

BRUNO SELIGMAN DE MENEZES

**O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NOS INJUSTOS CULPOSOS DE PRÁTICA
MÉDICA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2010

M543c Menezes, Bruno Seligman de
O consentimento do ofendido nos injustos
culposos de prática médica/ Bruno Seligman de
Menezes. – Porto Alegre, 2010.
129 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências
Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul (PUCRS), 2010.

1. Consentimento informado 2. Injustos
imprudentes 3. Prática médica 4. Teoria da
imputação objetiva I. Título

CDU

Aos meus pais, **Miriam** e **Marco**, pelo exemplo de retidão e de comprometimento acadêmico, ao longo de toda uma vida dedicada à arte de ensinar. A vocês, minha eterna gratidão, minha constante admiração, e o meu mais sincero e puro amor.

À minha avó, **Teresa**, por sua sabedoria, e por sua sempre afetuosa presença. Acompanhou cada passo do desenvolvimento desta dissertação com entusiasmo e vibração, não sem deixar de se angustiar com os prazos a serem cumpridos, como fosse sua a responsabilidade de terminá-la. Vó, sabes bem a grande parcela que tens em mais esta conquista.

Ao meu irmão **Daniel**, pelo grande amor que nos une. Nossos laços sanguíneos ficam em segundo plano perto da amizade, do respeito, e do amor que sempre nutrimos, mas que em nossas vidas adultas restaram solidamente fortalecidos.

Não posso deixar, ainda, de dedicar, em razão da sempre constante lembrança, ao meu avô, **Salomão** (*in memoriam*), cuja voz embargada de emoção, e seu sorriso de avô me acompanham a memória. Não tenho dúvidas de seu êxtase e realização neste momento festivo.

Por fim, mas não por último, à **Liéli**, quem, no apagar das luzes deste trabalho, veio clarear meus caminhos, e provou ser possível inventar e descobrir o amor, com cumplicidade e companheirismo. “*Estranho seria se eu não me apaixonasse por você...*”

AGRADECIMENTOS

Toda listagem é, diria **Prof. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer**, por sua natureza, totalizante e limitadora. Entretanto, por um dever de gratidão, não posso deixar de lembrar e agradecer a todos que tiveram participação ao longo desta jornada.

Início os agradecimentos, e não poderia ser diferente, ao **Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza**, denodado orientador, que sempre se mostrou disposto a discutir, ler, e ouvir minhas ansiedades acadêmicas. Deixou a criatividade livre, puxando as rédeas, quando necessário, e recolocando a pesquisa no melhor caminho. Não é a primeira vez que tenho o privilégio de ter sua qualificada orientação, e, sinceramente, espero não ser a última.

A dissertação consagra um período iniciado com os créditos, os quais sem dúvida contribuíram de forma incalculável para meu aprimoramento docente. Foi como aluno que espero ter aprendido ser um melhor professor. Todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, sem qualquer ressalva, merece um muito especial agradecimento, e o faço na pessoa de três grandes exemplos de professores e amigos, **Prof. Dr. Salo de Carvalho**, **Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Jr** e **Prof. Dr. Nereu José Giacomolli**.

Ao brilhante, atencioso e sempre solícito **Prof. Dr. Luis Greco**, pela inspiração, pelas leituras e pelos pertinentes conselhos trocados por email.

A retaguarda do Mestrado foi sempre muito bem conduzida pelo hábil *staff* do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, a quem agradeço na pessoa da Secretária **Raquel da Silva Pereira Kawata**.

Não me restam dúvidas de que esses dois anos seriam muito mais longos e difíceis, não fosse a companhia dos Mestres/Mestrandos da turma do PPGCCRIM de 2008, mas, mais do que colegas, essencialmente amigos **César Moreno Carvalho Pereira Jr.**; **Débora Poeta Weyh**; **João Ricardo Hauck Valle Machado**; **Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani**; **Rodrigo Mariano da Rocha Santos**; **Thayara Silva Castelo Branco** e **Thiago Carrion**.

Ainda, tenho muito à agradecer às grandes amigas e estagiárias **Pâmella Ewellyn Padilha de Salles** e **Camila Cunha Pereira dos Santos**, que sempre deram o suporte necessário para o bom andamento do escritório de advocacia.

Aos amigos **Paulo Gustavo Ferret dos Santos**; **Aline Casagrande**; **Alexandre Gallina Krob** e **Guilherme Pires Rosa**, que prestaram o incansável suporte necessitado em Santa Maria nas inúmeras ausências ao longo deste período, e ofereceram suas sinceras amizades.

Por fim, meu maior agradecimento, à **FADISMA**, através de sua direção geral e coordenação; aos colegas professores, nas pessoas dos amigos **Mario Luis Lírio Cipriani**, **Henrique Guimarães de Azevedo**, **Carolina Elisa Suptitz**, **Daiane de Moura Aguiar**, **Lúcio Lorenzon**, **Marícia de Azambuja Fortes**; aos funcionários, e, principalmente, a todos os meus **alunos** das disciplinas de Direito Penal I, II e III, razão maior deste estudo.

Ventana sobre la utopía
Ella está en el horizonte (...)
Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos.
Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá.
Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré.
¿Para que sirve la utopía?
Para eso sirve: para caminar.
(Eduardo Galeano - *Las Palabras Andantes*)

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à linha de pesquisa de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos do PPGCCrim/PUCRS, buscou perquirir a possibilidade de o termo de consentimento informado, instituto próprio da bioética, surtir efeitos jurídico-penais em injustos decorrentes de prática médica. Na tentativa de responder ao problema proposto, foi definida uma matriz teórica para o consentimento, a partir das teorias de Claus Roxin e de Manuel da Costa Andrade. Esta última se apresentou mais adequada, na medida em que consegue responder de forma mais completa, dentro unicamente da dogmática, sem recorrer a critérios mais abertos, vagos, como ocorre na primeira, que se vale de parâmetros político-criminais em situações bastante pontuais. Assim, apesar de toda a análise do consentimento, ele acaba sendo utilizado de forma diversa, relativamente aos injustos culposos. Isto porque com relação aos dolosos, o consentimento representa a convergência de vontades para realizar o injusto típico. Nos culposos, diferentemente, a convergência de vontades é para a não realização do injusto típico. O consentimento é para a criação de um risco sobre o bem jurídico protegido. Dentre as conclusões, resultou o afastamento da imperícia como elemento constitutivo da culpa, e também a não aceitação da conduta consentida como decorrente da inobservância do dever objetivo de cuidado, desde que realizada dentro da *lex artis*. Sob o olhar da teoria da imputação objetiva, a solução se apresenta a partir da heterocolocação em perigo dolosa consentida, afastando, igualmente, a tipicidade da conduta.

Palavras-chave: Consentimento informado – Injustos imprudentes – Teoria da Imputação Objetiva

ABSTRACT

The following dissertation linked to the Contemporary Judicial-Penal System research line of PPGCCrim/PUCRS, tried to investigate the possibility of the term of informed consent, proper institute of bioethics, to have juridical-penal effects in crimes resulting from the medical practice. In an attempt to respond to the problem proposed, defined a theoretical framework for the consent from Claus Roxin and Manuel da Costa Andrade theories. The latter appeared more appropriate in that it can respond more fully, solely within the dogmatic criteria without resorting to more open, vacant, as in the first, which uses parameters of political-criminal situations very punctual. Thus, despite all the analysis of consent, it ends up being used differently, for negligent crimes. This is because with respect to intentional, the agreement represents a convergence of wills to accomplish the typical crime. In the negligent ones, by contrast, the convergence of wills is not to accomplish the typical crime. Consent is to create an exposure to the legal protection. Among the findings, resulting in the removal of clumsiness as a constituent element of negligent crimes, and also the rejection of the conduct consented to by this failure of duty of care order, if carried out within the *lex artis*. The solution is also from the removal of authenticity, according to the theory of objective attribution.

Key Words: Informed consent – Negligent Crimes – Objective Imputation Theory

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O POSICIONAMENTO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÂNEA	11
1.1 O CONSENTIMENTO NA SOCIEDADE DO RISCO: BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	12
1.2 A EVOLUÇÃO DO CONSENTIMENTO NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL	15
1.3 CONSENTIMENTO E ACORDO NAS OBRAS DE CLAUS ROXIN E MANUEL DA COSTA ANDRADE: A AQUIESCÊNCIA COMO ELEMENTO AFASTADOR DO INJUSTO. EXCLUSÃO DE TIPICIDADE OU CAUSA JUSTIFICADORA?.....	29
2 REVISITANDO AS BASES DO CONSENTIMENTO INFORMADO: A BIOÉTICA EM SOCORRO À DOGMÁTICA PENAL	45
2.1 A EVOLUÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO VETOR DE TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO CONSENTIMENTO	45
2.2 O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO INSTRUMENTO DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE	51
2.2.1 Breve incursão histórica na noção de consentimento informado	53
2.2.2 A autonomia como conteúdo essencial de consentimento válido	59
2.3 DA CONSTRUÇÃO DE UM CONSENTIMENTO VÁLIDO ATÉ A FORMALIZAÇÃO DE UM TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO.....	66
3 A PRÁTICA MÉDICA CONSENTIDA E OS INJUSTOS IMPERITOS	85
3.1 A ATUAL CONCEPÇÃO DOS INJUSTOS IMPRUDENTES.....	85
3.1.1 O dever objetivo de cuidado consubstanciado na estrita observância da <i>lex artis</i>	92
3.1.2 O afastamento da <i>imperícia</i> como elemento constitutivo do injusto culposo – Estudo de um caso concreto	95
3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE DAS CONDUTAS MÉDICAS CONSENTIDAS	100
CONCLUSÕES	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

A questão do consentimento informado, instituto próprio da bioética, sofreu considerável avanço, em seu desenvolvimento teórico, a partir da última metade do século XX. Iniciado pela jurisprudência norte-americana, o consentimento informado passou a gozar de fundamental importância na mudança de um paradigma relacional entre médico e paciente.

Com isto, a relação paternalista, historicamente assumida pela atividade médica, passa a dar lugar a um novo papel de valorização à autonomia do paciente. Assim, aquele que tiver pleno domínio de sua vontade – maior, capaz – pode decidir algo que não lhe seja favorável, ou que lhe seja desfavorável.

Ao passo em que a bioética atinge esse grau de evolução, o direito penal mantém-se em uma estrutura engessada, que trata os injustos de prática médica, tal como o código penal concebeu, de forma genérica, a questão dos injustos culposos. Não é novidade que o trinômio imprudência-negligência-imperícia é insuficiente e equivocado para responder a essas novas necessidades da criminalidade contemporânea.

O problema central deste estudo consiste no questionamento sobre a possibilidade de um instituto tão próprio da bioética servir como instrumento de exclusão de imputação jurídico-penal. Para tentar solucionar o problema, trabalhou-se fundamentalmente com a hipótese de que o consentimento esclarecido teria condições de excluir a tipicidade da conduta, uma vez que, ainda que produzido um resultado desvalioso, a permissão para a criação do risco afastaria sua imputação. Isto porque os requisitos deontológicos para o consentimento – válidos em âmbito cível – podem perfeitamente ser estendidos ao direito criminal, porquanto têm a mesma origem e finalidade, inexistindo óbice, assim, para sua importação ao âmbito criminal.

A partir da leitura do problema e de sua hipótese, a relevância do presente estudo se apresenta fundamental. Primeiramente, ele se justifica na medida em que adere integralmente à linha de pesquisa à qual se encontra vinculado, Sistemas

Jurídico Penais Contemporâneos, bem como dentro da área de concentração do curso, Sistema Penal e Violência.

Para atingir seus objetivos, e apresentar solução ao problema, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos, cada qual com suas subdivisões pertinentes. No primeiro, o propósito foi o de investigar a origem e o desenvolvimento do consentimento do ofendido, ao longo da evolução epistemológica do direito penal, transitando do causal-naturalismo ao funcionalismo penal. Após, analisou fundamentalmente a posição do consentimento nas visões de Claus Roxin e Manuel da Costa Andrade. A divergência entre estes autores é que baliza a discussão sobre o papel que o consentimento do ofendido exerce na atual dogmática penal.

O segundo capítulo ocupou-se de tema da bioética. Tratou a matéria do consentimento informado em três grandes momentos. Primeiro, analisou o aspecto histórico, da evolução do consentimento na doutrina e jurisprudência norte-americana. Após, investigou o conteúdo do consentimento informado, buscando suporte em noções filosóficas de autonomia do paciente consenciente. Por fim, dedicou-se à formalização de um instrumento que consagre a exteriorização desta autonomia.

O último capítulo tratou de fazer um elo entre os dois primeiros, analisando a questão dos injustos imprudentes relacionados à prática médica consentida. O desenvolvimento deste capítulo comportou um estudo sobre a concepção atual a respeito dos injustos imprudentes, aproximando-os, ao máximo, dos delitos de prática médica. Esta aproximação apresentou-se, essencialmente, na relação que se tentou estabelecer entre *dever objetivo de cuidado* e a observância da *lex artis*; e, ainda, em ponto inovador que afasta a imperícia como elemento constitutivo do injusto culposos. Feitas todas essas considerações, o último tópico do último capítulo buscou vincular essa noção de injusto culposos, devidamente modulada para a prática médica, com a teoria da imputação objetiva.

CONCLUSÕES

No momento de rumar o estudo para suas conclusões, apresenta-se acertada a opção pela pesquisa transdisciplinar, na medida em que a o direito penal, isoladamente, apresentou-se incapaz de responder ao problema proposto; ao passo em que à bioética faltaria necessária força cogente para solucionar a questão do consentimento nas lesões culposas. Houve a necessidade de que os dois primeiros capítulos tratassem dos temas penais e bioéticos, tentando, na medida do possível, estabelecer um diálogo entre eles, para que, enfim, no terceiro se conseguisse aproximá-los ao máximo, amalgamando-os por meio da teoria da imputação objetiva relacionada aos injustos imprudentes.

Dentre as conclusões resultantes desta pesquisa, anotam-se:

- 1) O modelo teórico mais adequado para explicar o papel do consentimento é o de Manuel da Costa Andrade. Ainda que tanto ele quanto Claus Roxin compreendam o sistema das causas de justificação como situações de ponderação de interesses juridicamente relevantes, o autor alemão retira o consentimento deste sistema por compreender que inexistente conflito entre o ofensor e ofendido que caracterize causa de justificação.

A explicação de Manuel da Costa Andrade é mais coesa, no sentido de que não é necessário que o conflito se apresente em um plano unidimensional (ofendido x ofensor), mas sim em um plano mais amplo (ofendido e ofensor x sociedade).

Da mesma forma, a solução apresentada por Claus Roxin para o consentimento, quando o retirou do sistema de causas de justificação e o tratou como mera ponderação de bens jurídicos é falha, uma vez que não aceita que o titular de determinados bens jurídicos deles disponham, em nome de preceitos morais que poderiam acarretar dano social. Essa discricionariedade represente a quebra de logicidade da teoria de Claus Roxin.

- 2) Com relação ao consentimento informado, a hipótese da pesquisa restou inteiramente comprovada. Após detalhada análise da origem do termo de consentimento informado, segundo a jurisprudência norte-americana; da autonomia do indivíduo, conforme noções da filosofia; e, por fim, do atual estágio do consentimento informado, de acordo, basicamente, com a doutrina portuguesa, o que se permite concluir é que o termo de consentimento esclarecido, da bioética, tem, perfeitamente, o condão de agir como o consentimento do ofendido, da dogmática penal.

É fundamental esclarecer, contudo, que o papel do termo de consentimento informado, ainda que tenha incidência direta sobre direito material, exerce um papel unicamente de prova. Isto porque sua ausência não implica qualquer presunção de culpa por parte do profissional médico, mas sua presença demonstra ter sido consentido o procedimento realizado.

- 3) Em razão de tratar de injustos imprudentes, é importante anotar que o consentimento não incide diretamente como permissão para o cometimento do injusto típico, mas sim como permissão para a criação de um risco. A teoria da imputação objetiva responde de forma muito mais satisfatória aos anseios de imputação do que as teorias anteriores, uma vez que limita o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais.

A esse respeito, o consentimento do ofendido nos injustos imprudentes representa a permissão para a criação de um risco, e, portanto, apresenta-se em conformidade com o critério definido por Claus Roxin, de exclusão de imputação tanto a partir do critério da *heterocolocação em perigo consentida*, quanto da *criação de um risco permitido*.

- 4) Este risco permitido, criado a partir do consentimento, conduziu a discussão ao papel que a imperícia representa dentro de uma teoria do injusto imprudente. Neste momento da pesquisa, permite-se concluir que a utilização tão-somente da *imperícia*, como critério de análise de práticas médicas, afigura-se inapropriada para a caracterização do injusto imprudente. Isto porque, como já dito, a imperícia aproxima-se do erro profissional, que, por sua vez, se insere dentro da previsibilidade de falibilidade humana.

O profissional não pode ser punido por desconhecer melhor técnica ou conduta, mas sim por realizá-la de forma imprudente ou negligente. Assim, o tratamento escolhido pode não ter sido o mais recomendável, mas executado de acordo com literatura técnica especializada, e mesmo assim ser ineficaz. Outro pode ter optado por técnica mais atual, mas mal executado, e igualmente ineficaz. O que parece, aos olhos do presente estudo, é que o primeiro caso não pode caracterizar injusto imprudente, em razão de que o insucesso decorre da imperfeição humana, e não da falta de um dever *objetivo* de cuidado.

Em outras palavras, o risco criado pelo profissional que observou cuidadosamente a técnica, ainda que não tenha escolhido a mais adequada, não pode ser considerado um risco proibido. Não se permite aqui uma dicotomia entre proibido x permitido, já que há condutas proibidas, e outras permitidas, mas dentro destas há as mais recomendáveis e as menos recomendáveis, de modo que nestas – permitidas e menos recomendáveis – se insere o tema deste estudo.