (a menos que haja uma renúncia, como será tratado no próximo tópico).

3.2.3 Renúncia ao dever de esclarecimento

Uma restrição legítima ao dever de esclarecimento que decorre justamente do pleno exercício da autonomia do paciente é a *renúncia* às informações médicas⁴⁹⁶, seja de forma parcial ou abrangente. *O direito de autodeterminação do paciente também permite que ele dê ao médico de sua confiança mão livre para evitar se preocupar com os detalhes e riscos do procedimento*⁴⁹⁷. Conforme lembra Ulsenheimer, o objetivo do dever de esclarecimento médico surge como meio de defesa do paciente contra a determinação de terceiros, não do próprio paciente.

⁴⁹⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 55; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 6; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 72; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 286-287, Rn. 455.

⁴⁹⁵ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 70.

⁴⁹⁶ SEIFART, Carola. **Paradoxer Paternalismus?** Widerspricht ein Teilnahmeverzicht am *informed consent* dem Prinzip der Patientenautonomie? In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 373.

⁴⁹⁷ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 187. Assim, também, RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik**. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 100.; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 8. Todos amparados pela jurisprudência do BGH: NJW 1973, 556, citado por SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 71.

Assim, o dever de esclarecimento do profissional constitui, para o paciente, não uma obrigação, mas um direito, podendo dele abdicar⁴⁹⁸. Isso decorre do “direito de não saber”⁴⁹⁹, em especial exercido por aqueles que têm medo da intervenção e, por isso, evitam ter de lidar com ela, ou por ter uma devota confiança em seu médico⁵⁰⁰, motivos pelos quais concede ao médico o direito de tratar abdicando das informações.

Desse modo, o esclarecimento deixa de ser necessário quando o paciente usar seu direito de renúncia⁵⁰¹. A renúncia parcial ocorre quando o paciente dispensa apenas parte das informações (por exemplo, não quer ter ciência dos riscos mais remotos, embora graves) ou nos casos em que ele especifica critérios para que o médico, ao decidir, escolha de acordo com a própria vontade do paciente (se tiver de optar por salvar a vida ou amputar algum órgão, determina que seja feito de tudo para evitar sua morte)⁵⁰². Em tais casos, o paciente substitui o dever de esclarecimento por regras que devem ser obedecidas pelo médico para que seu consentimento seja válido. Há situações, todavia, nas quais o paciente transfere, por meio de uma decisão autodeterminada, todo o seu poder decisional ao médico; nesses casos, o médico está autorizado a agir conforme melhor lhe parecer, pois foi autorizado pelo paciente para tanto. Aqui, depois de respeitar em primeiro lugar a vontade autodeterminada do paciente, deve o profissional pautar suas escolhas pelos princípios médicos de beneficência e da não-maleficência.

Para ter validade esse direito precisa corresponder efetivamente a uma decisão autônoma do paciente e não decorrer da pressão médica, do sentimento de inferioridade frente ao profissional ou da urgência do procedimento (quando o paciente sinta que não tem tempo de decidir)⁵⁰³. Por isso, é importante que o médico deixe claro ao paciente que ele possui o direito à informação e explique a

⁴⁹⁸ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 193, Rn. 339; também BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

⁴⁹⁹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 287, Rn. 455.

⁵⁰⁰ RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik**. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 101.

⁵⁰¹ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 173.

⁵⁰² RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik**. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 101.

⁵⁰³ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 173.

importância do consentimento informado como representação de sua autonomia⁵⁰⁴. Por outro lado, a renúncia ao esclarecimento, assim como o consentimento, é livre e não exige formalidades (sendo preferível, todavia, por uma questão de prova, que o médico se resguarde e colete a renúncia do paciente por escrito)⁵⁰⁵.

Em uma tendência paternalista, alguns autores buscam restringir esse direito de não saber: para que a renúncia seja válida, cabe ao médico esclarecer, ao menos em termos gerais, sobre a intervenção, inadmitindo-se uma “renúncia em branco”⁵⁰⁶. Immig⁵⁰⁷, por exemplo, defende que o paciente *deve estar ciente da necessidade do procedimento e de seus riscos*, bem como que a renúncia seja limitada apenas à *quantidade previsível de tratamento*, enquanto para Kraatz⁵⁰⁸ ao menos o básico da intervenção deve ser esclarecido pelo médico. Para Laufs, Kern e Rehborn⁵⁰⁹, na linha semelhante de Ulsenheimer⁵¹⁰, a renúncia exige que o paciente esteja previamente ciente da necessidade da intervenção, de sua natureza e do fato de não ser totalmente isenta de riscos. Siqueira, por sua vez, acredita ser questionável uma *renúncia em branco*, porque em sua visão, baseada em Tag⁵¹¹, *um direito ilimitado de não saber seria nefasto, porquanto possibilitaria que o paciente se*

⁵⁰⁴ SEIFART, Carola. **Paradoxer Paternalismus?** Widerspricht ein Teilnahmeverzicht am *informed consent* dem Prinzip der Patientenautonomie? In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 374.

⁵⁰⁵ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen.** In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 71-72.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 31; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht.** ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 55; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 9; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 288, Rn. 457; TERBILLE, Michael; CLAUSEN, Tilman; SCHROEDER-PRINTZEN, Jörn. **Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht.** München: C. H. Beck, 2009, § 1, Rn. 551. De modo menos contundente, SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 303.

⁵⁰⁷ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht:** Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 31.

⁵⁰⁸ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht.** ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 55.

⁵⁰⁹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 9.

⁵¹⁰ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 288, Rn. 457.

⁵¹¹ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis.** Heidelberg: Springer, 2010, p. 362.

tornasse um mero objeto nas mãos de terceiros⁵¹². Outros⁵¹³ vão mais além e defendem que o direito de não saber pode ser restringido por *questões de ordem pública, interesse social* (embora essas justificativas se refiram mais ao esclarecimento terapêutico, que não faz parte da autodeterminação) e *para salvaguardar o interesse do próprio paciente* (aqui, obviamente, de sua saúde e não de sua autodeterminação).

Em estrita observância à autonomia, entendo que qualquer tipo de renúncia, como expressão da vontade do paciente, deve ser respeitada em seu máximo grau. A meu ver, exigir que o paciente deva ser esclarecido como pressuposto de sua renúncia, ainda que em linhas gerais, é incompatível com o seu direito de autodeterminação. Nas palavras de Dworkin, *se o paciente solicitou consciente e livremente ao médico que ele não fosse informado ou consultado sobre seu tratamento, procurar obter o consentimento informado seria uma violação da autonomia*⁵¹⁴. Assim, concordo com Riedelmeier quando defende que *nenhuma informação prévia deve ser necessária* à renúncia do paciente, pois somente assim é que *o direito de autodeterminação do paciente (e, em particular, o direito de não saber nada) pode ser totalmente levado em consideração*⁵¹⁵. Segundo entendo, desde que seja uma expressão da autonomia do paciente, *também se tornar um mero objeto nas mãos de terceiros é possível*, até porque depende de sua própria vontade sair de tal condição. Nesse sentido, não é demais destacar que a renúncia pode ser retirada a qualquer momento, a partir de quando o médico passa a ter o dever de esclarecer ao paciente, dentro da regra geral acima estabelecida.

Interferir na decisão de renúncia do paciente por tal decisão *ser tola ou imprudente* (como nos casos de renúncia total, por exemplo) só se justifica por meio de um paternalismo, o que é contrário ao respeito à autonomia⁵¹⁶. Por tais motivos, prefiro adotar o posicionamento de Riedelmeier, para a qual a única exigência da

⁵¹² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 303.

⁵¹³ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

⁵¹⁴ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

⁵¹⁵ RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik**. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 110.

⁵¹⁶ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

renúncia é que o paciente seja capaz de consentir (já que o esclarecimento, do qual a renúncia decorre, é justamente o conteúdo material do consentimento efetivo)⁵¹⁷. De forma excepcional, porém, caso o médico reconheça que a renúncia decorre não da livre autonomia do paciente, mas de uma ideia incorreta sobre a intervenção, cabe ao profissional dar *uma nota esclarecedora* ao enfermo. Para tanto, *o médico deve chamar a atenção do paciente para a gravidade do procedimento, sem, no entanto, especificar os perigos em mais detalhes*⁵¹⁸, porque, caso contrário, esse esclarecimento inicial impediria a consequente renúncia às informações⁵¹⁹.

3.2.4 Contraindicação terapêutica

O *privilégio terapêutico* é a exceção que mais infringe diretamente a autonomia do paciente e levanta o maior problema para justificar uma exceção, afirma Dworkin, a meu ver, com toda a razão⁵²⁰. Aqui, conforme alertam Beauchamp e Childress, não se trata de uma questão puramente legal, mas também moral saber se e em quais casos uma restrição do esclarecimento seria aceitável para beneficiar a saúde do paciente⁵²¹. É admissível, do ponto de vista da autonomia do paciente, que dele sejam omitidas informações, a fim de que se preserve sua saúde? Em caso positivo, quais os limites e condições dessa limitação?

Há privilégio terapêutico (que também pode ser chamado de *contraindicação terapêutica*) quando o médico chega à conclusão de que o esclarecimento do paciente, dadas as circunstâncias, é clinicamente contraindicado por motivos de beneficência⁵²². *Privilégio*, porque isenta o médico de sanção no caso de

⁵¹⁷ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 110.

⁵¹⁸ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 110.

⁵¹⁹ RIEDELMEIER, Sabine. *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Düsseldorf: Nomos, 2004, p. 110.

⁵²⁰ DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116.

⁵²¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 173.

⁵²² GLATZ, Christian. *Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 259.

descumprimento do dever de informar, e *terapêutico*, na medida em que seu objetivo é servir à saúde do paciente⁵²³.

Essa limitação, porém, traria consigo um claro conflito entre o bem-estar físico do paciente e o seu direito à autodeterminação: existiria uma tensão entre promover a saúde do paciente e não lhe causar danos com o pleno exercício do respeito à autonomia do paciente, o qual se dá por meio do fornecimento de informações abrangentes⁵²⁴. A princípio, essa questão soa como um dilema de promoção da autonomia *versus* promoção da saúde, o que, de acordo com o que defendo nesse estudo, sequer é possível, já que autonomia, por ser imponderável, localiza-se em um plano superior e diverso do bem-estar do paciente. Afinal, pelas razões já expostas ao longo do trabalho, admito que a *autonomia* do paciente deve ser entendida como um *meta-princípio*, do qual pode surgir o dever médico de cuidar, caso assim decidido pelo paciente, enquanto inexistente um direito médico de tratar originário.

Porém, não vislumbro que exista aqui esse suposto (e inconcebível) conflito entre promoção da autonomia e promoção da saúde do paciente. A meu ver, a diferença em relação a dilemas dessa espécie é que, na situação aqui descrita, *ao paciente não é dada a oportunidade de escolher sofrer ou não as eventuais consequências, decorrentes do esclarecimento, que lhe serão prejudiciais*. O paciente não pode, de forma prévia, colocar para funcionar sua balança da autonomia e sopesar os prós e os contras entre saber as suas reais condições e o malefício que sofrerá ao receber a informação, porque o próprio esclarecimento – que em um cenário normal seria utilizado para regular essa balança – provoca prejuízos intoleráveis à sua saúde que estão fora do seu âmbito de escolha. Assim, em tal situação, não é possível obter uma decisão do paciente sem provocar desde logo dano ao seu bem jurídico integridade física. O exercício da autonomia do paciente, no sentido de decidir se submeter ou não a tais consequências prejudiciais, é, portanto, inviável, pois a ocorrência de tais consequências prejudiciais, derivada do fornecimento, pelo médico, das informações sobre as reais

⁵²³ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 118.

⁵²⁴ IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 198-199.

circunstâncias, está fora da esfera de controle da vontade do paciente. É essa inviabilidade que autoriza, nesses casos extremos, que não se confundem com aqueles em que já existe uma renúncia prévia do paciente ao recebimento de informações, a admissão de uma contraindicação terapêutica.

Para Dworkin, admitir um privilégio terapêutico é aceitar uma forma de *paternalismo* na relação médico-paciente. Esse pode se dar, nesse contexto, de duas formas diferentes: ou há uma negação *fraca* da autonomia do paciente, ou há uma negação *forte*⁵²⁵. Na primeira situação (*fraca*), a negação seria aceita apenas quando necessária para preservar a própria autonomia do paciente, isto é, nos casos em que com o esclarecimento fosse esperado um possível dano considerável que resultaria em uma redução total ou parcial da capacidade do paciente de decidir autonomamente sobre a intervenção⁵²⁶. Portanto, a contraindicação terapêutica só poderia restringir as informações em casos excepcionais, nos quais, de alguma forma, fosse possível reduzir o valor do consentimento⁵²⁷. Por outro lado, na negação *forte* aceitar-se-ia de forma mais ampla o uso do privilégio terapêutico: seria aceitável que as informações fossem sonegadas do paciente sempre que a divulgação representasse uma ameaça de prejuízo ao paciente, físico ou emocional⁵²⁸. De todo o modo, além do sentimento de incerteza que aceitar tal privilégio – seja ele fraco ou forte – causaria à relação médico-paciente (poderia pensar o paciente: será que o médico está falando a verdade ou querendo me poupar?), isso certamente representaria uma perda para a autonomia⁵²⁹. *Buscar consentimento é uma expressão de respeito à autonomia, (...) deixar de buscá-lo, como no caso do privilégio terapêutico, é necessariamente um insulto à autonomia, embora motivado pela pura benevolência*⁵³⁰.

⁵²⁵ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 118.

⁵²⁶ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 118.

⁵²⁷ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 119.

⁵²⁸ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 119.

⁵²⁹ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 120.

⁵³⁰ DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 120.

Analizada sob esses argumentos, a restrição da informação ao paciente por motivos terapêuticos poderia ser considerada uma prevalência da promoção da saúde sobre a autodeterminação do paciente, a qual perderia o seu sentido, inclusive por não poder ser submetida a juízos de ponderação. Assim, tal primazia não poderia ser admitida, já que contrariaria as razões aqui apresentadas para sustentar o porquê de a autonomia ser tão cara ao paciente (e a todos os seres humanos). Ainda que fosse aceito um *paternalismo fraco*, ele não deixaria de ser uma forma de paternalismo.

Mas acredito que essa questão deve ser analisada de maneira diferente. Conforme o meu entendimento que expus acima, o que justifica a aceitação de uma contraindicação terapêutica e a consequente restrição ao dever médico de esclarecimento não é a promoção da saúde do paciente (porque isso seria retirar da autonomia sua característica de meta-princípio), mas o fato de que, de qualquer modo (informando o paciente ou não), a autonomia do paciente estará impossibilitada de ser exercida. Explico: se, por um lado, o paciente é privado de exercer a autodeterminação de decidir sobre a intervenção quando não é esclarecido de suas reais circunstâncias pelo médico, por outro, também não exerce autodeterminação em relação às consequências adversas *incontroláveis* que sofre ao receber o esclarecimento, na medida em que estão fora do âmbito de seu controle e sujeitar-se a elas não é uma situação por ele previamente escolhida. O paciente que está num estado no qual é relevante uma contraindicação terapêutica, depois de ser esclarecido pelo médico de suas reais circunstâncias, não pode escolher se sofrerá ou não as consequências negativas à sua saúde decorrentes da informação recebida; ele simplesmente as sofre. *E tal impossibilidade do paciente de optar por sofrer ou não as consequências negativas do esclarecimento* justifica a exceção.

Por isso, somente nos casos em que a revelação das informações possa causar, de forma certa (risco real⁵³¹) e, do ponto de vista médico, danos *sérios* (graves), *incontroláveis* e – aqui me valho da doutrina de Siqueira – *duradouros*⁵³² é que o médico está autorizado a omitir o esclarecimento (total o parcial) ao paciente.

⁵³¹ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 355.

⁵³² SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 303.

Aqui é importante ficar claro que somente em casos *extremos* pode ser admitida uma limitação ao dever de esclarecimento, já que toda revelação médica que não seja favorável representa, de uma forma ou de outra, algo desconfortável e – ao menos psicologicamente – possivelmente danoso ao paciente⁵³³. Nesse sentido, danos que podem ser controlados pelo médico – como uma ansiedade com o diagnóstico ou até mesmo o aprofundamento de uma depressão – não devem ser considerados suficientes a impossibilitar o esclarecimento do paciente, pois podem ser minimizados de forma significativa pelo profissional (por exemplo, mediante a prescrição de medicamentos). Também cabe ao médico dar preferência ao esclarecimento do paciente por meio das formas menos inseguras possíveis⁵³⁴, se necessário com o auxílio de outros profissionais, inclusive de psicólogos. Apenas nas situações em que nenhuma medida paliativa for capaz de evitar seguramente a ocorrência dos danos sérios e duradouros é que a omissão de informações pela contraindicação terapêutica se mostrará possível.

Assim, o que há aqui, de acordo com o que defendo, não é a prevalência de um direito à saúde sobre a autonomia, porque isso seria inadmissível, mas um conflito entre duas decisões contrárias à autodeterminação do paciente: nesse caso, é preciso dar preferência àquela que, ao menos, cause menores danos ao bem jurídico integridade física. Revelar a verdade, consciente da ocorrência de danos, significa causar (ou ao menos tentar causar) lesões ao paciente que por ele não foram consentidas, o que também é uma contrariedade à sua autonomia e uma violação ao dever geral de não agressão (além do dever médico de evitar danos⁵³⁵). Isso se dá pelo fato de que, por meio dessa conduta, o médico cria o risco real de uma lesão não consentida (e não controlável), de modo a também violar a autodeterminação do paciente, uma vez que a sujeição a tal risco não foi por este (o paciente) autorizada (nem ponderada sob o exercício de sua autonomia).

Por outro lado, é distinto o caso em que o paciente, previamente, autoriza o médico, de forma expressa, a contar-lhe a verdade independentemente dos efeitos que isso possa acarretar. Há, nessa hipótese, o devido consentimento do paciente

⁵³³ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 359.

⁵³⁴ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 55.

⁵³⁵ TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis**. Heidelberg: Springer, 2010, p. 359.

sobre as consequências negativas que o conhecimento da verdade pode provocar à sua saúde e, por isso, uma sonegação das informações não é legítima. Assim, por todas essas considerações, uma omissão de esclarecimento apenas deve ser autorizada, nos casos medicamente contraindicados, conforme os limites rígidos acima expostos. Nesse sentido, o art. 34 do Código de Ética Médica brasileiro, na parte em que estabelece que o médico está autorizado a deixar de esclarecer o paciente *quando a comunicação direta lhe possa provocar dano*, deve ser interpretado sob o enfoque aqui apresentado. Caso contrário, o não cumprimento do dever de esclarecimento poderá tornar o médico penalmente responsável pela intervenção realizada, dada a sua ilegalidade.

3.2.5 Consentimento presumido

O dever de esclarecimento médico também pode ser atenuado nos casos de um *consentimento presumido*⁵³⁶. Essa figura, embora não se trate de uma espécie de consentimento verdadeiro, surge quando a anuência para uma intervenção é exigível, mas o paciente, legalmente capaz de dar seu consentimento, está momentaneamente impossibilitado de declarar sua vontade⁵³⁷. Isso ocorre nos casos de emergência em que o paciente está inconsciente ou sem capacidade de julgamento (como, por exemplo, num coma reversível) e não há nenhum responsável para receber o esclarecimento e tomar a decisão em seu nome⁵³⁸. Um consentimento presumido só se justifica quando uma decisão real do paciente não

⁵³⁶ Em razão de o trabalho ser sobre o dever de esclarecimento e não sobre o consentimento em si, deixarei de analisar a questão referente à natureza dogmática do consentimento presumido, especialmente porque tal não exerce influência direta no dever médico de informar o paciente. Para uma visão detalhada, contudo, sugiro a leitura de REMENSAL, Javier de Vicente. **Die mutmaßliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung**. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2017, 164. Jahrgang, p. 689-698.

⁵³⁷ FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 65.

⁵³⁸ SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 74; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 289, Rn. 460; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 309, Rn. 102; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 153.

puder ser obtida ou aguardada⁵³⁹, porque não se pode aceitar uma indiferença à vontade do titular do bem jurídico quando sua obtenção for possível⁵⁴⁰; tal demonstra a característica de *subsidiariedade* do consentimento presumido⁵⁴¹. Dessa forma, seus pressupostos básicos podem ser apresentados como a *impossibilidade de se obter o consentimento do paciente e a ausência de um representante legal que possa decidir em seu lugar*⁵⁴². Nessas situações, há a impossibilidade material de que o dever de esclarecimento seja cumprido e, por isso, tal obrigação é dispensada. Mais uma vez, assim como no caso de uma contraindicação terapêutica, o pleno exercício da autonomia do paciente se encontra inviabilizado e é isso o que autoriza a atenuação ao dever de esclarecimento médico.

Um consentimento presumido somente será aceito nas situações em que aguardar o reestabelecimento do paciente, para que ele seja esclarecido e tome uma decisão autodeterminada, não é possível sem que haja um risco fatal ao paciente ou substancialmente grave à sua integridade física⁵⁴³. É essa urgência em preservar os interesses do paciente que autoriza o médico a intervir na integridade

⁵³⁹ ROXIN, Claus. **Über die mutmaßliche Einwilligung**. In: STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; *et alii* (Hrsg.). Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 1974, p. 461; ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 324; KUHLEN, Lothar. **Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung**. In: BRITZ, Guido; JUNG, Heike; KORITH, Heinz; *et alii* (Hrsg.). Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2001, 447.

⁵⁴⁰ ROXIN, Claus. **Über die mutmaßliche Einwilligung**. In: STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; *et alii* (Hrsg.). Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 1974, p. 461.

⁵⁴¹ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 153; FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 66.

⁵⁴² KUHLEN adiciona a essas duas uma nova condição: a necessidade de que seja justificado sob uma perspectiva *ex ante* que o paciente, se pudesse tomar uma decisão, daria seu consentimento à intervenção. KUHLEN, Lothar. **Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung**. In: BRITZ, Guido; JUNG, Heike; KORITH, Heinz; *et alii* (Hrsg.). Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2001, 447.

⁵⁴³ LAUFS, Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 3; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 68; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7ª. München: C. H. BECK, 2014, p. 310, Rn. 103.

corporal do enfermo sem que, com isso, ele atue de forma ilegal⁵⁴⁴. Caso seja possível ao médico adiar a intervenção sem causar sérios riscos ao paciente, não se estará diante de uma situação que exija um consentimento presumido e, portanto, deve-se aguardar até que o paciente possa exercer sua autodeterminação ou seja nomeado algum representante legal capaz de decidir em seu lugar⁵⁴⁵. *A presunção de consentimento como fundamento justificável só é possível se houver um risco significativo para a vida ou a saúde do paciente, na medida em que, caso contrário, o direito do paciente à autodeterminação estaria esvaziado, vez que as consequências emocionais e/ou físicas são efeitos inevitáveis de toda operação*⁵⁴⁶. Assim, nas palavras de Frisch, o consentimento presumido se limita às *circunstâncias em que não é possível aguardar a decisão da pessoa em causa, tendo em conta as consequências que de outra forma surgiriam*⁵⁴⁷.

Para que seja aceito um consentimento presumido, exige-se que as circunstâncias justifiquem uma suposição de que o paciente (ou seu representante legal) teria anuído com a intervenção, caso pudesse ter sido consultado e esclarecido em tempo útil⁵⁴⁸. Isso busca garantir que, mesmo nesse tipo de consentimento, a autodeterminação do paciente exerça um papel de primazia⁵⁴⁹. Assim, a vontade presumida deve representar os interesses subjetivos do paciente (ainda que irracionais)⁵⁵⁰: na determinação do desejo hipotético do enfermo, o médico deve levar em conta os *interesses, desejos, necessidades e valores individuais* do paciente⁵⁵¹. Para tanto, a literatura entende que o médico pode se

⁵⁴⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 313.

⁵⁴⁵ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 68.

⁵⁴⁶ BGHSt 45, 219, 223.

⁵⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 65.

⁵⁴⁸ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 154; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 66.

⁵⁴⁹ FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 65.

⁵⁵⁰ OTTO, Harro. **Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung**. In: *Juristische Ausbildung 2004*. Berlin: De Gruyter, 2004, p. 681-682; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 153.

⁵⁵¹ ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 326; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 155; SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.].

basear em conversas e comportamentos anteriores com e do paciente, nos quais ele tenha demonstrado uma opinião sobre a intervenção (por exemplo, o desejo de não receber sangue de terceiros)⁵⁵²; caso ele tenha se manifestado expressamente contra a terapia, o médico deve respeitar a sua vontade, ainda que contrária à vontade de seus parentes⁵⁵³. Não sendo possível presumir a vontade *subjetiva* do paciente e desde que inexistam circunstâncias que demonstrem uma decisão real oposta, deve o médico agir da forma que representar o medicamento mais indicado e o predominantemente considerado, a partir de critérios objetivos e a favor da vida (*in dubio pro vita*), assumindo-se que esse corresponderia ao desejo do paciente⁵⁵⁴.

Tais problemas também são comuns nas situações de *extensão cirúrgica*. Esses são os casos nos quais se verifica, após o início da operação, que o consentimento dado pelo paciente foi insuficiente, dada a necessidade de serem tomadas outras medidas para salvaguardar sua saúde. Aplicam-se, aqui, as regras acima expostas sobre o consentimento presumido⁵⁵⁵: cabe ao médico ponderar se é *possível e necessária uma interrupção da operação a serviço da vontade do paciente*⁵⁵⁶. Somente será permitido que o médico estenda a cirurgia com base em um consentimento presumido quando o risco à vida ou à saúde do paciente impedir que o profissional interrompa a intervenção sem causar graves danos ao enfermo, evitáveis apenas com a continuidade da operação, ou quando reduzir significativamente as chances de sucesso do procedimento⁵⁵⁷.

Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boonberg, 2010, p. 74; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 70.

⁵⁵² MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 155; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 70; ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 326.

⁵⁵³ FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). **Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts**. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 66.

⁵⁵⁴ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 156; FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). **Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts**. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 66; ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten**: Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 327.

⁵⁵⁵ KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 69.

⁵⁵⁶ LAUFS, Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 4.

⁵⁵⁷ MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 156-157; FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In:

Contudo, isso seria diferente se a extensão fosse previsível ao profissional antes da intervenção, pois *não é função do consentimento presumido corrigir erros de esclarecimento*⁵⁵⁸. Existindo a possibilidade de o médico obter o consentimento esclarecido do paciente, não haverá um consentimento presumido e sim uma falha no dever de esclarecimento, de modo que o profissional será responsável pelas lesões à integridade física do enfermo⁵⁵⁹.

O principal, nesse ponto, é demonstrar o motivo da atenuação de um dever de esclarecimento médico em razão do consentimento presumido. Se, por um lado, tal restrição se justifica pela impossibilidade material de esclarecer ao paciente (ou a quem compete consentir em seu lugar) e de se obter uma decisão autodeterminada, por outro ela se confirma na medida em que uma espera não se mostra plausível sem uma forte agressão à integridade física do paciente (e aqui retorno às considerações apresentadas para, em situações extremas, admitir uma limitação das informações em razão de uma contraindicação terapêutica). O médico deve fazer o máximo possível para aproximar uma vontade presumida da decisão real, a fim de que mesmo essas situações sejam orientadas pela autodeterminação do paciente.

3.3 Segundo balanço intermediário

1. O respeito à autonomia do paciente, do qual surge o direito médico de tratar, impõe o pleno conhecimento, pelo sujeito do tratamento, de todas as informações que circundam a intervenção e que afetem, de alguma maneira, seu bem jurídico integridade física. Para que o paciente possa decidir de forma autodeterminada entre liberdade de ação e saúde, é necessário que ele esteja

FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 68; LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5^a. München: C. H. Beck, 2019, § 68, Rn. 5.

⁵⁵⁸ SCHROTH, Ulrich. **Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab**: Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 41.

⁵⁵⁹ SCHROTH, Ulrich. **Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab**: Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. *Handbuch des Medizinstrafrechts*. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 41; MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, p. 156-157; GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7^a. München: C. H. BECK, 2014, p. 311, Rn. 104.

munido de todas as informações fundamentais para a “regulagem” de sua balança decisória: a autonomia.

2. Compreendem-se, dentro dos esclarecimentos médicos imprescindíveis a um consentimento eficaz, *todos os detalhes atinentes à própria intervenção, sob o aspecto da integridade física em si mesma, que possam influenciar na tomada de decisão autônoma do paciente (ainda que essa pareça irracional do ponto de vista do médico) sobre a disposição da integridade de seu corpo*. Esclarecimentos que garantem a autodeterminação do paciente são aqueles relativos ao i) diagnóstico e seu grau de confiabilidade (situação do paciente antes à intervenção); ii) ao curso e a evolução do tratamento (sobre como tratar a doença que lhe acomete, dentro dos quais está a explicação sobre os tipos e métodos de tratamento, vantagens e desvantagens, perspectivas de sucesso e consequências necessárias e colaterais; e aos riscos (possíveis resultados decorrentes tanto do tratamento de um modo geral, quando da intervenção em concreto).

3. Conquanto diversos autores e jurisprudência tenham tentado limitar, de algum modo, o dever de esclarecimento médico, as soluções propostas, de uma forma ou de outra, embora corretas em alguns pontos, acabaram por esbarrar em restrições que afetam o livre exercício da autodeterminação do paciente. Sob o prisma da autonomia como *meta-princípio* adotado e defendido nesse estudo, acredito que apenas algumas situações permitem uma atenuação do amplo dever médico de informação (previsto na regra geral exposta no item 2, que vai do diagnóstico ao curso, evolução e riscos do tratamento) sem ofender a autodeterminação do paciente: seja porque o paciente já está informado ou, autonomamente, não deseja esclarecido; seja porque a urgência da intervenção impossibilita o amplo ou até o mínimo esclarecimento ao paciente; por fim, nas situações em que há uma séria contraindicação terapêutica ou nas quais o cumprimento do dever de esclarecimento é impossível (casos de consentimento presumido).

4. A urgência autoriza o abrandamento do dever médico de esclarecer quando o risco iminente ao bem jurídico integridade física e a inexistência de tempo hábil para o repasse das informações impedirem que todos os esclarecimentos necessários sejam fornecidos ao paciente. Nessas situações, a impossibilidade temporal de informar o paciente em detalhes faz com que, consequentemente, não

seja exigível ao médico a explicação sobre todos os esclarecimentos abrangidos pela regra geral. Contudo, essa mitigação exige, para manter a garantia de uma decisão autônoma do paciente, que o profissional explique ao enfermo que a urgência o impede de esclarecê-lo acerca de todas as informações que circundam a intervenção, de modo que apresentará apenas *i)* os riscos e consequências mais graves, do ponto de vista da ciência e da experiência médica; e *ii)* os riscos mais frequentes, também sob a perspectiva do profissional; além de possibilitar que o paciente faça perguntas. Obviamente, a quantidade de informações dependerá do tempo disponível ao esclarecimento.

5. O nível do esclarecimento médico também pode ser diminuído ou até afastado, sem qualquer ofensa à autonomia do paciente, nos casos em que ele já esteja informado ou quando, de forma autodeterminada, renunciar às informações. Na primeira situação, o paciente já tem sua balança da autonomia regulada com todas as informações necessárias, de modo que a ele está assegurada uma tomada de decisão autorresponsável sobre se concede ao médico a autorização para tratá-lo; ao profissional é exigido apenas que se certifique da instrução prévia do paciente. Por outro lado, a renúncia faz parte do pleno exercício da autonomia do paciente: é ele quem, ciente da ausência de esclarecimentos, decide autodeterminadamente que prefere não ser informado, seja de forma parcial ou total, pelo médico. Nessas situações, deve o profissional respeitar a vontade do paciente e pautar suas próprias escolhas pelos princípios médicos de beneficência e da não-maleficência.

6. Reconheço, também, que o esclarecimento médico não seja exigido nos casos estritos de contraindicação terapêutica. São aqueles nos quais a revelação das informações causa ao paciente sérios danos, sem que ele possa consentir, previamente, com eles. O que autoriza a dispensa do esclarecimento, conforme defendo, é o fato de que inexiste nessa situação uma verdadeira liberdade de escolha, já que não é possível obter uma decisão autônoma do paciente sem violar o seu bem jurídico integridade física. O paciente não pode, de forma prévia, colocar para funcionar sua balança da autonomia e sopesar os prós e os contras entre receber as informações e sofrer o malefício causado pelo recebimento da informação, porque o próprio esclarecimento – que em um cenário normal seria utilizado para regular essa balança – é intolerantemente prejudicial à sua saúde. É essa inviabilidade de o paciente optar por sofrer ou não as consequências negativas

do esclarecimento, e não a supremacia da promoção da saúde do paciente, o que justifica, nesses casos extremos, a admissão de uma contraindicação terapêutica.

7. A última exceção que proponho à regra geral do dever médico de esclarecer definido no início desse capítulo compreende os casos em que, conquanto o consentimento seja exigível, o paciente está momentaneamente impossibilitado de receber as informações e declarar sua vontade. Inviabilizado o exercício imediato da autonomia do paciente, deve o médico atuar de acordo com o chamado consentimento presumido, o qual somente pode ocorrer nas situações em que não é possível aguardar o reestabelecimento do paciente sem um risco fatal ou substancialmente grave à sua integridade física. Aqui, também se exige do profissional que leve em consideração, sempre que possível, os interesses, desejos, necessidades e valores individuais do paciente, devendo fazer o máximo possível para se aproximar de uma vontade presumida do enfermo; quando essa vontade subjetiva não for presumível, deve o médico pautar sua atuação em favor da saúde e da vida do paciente (*in dubio pro vita*).

4 TRATAMENTO DOGMÁTICO E CONSEQUENCIAS LEGAIS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO MÉDICO

Conforme busquei demonstrar até aqui, inclusive na resolução dos casos apresentados ao longo do texto, o esclarecimento médico é pressuposto fundamental para a validade do consentimento. Assim, mesmo naqueles casos em que a intervenção médica é realizada de acordo com a *lege artis* e, a princípio, de forma “consentida”, haverá lesão corporal praticada pelo profissional sempre que houver uma falha na prestação de informações essenciais para a autodeterminação do paciente, porque o consentimento – que a autorizava – foi ineficaz (de acordo com o tratado no capítulo 3). Afinal, *o requisito do consentimento protege a liberdade do paciente de decidir sobre sua própria integridade física*⁵⁶⁰. O médico que atua sem o consentimento necessário *viola não apenas a autonomia, mas também a integridade corporal do paciente*, resultados pelos quais o profissional deve ser responsabilizado⁵⁶¹.

Essa visão, entendida por muitos como intoleravelmente abrangente, abriu espaço para que surgissem modelos alternativos de restrição à responsabilidade do profissional. Além dos limites ao dever de informar já analisados no *item 3.2*⁵⁶², alguns autores tentam justificar uma exclusão da responsabilidade criminal do médico pelo reconhecimento do chamado consentimento hipotético; outros procuram resolver a questão por meio dos denominados resultados fora do âmbito de proteção da norma. Há ainda quem defenda que o único modo de resolver tal problema seria por meio da criação de um novo tipo penal de “tratamento arbitrário”. Esses são os argumentos que analisarei antes de expor minha visão final sobre o assunto abordado no curso desse trabalho.

⁵⁶⁰ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 71, Rn. 2.

⁵⁶¹ LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 71, Rn. 2.

⁵⁶² Também SALIGER propõe uma restrição ao dever de esclarecimento médico no âmbito penal. Contudo, embora parta da ideia de uma limitação com base nas informações que forem relevantes ao paciente para decidir autonomamente, o autor acaba se rendendo às ideias gerais de esclarecimentos básicos já discutidas no capítulo 3. SALIGER, Frank. **Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht**. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 269-270.

4.1 Consentimento hipotético no direito penal

O consentimento hipotético é uma figura criada pelo direito civil para resolver as situações em que o paciente, apesar de não ter sido adequadamente informado, também teria consentido em caso de uma explicação eficaz⁵⁶³. Não se confunde com o consentimento presumido, porque esse só é admitido quando não for possível obter o consentimento real do paciente, enquanto que no consentimento hipotético o paciente poderia e deveria ter sido esclarecido para dar o seu efetivo consentimento, mas não o foi por exclusiva responsabilidade do médico⁵⁶⁴.

Inicialmente desenvolvido nas decisões do Tribunal do Império alemão⁵⁶⁵, o consentimento hipotético não teve a imediata aceitação da jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), dado o seu tom paternalista, que se expressava na ideia de como um *paciente razoável* teria agido no lugar do paciente em concreto se devidamente esclarecido, contrário, portanto, ao direito à autodeterminação do paciente⁵⁶⁶. Contudo, a grande quantidade de processos de responsabilidade civil surgidos sob a alegação de falta de esclarecimento, quando não se era possível comprovar um erro de tratamento, levou a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) a reagir por meio da admissão da figura do consentimento hipotético⁵⁶⁷, como forma de excluir a responsabilidade civil médica nessas situações. Ao profissional da medicina foi atribuído o ônus da prova quanto à objeção de que o paciente teria consentido com o procedimento se tivesse sido adequadamente informado⁵⁶⁸ e, em caso de contradição entre as alegações do

⁵⁶³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 300.

⁵⁶⁴ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 297-298, Rn. 476; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht.** ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 73.

⁵⁶⁵ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 67.

⁵⁶⁶ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 67-68.

⁵⁶⁷ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 68; ROSENAU, Henning Von. **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht.** In: BLOY, René; BÖSE, Martin; HILLENKAMP, Thomas; *et alii* (Hrsg.). Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2016, p. 683-684.

⁵⁶⁸ LAUFS, Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts.** ed. 5ª. München: C. H. Beck, 2019, § 71, Rn. 5; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung.** In:

médico e do paciente, era incumbência do paciente demonstrar que, caso devidamente esclarecido, teria enfrentado um *conflito genuíno* de decisão⁵⁶⁹.

No âmbito penal, a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) somente passou a admitir o consentimento hipotético no direito médico a partir do julgamento do caso *Surgibone-Dübel*⁵⁷⁰, no ano de 1995⁵⁷¹. Depois, foi usado como critério decisivo no julgamento dos casos do *Bandscheibenfall*⁵⁷², do *Liposuktionsfall*⁵⁷³ e de um *Neulandbehandlung*⁵⁷⁴⁵⁷⁵. Para essa jurisprudência, a análise de uma vontade hipotética deve sempre levar em conta a decisão do paciente em concreto⁵⁷⁶. Se não ficar comprovado que o paciente teria recusado o consentimento, deve-se absolver o médico com base no *in dubio pro reo*⁵⁷⁷. Quanto à classificação dogmática do consentimento hipotético, não claramente definida pela jurisprudência (embora seja presumível a sua aceitação como uma causa de justificação), seus adeptos se dividem em considerá-lo uma *causa excludente de tipicidade* ou uma *causa de justificação*. Para Kuhlen, por exemplo, o consentimento hipotético *exclui apenas a imputação objetiva do resultado, uma vez que a intervenção teria sido realizada mesmo que a pessoa em questão tivesse sido*

FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 300.

⁵⁶⁹ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 68; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 300.

⁵⁷⁰ BGH NStZ 1996, 34.

⁵⁷¹ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 70; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 300.

⁵⁷² BGH StV 2004, 376.

⁵⁷³ BGH StV 2008, 189.

⁵⁷⁴ BGH NJW 2013, 1688. Reproduzido aqui no caso 5.

⁵⁷⁵ Para detalhes do desenvolvimento da figura do consentimento hipotético na jurisprudência penal do BGH, ver BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 70-71; também sobre o assunto expõe, de forma um pouco menos detalhada, STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 301.

⁵⁷⁶ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 71; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 296, Rn. 473; KUHLEN, Lothar. **Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen.** In: Juristische Rundschau 2004, Berlin: De Gruyter Recht: 2004, p. 229

⁵⁷⁷ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 71; KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht.** ed. 2ª. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, Rn. 73; ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis.** ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 296, Rn. 472.

*devidamente informada*⁵⁷⁸. Já Beulke, por outro lado, defende se tratar de uma causa de justificação, porque, assim como nos casos de consentimento presumido, *a vontade potencial do detentor do bem jurídico é usada como fator legitimador no momento da ação*⁵⁷⁹.

O consentimento hipotético no direito penal, contudo, está longe de ser unanimidade na literatura. Para Puppe – opinião à qual me filio – esse tipo de análise não passa de *mera especulação*, incompatível com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana⁵⁸⁰. Trata-se de uma decisão fictícia baseada na avaliação do próprio juiz sobre a legalidade do comportamento médico. Nas palavras de Puppe, partindo desse pressuposto *tanto é verdadeira a afirmação que ele teria consentido com a intervenção, mesmo que tivesse sido devidamente informado, quanto a de que ele não haveria concordado, dada a impossibilidade de se identificar exatamente como o paciente teria se comportado*⁵⁸¹.

Tal situação ofende a autodeterminação do paciente. Como destaca Sternberg-Lieben, se a autonomia do enfermo sobre seu próprio corpo é protegida pelo consentimento esclarecido, uma decisão hipotética não poderia ser produzida *ex post*, especialmente se considerado que a avaliação de tal anuência é feita por juízes que, embora devam levar em conta o paciente em concreto, sempre vão ter em mente a situação exposta sob os olhos de sua própria noção de razoabilidade⁵⁸². Além disso, o autor explica que a implementação de uma ideia de plausibilidade –

⁵⁷⁸ KUHLEN, Lothar. **Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen**. In: Juristische Rundschau 2004, Berlin: De Gruyter Recht: 2004, p. 227.

⁵⁷⁹ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz**. In: MedStra 02/2015, p. 74.

⁵⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. **Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten**. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 6/2016, p. 367.

⁵⁸¹ PUPPE, Ingeborg. **Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten**. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 6/2016, p. 367; também STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung**. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 302.

⁵⁸² STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung**. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 303.

decorrente da jurisdição civil – acaba por *minar* a autonomia do paciente⁵⁸³, o que é verdade, pois a possibilidade de tomar decisões irracionais dificilmente seria enquadrada nesse critério, já que a razoabilidade da negativa sempre vai estar baseada em um paciente “sensato” ou “razoável”. A ideia do consentimento como expressão da personalidade é então abandonada, pois o livre exercício da autodeterminação permite que a negativa do paciente em se submeter ao tratamento possa ser dada pelas razões mais absurdas (já que o consentimento não pressupõe lógica ou sensatez). Dessa forma, o consentimento hipotético acaba substituindo o paciente concreto dotado de personalidade própria por um paciente criado pelo senso comum. Outros problemas também são apontados por Saliger, em especial a questão do uso do consentimento hipotético quando o paciente falece como resultado da intervenção indicada e realizada de acordo com a *lege artis*, situação na qual inexistem circunstâncias subjetivas – assim como a possibilidade de identificá-las – que demonstrem a vontade do paciente⁵⁸⁴.

Além disso, a transposição do consentimento hipotético de uma perspectiva civil (onde o ônus cabe ao médico) para a penal (onde o ônus é sempre da acusação) carrega consigo um problema de *prova*. Dentro de um procedimento realizado de acordo com a *lege artis*, sempre haverá a possibilidade de se ter dúvidas sobre se o paciente teria consentido em caso de informações adequadas⁵⁸⁵. Aqui vejo o consentimento hipotético como uma figura falha em qualquer uma das duas perspectivas (do médico ou do paciente) adotadas como ponto de partida. Se analisado sob a perspectiva do médico, sempre levará à absolvição do profissional, na medida em que, do ponto de vista do *in dubio pro reo*, nunca se poderá ter a certeza de que o paciente não teria consentido com a intervenção. Por outro lado, caso considerada a autodeterminação do paciente, o consentimento hipotético – em todos os casos no quais o paciente alegasse a recusa – necessariamente importaria

⁵⁸³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 304.

⁵⁸⁴ SALIGER, Frank. **Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 265.

⁵⁸⁵ RÖNNAU, Thomas. **Anmerkung zu BGH v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03.** In: Juristen Zeitung, 2004, p. 804; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 304-305.

na condenação do médico, porque *qualquer justificativa para negar o consentimento é relevante do ponto de vista da autodeterminação*.

Por todas essas razões, acredito que aceitar um consentimento hipotético no direito penal, especialmente na área da medicina, representa uma violação à autodeterminação do paciente. E o respeito à autonomia exerce um papel fundamental para a legitimidade da intervenção médica, como tenho defendido no decorrer de todo o presente estudo.

4.2 Resultados fora do âmbito de proteção da norma

Uma perspectiva diferente sobre as consequências do desrespeito ao dever de esclarecimento é apresentada por Ulsenheimer, baseada na jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH). De acordo com essa opinião, mesmo que haja um dever de esclarecimento *in concreto* não cumprido pelo médico, isso não conduz necessariamente à ilegalidade da intervenção: o essencial é verificar se o risco que precisaria ser esclarecido ao paciente é justamente aquele que se realizou no resultado⁵⁸⁶. Para Ulsenheimer, é injusto considerar que o médico deve ser responsável por todas as consequências advindas de uma intervenção sem o consentimento efetivo – o que ocorre em caso de falta de esclarecimento –, mesmo que tais não se realizem, o que demanda uma limitação da responsabilidade às situações nas quais não há um *nexo de imputação*, a partir da observância do âmbito de proteção da norma⁵⁸⁷.

Contudo, essa ideia de limitação exige, para possibilitar a exclusão da responsabilidade do médico, que sejam fornecidas ao menos as informações básicas ao paciente acerca do procedimento, incluindo a indicação dos maiores e mais graves riscos, mesmo de ocorrência rara, a fim de que o paciente possa ter, no mínimo, ideia da gravidade e do escopo da intervenção⁵⁸⁸. Cumprida essa exigência,

⁵⁸⁶ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 289, Rn. 461.

⁵⁸⁷ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 290, Rn. 463.

⁵⁸⁸ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 291, Rn. 463.

há exclusão de responsabilidade do médico em qualquer caso no qual o *risco específico do método de tratamento não tiver sido realizado*⁵⁸⁹.

A jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) tem estendido a exclusão da responsabilidade médica, sob a ótica da responsabilidade civil, mesmo nos casos em que um risco se materialize. Para que isso seja possível, é exigido que o risco concretizado seja justamente aquele sobre o qual o médico esclareceu o paciente, porque, nessas situações, o consentimento abrangeu o risco realizado, apesar de outros riscos não realizados não terem sido esclarecidos⁵⁹⁰. Assim, se o *paciente deu seu consentimento informado ao risco percebido, a consideração sobre se ele pode não concordar com outro risco é necessariamente especulativa e não pode ser a base da compensação*⁵⁹¹.

Ulsenheimer afirma que a jurisprudência civil relacionada ao fim de proteção da norma de cuidado pode ser resumida de tal maneira que a responsabilidade, em última instância, somente se dá se o *apelo à falta de esclarecimento constituir um abuso do dever de informar o paciente*⁵⁹². Para o autor, embora tais considerações sejam oriundas do direito civil, devem também ser aplicadas ao direito penal, com base numa má conduta subjetiva⁵⁹³. Conforme se verifica, não se trata verdadeiramente de uma limitação da responsabilidade médica no âmbito penal em relação ao direito civil. Em verdade, o autor pondera sobre a possibilidade de se estender uma restrição cível, originada da jurisprudência, também para os casos penais. De certo modo, o autor tem razão quanto à aplicação de regras atenuantes do direito civil na análise penal, porque seria sistematicamente incongruente haver uma responsabilidade penal (como *ultima ratio*) quando ausente a responsabilidade civil.

Contudo, o primeiro grande problema desse entendimento gira em torno do estabelecimento de requisitos que não têm sentido sob a perspectiva da ideia de

⁵⁸⁹ ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 291, Rn. 463.

⁵⁹⁰ BGH NJW 2001, 2798, citado por ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 292, Rn. 466.

⁵⁹¹ BGH NJW 2001, 2798, citado por ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 292, Rn. 466.

⁵⁹² BGH NJW 2001, 2798, citado por ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 292, Rn. 466.

⁵⁹³ BGH NJW 2001, 2798, citado por ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 292, Rn. 466.

proteção da norma. Isso porque conquanto o mérito dessa restrição seja excluir a responsabilidade penal (e também cível, no caso) porque o resultado não está compreendido dentro do fim de proteção da norma, ignora que, sob essa perspectiva, pouca diferença faz se forem graves ou não os riscos que não foram informados, desde que eles não se concretizem no resultado. Assim, para que a proposta apresentada fosse coerente, também um risco alto e grave que não tivesse sido esclarecido (como uma paraplegia), mas não se concretizasse (somente se materializasse um risco leve devidamente esclarecido), deveria afastar a responsabilidade do médico por não estar compreendido dentro do âmbito de proteção da norma. Quanto às críticas sobre “esclarecimentos básicos”, remeto o leitor às considerações apresentadas no capítulo 3.

Por outro lado, essa solução não é adequada do ponto de vista da autonomia do paciente. Isso porque tal solução permite que a responsabilidade do médico seja definida pela sorte de o resultado ocorrer ou não e ignora o fato de que o consentimento *ineficaz* não deixa de assim o ser em razão de o risco não ter se concretizado no resultado. O descumprimento do dever de esclarecimento permanece e o consentimento ainda é inválido. Além disso, permitir que haja responsabilidade apenas nos casos de efetiva lesão à integridade física do paciente significa relegar o exercício de sua autodeterminação a um segundo plano, o que não se coaduna com a natureza de *meta-princípio* da autonomia do paciente.

4.3 Introdução legislativa do tipo penal de “intervenção arbitrária”

As intensas discussões sobre os limites da responsabilidade penal do médico que viola o dever de esclarecer, na jurisprudência e na literatura, têm fomentado propostas de criação de um novo tipo penal autônomo de “intervenções arbitrárias”, que sirva para tutelar, de forma expressa, a autodeterminação do paciente⁵⁹⁴. Isso sob o argumento de que *caberia ao legislador resolver o problema do consentimento hipotético, não apenas no direito civil, mas também no âmbito penal*⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 363-364.

⁵⁹⁵ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz**. In: MedStra 02/2015, p. 74.

Para Siqueira, a criação de um novo tipo penal seria a melhor solução para resolver os problemas de consentimento no direito penal⁵⁹⁶. Ela alega que ainda que o crime de lesão corporal seja entendido como um delito contra a liberdade, *mais correto seria concebê-lo como um tipo especial de lesão corporal, haja vista a inafastável afetação da integridade física do paciente*⁵⁹⁷. Essa é a solução adotada, por exemplo, em países como Portugal⁵⁹⁸ e Áustria⁵⁹⁹, que contam com um tipo penal autônomo que tutela tanto a integridade física como a liberdade de dispor sobre o próprio corpo.

Embora pareça, a princípio, uma solução que evitaria parte das discussões sobre a responsabilidade médica em casos de ausência de esclarecimento, tenho minhas dúvidas se essa criação legislativa poderia solucionar os problemas enfrentados ao longo do presente estudo. Isso porque se a falta de esclarecimento invalida o consentimento autorizador de uma intervenção médica – que, a princípio, constitui uma lesão corporal –, não vislumbro como um consentimento inválido poderia adquirir eficácia a partir da mera criação de um novo tipo penal específico. Em outros termos: não é possível, por meio da simples edição de um tipo penal, transformar um consentimento ineficaz em eficaz. E como, mesmo com esse novo tipo penal, o consentimento permaneceria ineficaz (porque não esclarecido), manter-se-iam inalterados todos os problemas aqui já discutidos, porque ainda se estaria diante de uma intervenção médica realizada sem autorização do paciente e, assim, de uma lesão corporal (portanto, nesse sentido, a previsão de um novo tipo penal específico seria inútil, já que apenas transportaria a responsabilidade do delito de lesões corporais para esse novo tipo de intervenção arbitrária). Por outro lado, caso se tratasse de um tipo penal no qual o legislador, ao criminalizar a conduta irregular do médico que deixou de esclarecer ao paciente sobre as circunstâncias da intervenção, também concedesse *eficácia* a um consentimento de fato ineficaz, com o intuito de afastar a responsabilidade do médico quanto à lesão corporal, tratar-se-

⁵⁹⁶ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 367.

⁵⁹⁷ SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 363-364.

⁵⁹⁸ Art. 156 do Código Penal português. ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrário, confidencialidade e segredo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 68-69.

⁵⁹⁹ Art. 110 do Código Penal austríaco (§ 110 öStGB). BRUCKMÜLLER, Karin; SCHUMANN, Stefan. **Die Heilbehandlung im österreichischen Strafrecht**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 820.

ia de uma norma ilegítima por afrontar a autonomia do paciente, único meta-valor do qual se pode legitimamente extrair a autorização concedida ao médico para tratar.

4.4 Posicionamento próprio

Por todas as críticas até aqui apresentadas, não vejo como mudar o entendimento de que somente em situações específicas (elencadas no *item 3.2*) é aceitável uma atenuação da responsabilidade médica de informar. Em todos os outros casos, a omissão do dever de esclarecimento constitui uma ofensa penalmente punível. Concordo com o ponto de partida de Saliger (embora não com suas conclusões finais), que defende a limitação do dever de esclarecimento no direito penal a partir da violação relevante do dever de esclarecimento no direito civil⁶⁰⁰.

Contudo, também reconheço como verdadeira a afirmação de Beulke, para o qual entender que nem toda violação civil de informar deve levar à ineficácia do consentimento do paciente é *colocar areia nos olhos de quem quer sair do dilema*⁶⁰¹. Isso porque *só há um consentimento*, que abrange as áreas civil e penal. Não há como dividi-lo em consentimento relevante para o direito civil e consentimento relevante para o direito penal. Se fosse assim, seriam admissíveis casos em que o consentimento fosse reconhecido como válido para o direito civil, mas não para o penal, e vice versa. Assim, não devem ser corretas aqui justificativas baseadas na subsidiariedade do direito penal, na medida em que, tratando-se de um mesmo *instituto legal*, é preciso, como sustenta Beulke, respeitar a *unidade do sistema jurídico*⁶⁰².

Além disso, conforme já analisado no decorrer desse trabalho, nem todas as obrigações de esclarecimento se adequam à proteção do bem jurídico integridade física afetado pela intervenção: apenas são relevantes, para essa função, aquelas que afetem a *autodeterminação do paciente* (isso vale também para o direito civil).

⁶⁰⁰ SALIGER, Frank. **Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 265.

⁶⁰¹ BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 71.

⁶⁰² BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 71.

Já há, nesse sentido, uma delimitação, originada do direito civil, de que somente afetam o consentimento do paciente os esclarecimentos que devem ser fornecidos para salvaguardar o direito de exercer a autodeterminação sobre o seu corpo. Justamente por isso, esclarecimentos econômicos e terapêuticos, por exemplo, que não afetam uma decisão autônoma do paciente *sobre a intervenção como violação à sua integridade física*, são desde o início considerados irrelevantes para a validade do consentimento do paciente. Porém, o fato de tais regras estarem bem postas não significa que a jurisprudência dos tribunais esteja trilhando um caminho definitivamente orientado pela autodeterminação do paciente.

Por outro lado, o respeito à autonomia do paciente, nos termos que aqui proponho e que demanda um dever abrangente de esclarecimento como pressuposto do consentimento, não leva a uma suposta hiperresponsabilização do profissional da medicina. A definição dos limites do consentimento válido não gera novas modalidades delitivas, pois a responsabilidade penal do médico que descumpra o dever de esclarecimento continua a depender do enquadramento de sua conduta em tipos penais preexistentes e não alarga o âmbito de proibição já previamente definido pelo legislador. Em contrapartida, o afastamento de tal responsabilidade penal sem argumentos que o justifiquem e o legitimem significa desprezar a importância do respeito à autonomia individual e da devida proteção aos bens jurídicos do paciente. De acordo com o que aqui defendo, argumentos que justificam e legitimam a exclusão da responsabilidade penal do profissional da medicina que descumpra o dever de esclarecimento existem e são aqueles que reconheci no tópico 3.2: urgência e perigo na demora da intervenção, paciente já esclarecido, renúncia às informações, contraindicação terapêutica e consentimento presumido.

4.5 Balanço final

1. A alegada abrangência do dever de esclarecimento médico fez com que surgissem, na literatura e em parte da jurisprudência, modelos alternativos de exclusão de sua responsabilidade penal decorrente da falha no dever de informar. Fazem parte dessas propostas a ideia do chamado consentimento hipotético, a adoção de uma formulação vinculada aos denominados resultados fora do âmbito de

proteção da norma e, por fim, a criação de um novo tipo penal de “tratamento arbitrário”.

2. Um consentimento hipotético seria reconhecido quando fosse verificado que o paciente, que consentiu com a intervenção apesar de não ter sido devidamente informado por seu médico, também teria aceitado se submeter a ela em caso de uma explicação eficaz. Por corresponder à vontade do paciente verificada sob uma perspectiva *ex post*, a intervenção estaria legitimada, não sendo o médico responsável pela intervenção *ex ante* desautorizada na integridade física do paciente. Essa ideia, porém, não pode ser admitida sem se ir de encontro à autonomia do paciente, já que, além de constituir mera especulação daquilo que teria ocorrido em caso de um esclarecimento adequado, o consentimento hipotético, para fins de ponderação, substitui o paciente concreto por um paciente criado pelo senso comum daquele que avalia sua ocorrência.

3. Outra formulação pretende limitar a responsabilidade do médico não com base nos esclarecimentos prestados, mas no resultado da intervenção. Sob essa perspectiva, formulada a partir da ideia de resultados ocorridos fora do âmbito de proteção da norma, somente seriam ilegais as intervenções quando o risco que deveria ser esclarecido ao paciente tiver sido justamente aquele que se realizou no resultado, ou seja, presente um nexo de imputação entre ausência de esclarecimento e consequências da intervenção. Isso levaria à admissão de que as falhas de informação que não se concretizassem também não invalidariam o consentimento do paciente. Essa solução, contudo, também não se adequa sob o ponto de vista da autonomia, porque relega a responsabilidade do médico à sorte de o resultado ocorrer ou não, sendo certo, ainda, que o consentimento continua ineficaz, porquanto permanece o descumprimento do dever de esclarecimento.

4. Por sua vez, é menos interessante do que aparenta a opinião de que a mera elaboração de um novo tipo penal autônomo de “intervenções arbitrárias” seria suficiente para resolver as mais relevantes questões referentes à falha no esclarecimento médico. Conquanto tal inovação tenha como objeto expresso de tutela a autonomia do paciente, permanecem intactos os problemas do consentimento, já que a intervenção na integridade física do paciente permanece injustificável. Ainda que o médico fosse penalmente responsável nos termos desse

novo delito, os problemas sobre a existência de autorização jurídica para a intervenção médica permaneceriam os mesmos.

5. Assim, mantenho a proposta de que, a despeito das situações específicas nas quais é aceitável um abrandamento no dever médico de informar, a omissão do profissional quanto aos esclarecimentos devidos, sempre que referentes à autodeterminação do paciente quanto ao seu bem jurídico integridade física, constitui uma ofensa penalmente punível, porque o consentimento dado pelo paciente é ineficaz e a intervenção, por via de consequência, desautorizada.

5 RESOLUÇÃO DOS CASOS

Após todas as considerações expostas no presente estudo, apresento aqui as consequências práticas decorrentes da adoção do critério proposto no capítulo 3 e confrontado nos tópicos subsequentes, por meio da resolução dos casos relacionados no início do trabalho.

Caso A. O primeiro caso versa sobre o tratamento de hérnia de disco, no qual o médico, embora tenha informado o paciente sobre o risco mais grave da cirurgia (de uma paralisia), omitiu a possibilidade de que, como resultado da intervenção, o paciente poderia ficar sexualmente impotente, o que de fato veio a acontecer. Nessa situação, adotando-se o critério de um paciente razoável, poder-se-ia validar o consentimento dado pelo paciente, já que seria aceitável que um idoso na faixa dos 70 (setenta) anos de idade, quando a atividade sexual é normalmente reduzida, optasse por sanar suas dores causadas pela hérnia ao invés de se preocupar com uma eventual impotência. Contudo, a falta de esclarecimento sobre esse risco – essencial para a decisão do paciente de se submeter à intervenção, especialmente porque para muitos homens a questão da impotência sexual pode representar mais do que a mera impossibilidade de praticar o ato em si –, combinada com o fato de que esse risco era conhecido pelo médico antes da intervenção, tornam ineficaz o consentimento dado pelo paciente. Assim, a conduta do médico é penalmente punível pelas lesões corporais, na medida em que foi omitida do paciente a informação sobre os riscos do procedimento, a qual era essencial para que pudesse tomar uma decisão autônoma de se submeter ou não à intervenção.

Caso B. Nessa situação discute-se a punibilidade dos médicos que realizaram a esterilização da paciente, previamente recusada por ela, após as descobertas de fissuras no útero (durante a intervenção) que poderiam comprometer sua saúde e do nascituro em caso de nova gravidez. O pano de fundo, portanto, é o consentimento para a extensão da operação, na medida em que os médicos apenas tinham o consentimento da paciente para realizar a cesariana. Conforme destacado pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) em sua decisão sobre o caso em concreto, não havia graves riscos que indicassem a necessidade de que fosse

realizada a esterilização *sem a consulta prévia da paciente*, de modo a restar impossibilitada uma extensão legal da operação⁶⁰³. Além de a cirurgia poder ser adiada, seria possível que a paciente evitasse uma nova gravidez perigosa se submetendo a outros métodos contraceptivos ou, ainda, optasse por uma gravidez de risco com o auxílio de tratamentos modernos⁶⁰⁴. Assim, a conduta dos médicos é punível em razão da extensão indevida da cirurgia da paciente, sem consentimento.

Caso C. Trata-se do caso que envolve o dever de revelação ao paciente do risco de ocorrência de cegueira como desenrolar de uma cirurgia no seio etmoidal de ambos os lados da face, mas de ocorrência bastante rara. Na situação discutida, o médico omitiu tal informação do paciente, o qual, após a intervenção, ficou cego do olho direito. De acordo com o defendido no presente estudo, o consentimento do paciente para a operação não foi eficaz, haja vista que, para tanto, o risco de cegueira deveria ter sido esclarecido, já que, mesmo diante da possibilidade rara de se concretizar, a sua existência influenciava na tomada de decisão autodeterminada do paciente. Assim, devido à omissão de tal informação, o médico é responsável pela lesão corporal permanente do paciente.

Caso D. O caso apresenta problemas relacionados à falta de explicação ao paciente, em tempo hábil, de métodos alternativos de tratamento. Na situação apresentada, a gestante não foi informada em tempo hábil sobre a possibilidade – ainda que remota – de que se fizesse necessária a realização de uma cesárea diante de eventuais complicações. Conquanto o médico tenha tido uma conversa para esclarecimentos com a paciente sobre a necessidade de uma cesariana, essa ocorreu quando já não havia mais alternativa a ser escolhida e a cirurgia era para ela (e para a vida do nascituro) a única opção existente. Além disso, esse atraso na explicação adequada ocasionou um estresse responsável por piorar a condição de saúde do nascituro, que acabou sofrendo lesões cerebrais permanentes. Nessa situação, não houve erro de tratamento por parte do médico, mas uma falha no dever de esclarecimento prévio sobre a alternativa ao parto normal. Por essa razão,

⁶⁰³ BGHSt 45, 219 (222).

⁶⁰⁴ BGHSt 45, 219 (226).

o consentimento da paciente para a cirurgia (dado em sua iminência), alternativa real que deveria e poderia ter sido esclarecida à gestante *antes* do momento derradeiro (durante todo o pré-natal), foi ineficaz, sendo o médico responsável pela intromissão desautorizada na integridade corporal da paciente.

Caso E. Essa situação ilustra o problema da ausência de esclarecimento sobre o real objetivo do tratamento. Nela, o médico, para não revelar seu erro, indicou ao paciente a necessidade de uma reoperação, sem explicar que ela seria realizada para operar a hérnia de disco grave, a qual o paciente acreditava já ter sido combatida com a primeira intervenção. Apesar de não ter sido esclarecido sobre o real objetivo da intervenção – corrigir um engano do médico –, ficou comprovado *ex post* que o paciente teria consentido com a intervenção, caso devidamente esclarecido. Nesse caso, usando-se a ideia de um consentimento hipotético, poder-se-ia aceitar a intromissão indevida do médico na integridade física do paciente. Porém, de acordo com os fundamentos expostos no capítulo 4, rejeito a utilização dessa figura do consentimento hipotético e considero que a ausência do esclarecimento prévio já tornou, de antemão, ineficaz o consentimento do paciente e, por isso, a conduta do médico é penalmente punível.

Caso F. Nesse caso, a paciente se submeteu a uma intervenção cirúrgica de aumento dos glúteos com a injeção de silicone, sem ser esclarecida sobre o tipo de material que seria utilizado pelo médico (silicone industrial) na intervenção. Aqui, a falha no dever de esclarecimento médico recai sobre o meio utilizado na intervenção, além das alternativas possíveis ao tratamento (por exemplo, o uso do silicone adequado ou outra substância existente no mercado). Portanto, o médico é penalmente responsável pelas lesões da paciente, diante da ineficácia do consentimento dado – porque viciado.

Caso G. Essa situação descreve um caso de intervenções puramente estéticas, nas quais a finalidade da paciente era ficar mais bonita e se parecer com a *übermodel* Gisele Bündchen. Aqui, há duas questões em jogo a serem observadas: primeiro, existia um alto custo envolvido e o médico sabia que a paciente iria “jogar

dinheiro fora” com as intervenções; segundo, o fato de o médico saber que o resultado das intervenções não seria aquele que a paciente almejava poderia ser decisivo para que ela decidisse se submeter às cirurgias. Contudo, tais questões, embora pudessem ser relevantes para a decisão da paciente, não envolvem problemas afetos à autodeterminação relacionada à *própria interferência na integridade física da paciente* (ou seja, ligados à intervenção como lesão corporal, que poderiam invalidar seu consentimento). Assim, a conduta do médico, sob a perspectiva do direito penal, não deve ser punível como violadora da integridade física da paciente.

CONCLUSÕES

1. A superação de um modo hipocrático de entender as intervenções médicas, substituída por uma visão de respeito à autonomia do paciente, impõe o abandono de um paternalismo penal (seja ele forte ou fraco) para dar lugar à exigência de um consentimento esclarecido. Somente são consentidas – e, portanto, legalmente autorizadas – as intervenções realizadas após o médico prestar as corretas informações ao paciente e este, autodeterminadamente, autorizar o profissional a tratá-lo. Uma decisão autônoma exige que o paciente saiba com o que consente.

2. Uma escolha autônoma compreende a expressão da personalidade do paciente. No caso da intervenção médica, é a livre compreensão do paciente sobre a terapia, a fim de que ele seja o sujeito e não um mero objeto do tratamento realizado. É por esta razão que a obrigação médica de esclarecer sobre a intervenção deve ser analisada conforme o caso concreto e livre de generalizações (ou seja, não pode ser baseada na ideia de um *paciente sensato*), já que é a própria individualidade do paciente que permite a existência de uma decisão autodeterminada.

3. Embora existam diversos tipos de esclarecimento médico (*esclarecimento terapêutico*, *esclarecimento financeiro* e *esclarecimento para a autodeterminação*), apenas o esclarecimento para a autodeterminação desempenha um papel importante para o consentimento. Isso porque são as informações nele contidas que garantem que o paciente, de forma autodeterminada, possa decidir sobre a intervenção na sua integridade física sob o ponto de vista de uma *lesão corporal*. Seu objetivo não é a prevenção de danos, mas possibilitar a liberdade de escolha do paciente por meio de informações sobre o diagnóstico, a evolução do tratamento e riscos. Ainda que realizada de acordo com a *lege artis*, a falta do esclarecimento para a autodeterminação sujeita o médico à responsabilidade penal.

4. Para garantir a autodeterminação do paciente, adoto como regra geral o dever médico de prestar de forma ampla todos os esclarecimentos necessários para que o paciente possa decidir, autonomamente, se deseja correr os riscos e sofrer as consequências da intervenção ou não se submeter ao tratamento. Fórmulas

generalizadas sempre refletirão a individualidade daquele que as elabora (o médico, o juiz) e não do próprio paciente, o que vai de encontro à supremacia de sua autonomia.

5. Sobre o diagnóstico, compete ao profissional apresentar e explicar os achados médicos, para que o paciente saiba que está doente e de qual doença padece. Isso inclui, também, o dever de informar em caso de dúvidas quanto aos resultados do diagnóstico. No que tange ao curso e à evolução do tratamento, cumpre ao profissional apresentar o tratamento proposto para a cura e as alternativas existentes (sejam tradicionais ou novas): dentro de cada um deles, o médico deve expor o tipo e a extensão da terapia, a forma de realização, bem como a gravidade que a intervenção representa, além dos efeitos (tanto os necessários quanto os colaterais) deles decorrentes. Também compreende o dever de informar a utilização de tratamentos experimentais, como o estado e evolução do paciente em caso de não submissão ao tratamento. Por fim, uma decisão autodeterminada exige a exposição de todos os riscos possíveis ligados à intervenção.

6. A limitação do dever de esclarecimento somente é permitida – como exceção à regra geral – nos casos em que a *urgência e a demora da intervenção* impossibilitem que o médico informe o paciente em pormenores; quando o paciente já estiver esclarecido; nas situações em que o paciente renunciar aos esclarecimentos; e, por fim, em casos excepcionais de contraindicação terapêutica. Naturalmente também não será possível cumprir o dever de esclarecimento quando o paciente estiver impossibilitado de exprimir sua vontade, situação na qual se adota o consentimento presumido.

7. Por ser contrário à autodeterminação do paciente, um consentimento hipotético não deve ser admitido no direito penal, assim como não se pode aceitar a exclusão de responsabilidade do médico porque o risco específico do método de tratamento não foi realizado. Isso significaria relegar a autonomia do paciente a um segundo plano, incompatível com sua natureza de *meta-princípio*.

8. Baseada no respeito ao exercício da personalidade do paciente como o valor máximo a ser observado pelo profissional, a conduta do médico será passível de responsabilidade penal sempre que ele descumprir seu dever de esclarecer devidamente o paciente, de forma a este seja impossibilitada a tomada de uma

decisão autodeterminada sobre a interferência, pelo médico, em sua integridade corporal.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos:

ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrário, confidencialidade e segredo.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 268 p.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. **Strafrecht Allgemeiner Teil.** Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2003, 845 p.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica.** ed. 3ª. São Paulo: Edições Loyola, 2013, 574 p.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente.** São Paulo: Saraiva, 2013, 280 p.

BEULKE, Werner. **Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz.** In: MedStra 02/2015, p. 67-76.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2009, 813 p.

BÖSE, Martin. **Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener.** In: Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBAH, Hans; et al (Hrsg.). Berlin: de Gruyter, 2011, p. 523-536.

BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi.** ed. 10. Petrópolis: Vozes, 2003, 238 p.

BRUCKMÜLLER, Karin; SCHUMANN, Stefan. **Die Heilbehandlung im österreichischen Strafrecht.** In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 813-865.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral.** Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, 358 p.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal.** São Paulo: Atlas, 2013, 1042 p.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar direito e medicina. ed. 2. Curitiba: Appris, 2018, 155 p.

CARTENSEN, Gert. **Die Aufklärung des Krebskranken**. In: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. AMELUNG, Knut; BEULKE, Werner; LILIE, Hans; *et al* (Hrsg.). Heidelberg: C. F. Müller, 2005, p. 627-634.

CRAIK, Elizabeth M. **Hippocratic corpus**: content and context. London: Routledge, 2015, 307 p.

DEUTSCH, Erwin; SPICKHOFF, Andreas. **Medizinrecht**: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht. ed. 6^a. Heidelberg: Springer, 2008, 1.064 p.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. **O consentimento informado na relação médico paciente**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, 699 p.

DUTTGE, Gunnar. **Patientenautonomie und Einwilligungsfähigkeit**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 77-90.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 173 p.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986, 396 p.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito penal**: a nova parte geral. ed. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 491 p.

FRANKENA, William K. **Ethics**. ed. 2^a. New Jersey: Prentice-Hall, 1973, 125 p.

FRISCH, Wolfgang. **Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe**. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 33-70.

FRISTER, Helmut; LINDEMANN, Michael; PETERS, Alexander. **Arztstrafrecht**. München: C. H. Beck, 2011, 415 p.

FÜNDLING, Caroline. **Recht auf Wissen vs. Recht auf Nichtwissen in der Gendiagnostik**. Baden-Baden: Nomos, 2017, 456 p.

GLATZ, Christian. **Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung**: Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, 415 p.

GOLDER, Werner. **Hippokrates und das Corpus Hippocraticum**: Eine Einführung für Philologen und Mediziner. Deutschland: Königshausen & Neumann, 2007, 253 p.

GRECO, Luis; SIQUEIRA, Flavia. **Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Studia Jurídica, p. 643-669.

GREISS, Karlmann; GREINER, Hans-Peter. **Arzthaftpflichtrecht**. ed. 7^a. München: C. H. BECK, 2014, 423 p.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, 1107 p.

HENGSTENBERG, Nike. **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht**: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht. Heidelberg: Springer-Verlag, 2013, 474 p.

HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 218 p.

HIRSCH, Hans Joachim. **Einwilligung und Selbstbestimmung**. In: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd (et al). Berlin: De Gruyter, 1974, p. 775-800.

IMMIG, Maximilian. **Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht**: Eine kritische Betrachtung der Übertragung der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2016, 219 p.

KATZENMEIER, Christian. **Arzthaftung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, 636 p.

KATZENMEIER, Christian. **Ärztliche Aufklärung**. In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 91-105.

KINDHÄUSER, Urs. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Baden-Baden: Nomos, 2008, 402 p.

KRAATZ, Erik. **Arztstrafrecht**. ed. 2^a. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2018, 294 p.

KÜHL, Kristian. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Verlag Franz Vahlen, 2008, 813 p.

KUHLEN, Lothar. **Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen**. In: Juristische Rundschau 2004, Berlin: De Gruyter Recht: 2004, p. 227-230.

KUHLEN, Lothar. **Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung**. In: BRITZ, Guido; JUNG, Heike; KORITH, Heinz; *et alii* (Hrsg.). Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. München: C. H. Beck, 2001, 431-451.

LAUFS; Adolf; KERN, Bernd-Rüdiger; REHBORN, Martin. **Handbuch des Arztrechts**. ed. 5^a. München: C. H. Beck, 2019, 2.273 p.

LUX, Laura Mayer. **Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica**. In: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII, 2º Semestre de 2011, p. 371-413.

MAGALHÃES, João Luiz de; NUNES, Rui. **Tradição e fundamentos éticos hipocráticos aplicáveis à terminalidade da vida**. In: Revista Bioética, vol. 22, n.º 3, Brasília, Set/dez. 2014, p. 448-455.

MAGNUS, Dorothea. **Patientenautonomie im Strafrecht**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2015, 663 p.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**. ed. 4^a. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 1144 p.

MCLEAN, Anne. **The elimination of morality**: reflections on Utilitarianism and Bioethics. London: Routledge, 1993, p. 181.

MILES, Steven H. **The Hippocratic Oath and the Ethics of Medicine**. New York: 2004, 208 p.

NESTLER, Nina. **Zivil- und strafrechtliche Aufklärungspflichten: Besonderheiten bei ästhetisch-plastischen Eingriffen**. *In: MedStra*, 06/2018, p. 330-337.

NOACK, Thorsen. **Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Juristische Entscheidungen, Politik und ärztliche Positionen 1890-1960**. Frankfurt am Main: Mabuse-Verlag, 2004, 238 p.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, 367 p.

OTTO, Harro. **Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung**. *In: Juristische Ausbildung* 2004. Berlin: De Gruyter, 2004, p. 679-683.

PELLEGRINO, Edmund. **The “telos” of medicine and the good of the patient**. *In: CORRADO VIAFORA*. Clinical Bioethics: a Search for the Foundations. Springer: Padua, 2005, p. 21-32.

PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. ed. 3ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 284 p.

PUPPE, Ingeborg. **Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten**. *In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 6/2016, p. 366-372.

PUPPE, Ingeborg. **Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995**. *In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2003. Heidelberg: R.v. Decker's Verlag, G.Schenck, 2003, p. 764-776.

RAND, Ayn. **The virtue of selfishness: a new concept of egoism**. New York: Signet, 1964, 103 p.

REMENSAL, Javier de Vicente. **Die mutmaßliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung**. *In: Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, 164. Jahrgang, p. 689-698.

RESTREPO, Diana; CARDEÑO, Carlos; DUQUE, Marle; JARAMILLO, Santiago. **Del principio de beneficência al principio de autonomía: aproximación a la evaluación de la competencia mental de los pacientes en el hospital general.** In: Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. 41, n. 2, 2012, p. 395-407.

RIEDELMEIER, Sabine. **Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik.** Düsseldorf: Nomos, 2004, 164 p.

RÖNNAU, Thomas. **Anmerkung zu BGH v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03.** In: Juristen Zeitung, 2004, p. 801-804.

ROSENAU, Henning Von. **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht.** In: BLOY, René; BÖSE, Martin; HILLENKAMP, Thomas; *et alii* (Hrsg.). Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2016, p. 683-700.

ROSSNER, Hans-Jürgen. **Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten:** Eine medizinrechtliche Studie mit vergleichenden Betrachtungen des nordamerikanischen Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, 429 p.

ROXIN, Claus. **Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?** In: MedStra 03/2017, p. 129-137.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. **Strafrecht Allgemeiner Teil I.** München: Verlag C.H. Beck, 2019 (no prelo).

ROXIN, Claus. **Über die mutmaßliche Einwilligung.** In: STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; *et alii* (Hrsg.). Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag. Berlin: De Gruyter, 1974, p. 447-475.

SALIGER, Frank. **Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht.** In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 257-270.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral.** ed. 2ª. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, 737 p.

SCHELLING, Philip. **Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung.** Heidelberg: Springer-Verlag, 2003, 191 p.

SCHÖCH, Heinz. **Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen.** In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 51-74.

SCHNEIDER, Lena. **Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht.** Heidelberg: Springer, 2010, 341 p.

SCHROTH, Ulrich. **Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab:** Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich [Hrsg.]. Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart: Richard Boomborg, 2010, p. 21-50.

SEIFART, Carola. **Paradoxer Paternalismus?** Widerspricht ein Teilnahmeverzicht am *informed consent* dem Prinzip der Patientenautonomie? In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 364-375.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, 467 p.

SIQUEIRA, Flávia. **Gesundheitsschädigende Patientenaufklärung.** In: MedStra 3/2018, p. 153-159.

STAUDT, Lea. **Medizinische Recht- und Leitlinien im Strafrecht:** Eine Untersuchung zur Möglichkeit der Bestimmung der unerlaubten Handlung beim Fahrlässigkeitsdelikt mit Hilfe medizinischer Richt- und Leitlinie. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012, 339 p.

STEINFATH, Holmer; PINDUR, Anne-Marie. **Patientenautonomie im Spannungsfeld philosophischer Konzeptionen von Autonomie.** In: Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen. WIESEMANN, Claudia; SIMON, Alfred (Hrsg.). Münster: Mentis, 2013, p. 27-41.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. **Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler:** Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung. In: FAHL, Christian [Hrsg.]. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 299-311.

SWOBODA, Sabine. **Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?** In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, n. 1, 2013, p. 18-32

TAG, Brigitte. **Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und *Lex artis***. Heidelberg: Springer, 2010, 506 p.

TERBILLE, Michael; CLAUSEN, Tilman; SCHROEDER-PRINTZEN, Jörn. **Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht**. München: C. H. Beck, 2009, 1695 p.

ULSENHEIMER, Klaus; BIERMANN, Elmar; BOCK, Werner. **Arztstrafrecht in der Praxis**. ed. 5ª. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, 925 p.

VOSENKUHL, Wilhelm. **Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns: Prinzipienkonflikte und deren Lösungen**. In: ROXIN, Claus; SCHROTH, Ulrich (Hrsg.). **Handbuch des Medizinstrafrechts**. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2010, p. 3-20.

WESSELS, Johannes & BEULKE, Werner. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2008, 386 p.

WIDMAIER, Gunter. **Der Zitronensaft-Fall: Zum Risikozusammenhang nach Aufklärungsmängeln bei der ärztlichen Heilbehandlung**. In: SCHÜNEMANN, Bernd; JÄGER, Christian; *et al.* **Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011**. Göttingen: De Gruyter, 2011, p. 439-448.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: segundo volume**. ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 375 p.

Legislação:

ALEMANHA. Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>. Acesso em 10.set.2019.

ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>. Acesso em 10.set.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Código Internacional de Ética Médica (*International Code of Medical Ethics*), de outubro de 1949. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v1948-1.pdf>. Acesso em 29.jun.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Genebra, de setembro de 1948. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2018/07/Decl-of-Geneva-v2006-1.pdf>. Acesso em 29.jun.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinki I, de 1964. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>. Acesso em 30.jun.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinki II, adotada em 1964 e revisada em 1975. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin2.htm>. Acesso em 30.06.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinki III, adotada em 1964 e alterada em 1983. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin3.htm>. Acesso em 30.jun.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Helsinki V, adotada em 1964 e alterada em 1996. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin5.htm>. Acesso em 30.jun.2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente, de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>. Acesso em 1º.jul.2019.

ÁUSTRIA. Código Penal austríaco (*Strafgesetzbuch*). Disponível em: [http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html). Acesso em: 20.set.2019.

BRASIL. Código Criminal de 1830, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 24.jun.2019.

BRASIL. Código Criminal de 1890, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 24.jun.2019.

BRASIL. Código Penal, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 24.jun.2019.

BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em 24.jun.2019.

BRASIL. Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em 22.jun.2016.

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 24.jun.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Deontologia Médica, de agosto de 1931. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigodeontologiamedica1931.pdf>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Decreto-lei n. 7.955, de 13 de setembro de 1945. Código de Deontologia Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigodeontologiamedica1945.pdf>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Lei n. 3.268, de 30 de janeiro de 1953. Código de Ética da Associação Médica Brasileira. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticaamb1953.pdf>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica de 1965. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codigoeticamedica1965.pdf>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.154, de 27 de abril de 1984. Código Brasileiro de Deontologia Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/EticaMedica/codbrasileirodeontologiamedica1984.pdf>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.246, de 08 de janeiro de 1988. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246f>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Código de Ética Médica. Disponível em:

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.217, de 01 de novembro de 2018. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em 02.jul.2019.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em 01º.jul.2019.

PORTUGAL. Código Penal português. Disponível em: <http://www.codigopenal.pt>. Acesso em 20.set.2019.

UNESCO. Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em 01º.jul.2019.

Jurisprudência:

ALEMANHA. *BGHSt.* Berlin, vol. 4, p. 88-90, 1953.

ALEMANHA. *BGHSt.* Berlin, vol. 11, p. 111-112, 1958.

ALEMANHA. *BGHSt.* Berlin, vol. 12, p. 379-386, 1959.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Zur Aufklärungspflicht des Arztes bei Heilbehandlung, *NJW*, p. 393-394, 1963.

ALEMANHA. *BGHZ.* Berlin, vol. 29, p. 33, 1969.

ALEMANHA. *BGHZ.* Berlin, vol. 29, p. 176, 1969.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärungspflicht des Arztes über Möglichkeit schädlicher Folgen eines Eingriffs, *NJW*, p. 335-337, 1972.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung über Gefährlichkeit eines diagnostischen Eingriffs, *NJW*, p. 1933-1934, 1979.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Keine Aufklärung über mehrere Behandlungsmethoden, *NJW*, p. 2121-2122, 1982.

ALEMANHA. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, vol. 58, p. 208-226.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 85, p. 327-339, 1983.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 90, p. 103-113, 1984.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 90, p. 96, 1984.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Unzulässige Änderung eines Beweisbeschlusses, *NJW*, p. 1399-1400, 1985.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, *VersR*, p. 361-362, 1985.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Ärztliche Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen, *NJW*, p. 763-764, 1988.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung über Risiken von Behandlungsmethoden, *NJW*, p. 1514-1515, 1988.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Eingriffsaufklärung bei Injektion, *NJW*, p. 1533-1535, 1989.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 106, p. 153-165, 1989.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung über Dringlichkeit einer Operation, *NJW*, p. 2928-2929, 1990.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Haftung wegen fehlender Grundaufklärung, *NJW*, p. 2346, 1991.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Risikoauflklärung einen Tag vor der Operation, *NJW*, p. 2351-2352, 1992.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 116, p. 379-382, 1992.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Keine hinreichende Aufklärung über Operationsrisiko durch Unterzeichnung eines Formblatts, *NJW*, p. 793, 1994.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung vor der Tür des Operationssaals, *NJW*, p. 3010, 1994.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Amtspflichten bei staatlicher Schutzimpfung, *NJW*, p. 3012-3013, 1994.

ALEMANHA, Bundesgerichtshof, *MDR*, p. 557, 1994.

ALEMANHA, Bundesgerichtshof, *JR*, p. 514, 1994.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung vor diagnostischen Eingriffen, *NJW*, p. 2405-2406, 1995.

ALEMANHA, Bundesgerichtshof, *MedR*, p. 564, 1996.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Keine Aufklärung über allgemeine Gefahren einer Operation, *NJW*, p. 780, 1996.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, *NStZ*, p. 34, 1996.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Aufklärung bei Routineimpfung, *NJW*, p. 1784-1787, 2000.

ALEMANHA. *BGHSt*. Berlin, vol. 45, p. 219-222, 2000.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 144, p. 1-12, 2000.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Ungenügende Aufklärung über Risiken einer Operation, *NJW*, p. 2798, 2001.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Zur Rechtzeitigkeit der Patientenaufklärung, *MedR*, p. 576, 2003.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Rechtzeitige Aufklärung über Risiken einer Bandscheibenoperation, *NJW*, p. 2012-2013, 2003.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Einwilligung in ärztlichen Heileingriff, *NStZ*, p. 442, 2004.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Unterlassene ärztliche Aufklärung – hypothetische Einwilligung, *NStZ-RR*, p. 16, 2004.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, *StV*, p. 376, 2004.

ALEMANHA, Bundesverfassungsgericht, Anspruch auf schriftlichen Bericht über Ergebnis einer ärztlichen Untersuchung, *NJW*, 2005, 1103-1104.

ALEMANHA, OLG Köln, *VersR* 2006, 124.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Umkehr der objektiven Beweislast bei grobem Behandlungsfehler, p. 427-428, 2005.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Pflicht des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung, *NJW*, p. 1718-1719, 2005.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Umfang ärztlicher Aufklärung bei mehreren Operationsrisiken – Vetorecht minderjähriger Patienten gegen Einwilligung gesetzlichen Vertreter, *NJW*, p. 217-219, 2007.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 168, p. 103-107, 2007.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, *StV*, p. 189, 2008.

ALEMANHA. *BGHZ*. Berlin, vol. 172, p. 254, 2008.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Einwand hypothetischer Einwilligung im zweiten Rechtsgut, *NJW*, p. 1209-1211, 2009.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Zulässigkeit einer telefonischen Aufklärung des Patienten, *NJW*, p. 2430-2431, 2010.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Anforderungen an die ärztliche Risikoaufklärung – Hygrom nach Spinalanästhesie, *NJW*, p. 375-376, 2011.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Ärztliche Aufklärung über Außenseitermethode – „Zitronensaftfall“, *NJW*, p. 1088-1090, 2011.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof: Verzögerte Klinikeinweisung einer Reanimationspatientin nach ambulanter Operation, *NJW*, p. 2895-2897, 2011.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Hypothetische Einwilligung in ärztlichen Heileingriff bei „Neulandmethode“, *NJW*, p. 1688-1689, 2013.

ALEMANHA. OLG Koblenz, Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht bei nur relativ indiziertem Eingriff, *NJW*, p. 1746, 2013.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Anforderungen an die ärztliche Aufklärung über das Risiko einer Lähmung, *NJW-RR*, p. 533-534, 2017.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof, Aufklärungspflicht über Behandlungsalternativen- Geburtsschaden, *NJW-RR*, p. 17-20, 2019.

ALEMANHA, Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. Januar 2019 – VI ZR 318/17 -, juris.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.540.580/DF, julgado em 02.ago.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: TJRJ, Sétima Câmara Cível, Apelação n. 0180250-79.2007.8.19.0001, julgado em 24.jul.2019, publicado em 06.set.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: TJRJ, Sétima Câmara Cível, Apelação n. 0021003-39.2019.8.19.0002, julgado em 17.jul.2019, publicado em 18.jul.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: TJRS, Décima Câmara Cível, Apelação n. 0143226-92.2019.8.21.7000, julgado em 18.jul.2019, publicado em 30.jul.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação n. 0039023-79.2019.8.21.7000, julgado em 26.jun.2019, publicado em 27.jun.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: TJSC, Segunda Câmara de Direito Civil, Apelação n. 2003.016450-2, julgado em 03.set.2009, publicado em 03.set.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: TJSP, Quinta Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1002356-79.2016.8.26.0360, julgado em 30.jan.2019, publicado em 13.fev.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: TJSP, Décima Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0017496-16.2018.8.26.0405, julgado em 06.ago.2019, publicado em 06.ago.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: TJSP, Quinta Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1017092-69.2017.8.26.0004, julgado em 04.set.2019, publicado em 05.set.2019.