

Resenha de SANTIN, Janice. *Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente*. São Paulo: Marcial Pons, 2020

Pedro Pouchain 

Graças aos esforços empreendidos por um seleto grupo de autores, o Direito Penal da Medicina já não é mais uma área completamente inexplorada entre nós. Se é certo que o impulso para esse debate pode encontrar, até certo ponto, sua origem na salutar influência da doutrina estrangeira – aqui bem representada pela tradução da obra introdutória de Hilgendorf¹ –, não se deve ignorar, por outro lado, os próprios e firmes passos que vêm sendo tomados por alguns de nossos melhores representantes, destacando-se o pioneirismo de Greco e Siqueira². É, pois, a esse respeitável grupo que agora pretende somar-se Janice Santin, com sua obra *Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente*³, fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação dos Professores Doutores Artur Gueiros e Luís Greco.

-
- 1 HILGENDORF, Eric. *Introdução ao direito penal da medicina*. Tradução: Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
 - 2 GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: FDUC, v. I, 2017. p. 643-669. Também a propósito do tema, rapidamente convertido em referência na área, SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019; SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloísa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
 - 3 SANTIN, Janice. *Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento baseado na autonomia do paciente*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

Em cerca de 200 páginas, disserta a autora ao redor da definição do dever de esclarecimento exigido para um consentimento eficaz, de tal modo a que seja suficiente tanto para o pleno exercício da autonomia do paciente, que decidirá livremente entre submeter-se ou não a um tratamento médico, assim como para a segurança jurídica do profissional, afastando-o do risco de responsabilização penal pela ilegítima intervenção na integridade física.

Afora introdução e conclusão, o livro é estruturado em cinco capítulos: 1. *Direito Penal da Medicina e o Fundamento do Consentimento Informado*; 2. *Dever de Esclarecimento Fundamentado pela Autonomia do Paciente e como Pressuposto do Consentimento*; 3. *O Conteúdo e a Extensão do Dever de Esclarecimento Médico para a Validade do Consentimento no Direito Penal*; 4. *Tratamento Dogmático e Consequências Legais da Violação do Dever de Esclarecimento Médico*; e 5. *Resolução dos Casos*.

Já, desde o princípio, Santin demonstra preocupação com a aplicabilidade prática do conhecimento proposto, ao apresentar seis casos na introdução, cujas resoluções serão apresentadas ao final da obra, em capítulo próprio⁴. Tudo isso, aliás, sem prejuízo dos outros vinte casos que são discutidos ao longo do texto e que afastam o leitor de uma reflexão meramente abstrata.

A autora inicia seu desenvolvimento refazendo o percurso histórico desde os primórdios do Direito Penal da Medicina na antiguidade até o século XX. Nesse sentido, é apresentada a tradicional percepção paternalista da relação médico-paciente do Código Hipocrático e suas máximas da beneficência e da não malficência, ainda hoje uma referência para a regulação da atividade médica⁵. A partir daí, contextualiza-se o movimento internacional do século XX, em torno da ideia de *consentimento informado* – ou seja, que o médico, antes da realização de uma intervenção, obtenha o consentimento do paciente ou de seu representante legal – que ganharia corpo pela jurisprudência norte-americana e alemã a partir do ano de 1957. Essa evolução culminaria com uma série de documentos internacionais, os quais invariavelmente também viriam a repercutir em território nacional a favor de uma maior concessão de poder decisório ao paciente⁶. Tais avanços, contudo, são classificados por Santin como limitados, já que ainda dominaria a visão de que, em casos mais graves, o poder decisório deveria seguir exclusivamente com o médico. Para ela, isso corresponderia a uma injustificada

4 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 30-32.

5 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 33-44.

6 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 44-53.

exceção, mormente quando o paciente ainda seja capaz de manifestar sua vontade livre⁷. Encerrando suas primeiras reflexões, discute a autora brevemente sobre a posição dogmática assumida pelo consentimento do ofendido na teoria do delito, filiando-se à corrente minoritária adotada por seus mestres no sentido de entender o consentimento como excludente de tipicidade da conduta⁸.

O *segundo capítulo* é dedicado ao consentimento esclarecido, apresentando-se inicialmente o seu fundamento na autonomia do paciente e, depois, seus elementos essenciais: os sujeitos envolvidos, o momento em que deve ser realizado e a sua forma. Por último, são examinados os diferentes tipos de esclarecimento médico.

A *autonomia* do paciente é definida como uma autêntica expressão de sua liberdade, imune a qualquer tipo de ponderação, e consistente no “direito de expressar sua personalidade como um ser dotado de vontade própria e de exercer livremente a propriedade sobre seu corpo”⁹. Assim, filia-se a autora à ideia de autonomia como balança, segundo a qual é o próprio paciente quem deve decidir entre sua saúde ou liberdade de ação¹⁰. Logo, a atuação médica somente se legitimaria pela livre escolha do paciente, o qual, para tanto, necessitaria saber de todos os aspectos relacionados à intervenção (em especial, sobre diagnóstico e tratamento). Ausentes esses pressupostos, o consentimento restaria viciado. Por outro lado, sublinha Santin que o esclarecimento deve ser realizado em atenção ao indivíduo concretamente identificado, afastando a padronização de informações baseada em um modelo de “paciente sensato/razoável”¹¹.

Entre os *sujeitos* envolvidos, destaca-se naturalmente o profissional de saúde responsável pelo tratamento, sobre o qual recai o dever de esclarecer o paciente. Nesse ponto, faz a autora uma interessante digressão, afastando as normas civis que regem a capacidade de exercício, para prestigiar uma espécie de capacidade *natural* do paciente em consentir. Essa deveria ser avaliada no caso concreto, de tal modo a permitir, inclusive, que menores de idade com suficiente “maturidade espiritual e moral” possam exercer o poder decisório sobre a intervenção médica¹². Dessarte, conclui Santin que o esclarecimento deveria ser direcionado ao

7 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 58-59.

8 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 57-58; cf. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 194; GRECO/SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 2), p. 652.

9 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 70.

10 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3); cf. GRECO/SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 2), p. 652.

11 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 71.

12 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 74-75.

responsável legal apenas quando o menor não demonstrar capacidade de compreender a intervenção e de tomar uma decisão autodeterminada¹³. De toda sorte, prosseguindo sob um viés mais pragmático, a autora parece satisfazer-se com um direito à codeterminação do incapaz¹⁴.

Também o *momento* do consentimento e do esclarecimento se mostra relevante para determinar sua eficácia, a fim de evitar o prejuízo à liberdade de escolha do paciente. Nesse sentido, o paciente deveria ser informado com pelo menos alguns dias de antecedência em casos de grandes intervenções; enquanto, em casos mais corriqueiros ou simples, admitir-se-ia o esclarecimento até a véspera ou no mesmo dia da intervenção¹⁵. Apesar de não exigida *forma* específica, o esclarecimento deve ser realizado preferencialmente em conversa pessoal e com linguagem acessível, não podendo, em regra, ser substituído por folhetos¹⁶.

Sob outro prisma, chama-se atenção ao fato de que nem todas as informações de interesse do paciente guardam relação com a intervenção médica propriamente dita. Assim, oferece Santin uma genuína divisão tripartite dos esclarecimentos, ora denominados como *terapêutico*, *financeiro* e *para a autodeterminação*. O esclarecimento *terapêutico* seria aquele pertencente ao tratamento e voltado a orientar o paciente para garantir o êxito do tratamento e/ou evitar os danos. Sob a original categoria do esclarecimento *financeiro*, aduz ser o correspondente às informações do custo econômico do tratamento. Destaca a autora que esses dois tipos de esclarecimento não se prestam a subsidiar a livre escolha do paciente em autorizar a intervenção¹⁷. Diferentemente, o *esclarecimento para a autodeterminação* seria aquele voltado a garantir o exercício de sua autonomia, abrangendo, portanto, informações detalhadas sobre o *diagnóstico*, a *evolução* e os *riscos* do tratamento. A sua ausência, portanto, tornaria ineficaz o consentimento dado à intervenção, desautorizando-a, ao final, e ensejando, consequentemente, a responsabilidade criminal do médico¹⁸.

O *terceiro capítulo* concentra o cerne da proposta de Santin no desenvolvimento do conteúdo e da extensão do dever de esclarecimento como condição indispensável para o exercício da autodeterminação do paciente e pressuposto

13 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 74-75.

14 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 101-102.

15 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 78-82.

16 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 82-84.

17 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 86-97.

18 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 98-100.

de validade do consentimento no direito penal. Reforçando o fundamento da autonomia, fornece a autora uma regra geral de esclarecimento a ser observada em todas as intervenções para afastar a responsabilidade médica:

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 ela pareça irracional do ponto de vista do médico) sobre a disposição da integridade de seu corpo.¹⁹

Perceba-se que, pela regra proposta, nem mesmo a razão médica prevaleceria sobre a autonomia do paciente. Na sequência, as informações necessárias para o atendimento dessa regra são detalhadas minuciosamente, sendo elas divididas entre aquelas relacionadas ao *diagnóstico* (situação do paciente antes da intervenção); ao curso e à *evolução* do tratamento (sobre como tratar a doença, entre os tipos e métodos disponíveis e a avaliação de suas vantagens e desvantagens, perspectivas de sucesso e eventuais efeitos colaterais); e aos *riscos*, isto é, os possíveis resultados adversos do tratamento em geral e da intervenção em concreto²⁰.

Em que pese a autora, por princípio, se oponha à limitação da autonomia do paciente, acaba por reconhecer a legitimidade de algumas causas que atenuam a extensão e o conteúdo da obrigação médica de esclarecer. Isso ocorreria sobretudo quando o paciente já estivesse informado ou, autonomamente, desejasse não ser esclarecido; quando a urgência da intervenção impossibilitasse o amplo ou até o mínimo esclarecimento ao paciente; e, por último, quando houvesse uma séria contraindicação terapêutica ao esclarecimento ou situações nas quais esse fosse impossível (casos de consentimento presumido)²¹.

Chegando-se ao quarto e último capítulo expositivo, são abordadas as alternativas para a exclusão da responsabilidade por omissão de esclarecimento. Aqui são discutidos o consentimento hipotético, a ideia do âmbito de proteção da norma e, por fim, a sugestão de um novo tipo penal de “tratamento arbitrário”.

Santin aduz que o *consentimento hipotético* seria reconhecido pelo direito civil para solucionar os casos em que o paciente – mesmo quando não devidamente informado – também teria supostamente consentido com a intervenção,

19 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 108.

20 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 109-150.

21 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 153-177.

acaso houvesse recebido uma explicação eficaz. As dificuldades de sua transposição ao direito penal são, contudo, pontuadas para justificar sua negativa. O seu ponto de vista se justifica, entre outros motivos, pelo fato de que essa espécie de decisão fictícia ofenderia a autodeterminação do paciente. Segundo discorre, o consentimento hipotético representaria apenas uma avaliação do juiz sobre o comportamento médico e, por consequência, acabaria substituindo a personalidade do paciente pela figura hermética de um paciente do senso comum²².

No que toca à ideia do âmbito de proteção da norma, explica a autora à luz da jurisprudência cível do *Bundesgerichtshof* que somente seriam ilegais as intervenções quando o risco, que deveria ter sido previamente esclarecido, concretiza-se no resultado. Quanto à necessidade do nexo de imputação entre a falta de esclarecimento e as consequências da intervenção, argumenta Santin que essa solução também seria insatisfatória sob a ótica da autonomia do paciente, porquanto, além de ignorar os riscos não esclarecidos, condicionaria a responsabilidade médica aos efeitos sobre a integridade física²³.

Finalmente, embora sejam apontadas certas vantagens à proposta de elaboração de um *novo tipo penal autônomo de “intervenções arbitrárias”*, esta é rejeitada por Santin por insuficiência. Em outras palavras, ainda que eleve a proteção do bem jurídico da autonomia do paciente, essa alternativa não resolveria os problemas da ofensa à integridade física do paciente derivada de uma intervenção não consentida eficazmente²⁴.

Em conclusão, sublinha a autora que, respeitadas certas situações em que aceitável a mitigação do dever de esclarecimento médico, a omissão médica quanto a esses esclarecimentos, sempre que determinantes para o exercício da autodeterminação do paciente sobre o destino de sua integridade física, acarretará a ineficácia do consentimento e, conseqüentemente, a falta de autorização da intervenção, constituindo-se, assim, em uma ofensa penalmente relevante²⁵.

Pois bem. Como se percebe, a obra de Santin percorre caminho ainda pouco familiar no Direito brasileiro. Só isso já suficiente para lhe render merecidos elogios, mas que, partindo de mim, seriam absolutamente despicientes, diante dos louvores já registrados por quem prefacia e apresenta seu livro²⁶. Tarefa mais

22 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 182-187.

23 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 187-190.

24 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 190-191.

25 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 191-193.

26 A obra é prefaciada pelo Prof. Dr. Luís Greco e apresentada pela Prof. Dr. Flávia Siqueira.

ádua, por outro lado, será a de identificar eventuais lacunas neste sólido trabalho, o que, diante do múnus que recai sobre o resenhista, não poderei me furtar de fazer.

Antes de tudo, acredito que a dogmática do consentimento mereceria um pouco mais de atenção da autora, porquanto ainda é muito incipiente entre nós. Aqui refiro-me especialmente à defesa da predominância da capacidade *natural* do menor para consentir sobre as disposições do Código Civil brasileiro (CC)²⁷. Ainda que as conclusões da autora possam justificar-se sobre a ideia de que o consentimento não seria um negócio jurídico²⁸, isto não me parece, por si só, suficiente para afastar-lhe a natureza de ato jurídico e, como tal, do âmbito de incidência do art. 4º, inciso I, do CC, que rege a capacidade de exercício²⁹. Por isso, entre outros bons argumentos³⁰, poderia ter sido desenvolvida a ideia, por exemplo, de que o consentimento do menor se fundaria nas cláusulas assecuratórias da liberdade individual e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, *caput*, e incisos X e XII, da Constituição Federal), cujo exercício não poderia ser limitado em demasia pela lei civil³¹. Agora imbuído da preocupação com o excesso de casuísmo e incoerência de nossa jurisprudência, eu esperaria uma mínima indicação de parâmetros sobre como guiar o julgamento de identificação da *maturidade espiritual e moral* do menor, que determinaria a eficácia de seu consentimento³². Nesse ensejo, chego ao ponto seguinte de minhas observações, pois creio que a utilização indiscriminada dos conceitos de *validade* e *eficácia* como sinônimos pode ensejar alguma confusão, diante da tradição jurídica brasileira que a estes se referem como planos distintos do ato jurídico. Certamente por influência da fonte alemã de pesquisa, prepondera no livro o uso do termo *eficácia*, cuja adoção naquele país é pacífica pela expressa regulação em seu Código

27 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 74.

28 Cf. SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 2), p. 231. Na doutrina alemã, entre outros, WAGNER, Gerhard. §630d. In: HENSSLER, Martin (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum BGB*. 8. Auflage. München: C.H. Beck, v. 5, 2020. nm. 21.

29 Atente-se que o art. 185 do CC adota expressamente uma posição dual, diferenciando os negócios jurídicos dos atos jurídicos *stricto sensu*; cf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. RL-1.28.

30 Cf. KASECKER, Izabele. A responsabilidade penal do médico por omissão diante de tratamento pelo paciente menor de idade ou por seu representante legal. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloísa (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 84-87.

31 Cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020. § 13, nm. 71, com referência à liberdade geral de ação do art. 2 I da GG (*Grundgesetz*, Lei Fundamental alemã).

32 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 75.

Civil (BGB) sobre os *pressupostos de eficácia* do consentimento (§ 630d II BGB)³³, o que entre nós inexistente. Para finalizar, se todos os direitos carregam consigo um custo econômico que lhes é inerente³⁴, surgiria ainda a dúvida, sob uma perspectiva sociológica, sobre como a implementação da proposta da autora – que exigiria consultas mais longas e maior disponibilidade do profissional – poderia ser acomodada na realidade de um mercado, cujo padrão mínimo de qualidade já é inacessível a boa parte dos brasileiros.

De toda sorte, independentemente destas pequenas observações, é indiscutível a relevante contribuição que Santin traz para o desenvolvimento para o Direito Penal da Medicina brasileiro. E tudo isso com uma qualidade que lhe mantém fiel à linha de seus mestres. Por um lado, não somente por realizar uma cuidadosa pesquisa bibliográfica, com destaque para a literatura e jurisprudência alemã, mas também por estruturar seus argumentos sob uma lógica do pensamento indutivo, por meio do esforço de concretização da discussão à luz de grupos de casos³⁵. Além disso, ganha destaque ao longo de todo o texto o seu inarredável compromisso com a autonomia humana, reconhecido por ela também como um *metaprincípio* imponderável da ordem jurídica³⁶. Defensora de que a vontade do paciente é o fundamento do direito médico, adota a ideia-chave de que somente as intervenções médicas consentidas são autorizadas pelo direito penal, sob pena de ofensa ao bem jurídico integridade física. É, pois, sobre esse fundamento que a autora ergue o dever de esclarecimento médico, tratando-o como pressuposto de validade do consentimento do paciente³⁷. Mais do que a construção de uma viga na matéria, Janice Santin nos brinda com uma obra que, antes de tudo, é um verdadeiro culto à liberdade e, por isso, de leitura obrigatória a todos os seus amantes!

33 Sobre a *ineficácia* do consentimento por falta de esclarecimento, cf. WAGNER, *ob. cit.* (nota 28), § 630e, nm. 6; no contexto do direito brasileiro, SIQUEIRA prefere referir-se a *pressupostos de validade*, cf. *ob. cit.* (nota 2), p. 219 ss.

34 SUNSTEIN, Carl; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depend on taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999. p. 15 ss.

35 Cf. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67 ss.

36 SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 70; cf. GRECO/SIQUEIRA, *ob. cit.* (nota 2), p. 652.

37 Cf. SANTIN, *ob. cit.* (nota 3), p. 61 ss.

Sobre o autor:**Pedro Pouchain** | *E-mail:* ppouchain@gmail.com

Mestre e doutorando em Direito (Humboldt-Universität zu Berlin/Alemanha). Procurador da República.

Recebimento: 04.07.2022**Aprovação:** 11.07.2022