



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**

**JOSÉ CAUBI DINIZ JÚNIOR**

**RESPONSABILIDADE PENAL NA ÁREA DE SAÚDE:  
ANÁLISE PENAL E BIOÉTICA DO  
CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO  
EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU ATIPICIDADE**

Brasília - DF

2011

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP**

**JOSÉ CAUBI DINIZ JÚNIOR**

**RESPONSABILIDADE PENAL NA ÁREA DE SAÚDE:  
ANÁLISE PENAL E BIOÉTICA DO  
CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO  
EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU ATIPICIDADE**

Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP -, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação de Processo Penal.

Orientador: Mohamad Mahmoud

Brasília - DF

2011

JOSÉ CAUBI DINIZ JÚNIOR

**RESPONSABILIDADE PENAL NA ÁREA DE SAÚDE:  
ANÁLISE PENAL E BIOÉTICA DO  
CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO  
EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU ATIPICIDADE**

Monografia apresentada à Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial para a conclusão de Pós-Graduação em Processo Penal, no dia \_\_\_\_/\_\_\_\_/2011.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/2011

BANCA EXAMINADORA

---

Prof ° Orientador: Mohamad Mahmoud

---

1º Examinador

---

2º Examinador

A meus pais José Diniz e Fatima  
Diniz pelo incansável apoio e  
dedicação de todas as horas.

A minha querida e amada filha  
Thais Diniz razão de tudo.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus que em todos os momentos se faz presente em minha vida.

Ao professor orientador Mohamad Mahmoud pelas instruções e incentivos recebidos durante a confecção do trabalho.

## Integridade e firmeza

Esteja sempre do lado da razão, e com tal firmeza de propósito que nem a paixão comum, nem a tirania o desviem dela. Mas onde estará essa fênix de equidade? Poucos cultivam a integridade. Muitos a louvam, mas poucos a visitam. Alguns a seguem até que a situação se torne perigosa. Em perigo, os falsos a renegam e os políticos a simulam. Ela não teme contrariar a amizade, o poder e mesmo o seu próprio bem, e é nessa hora que é repudiada. Os astutos elaboram sofismas sutis e falam de louváveis motivos superiores ou de razão de Estado. Mas o homem realmente leal considera a dissimulação uma espécie de traição e preza mais ser firme do que o ser sagaz e se encontra sempre do lado da verdade. Se diverge dos outros, não é devido à sua inconstância, mas porque os outros abandonaram a verdade.

(Baltasar Gracián – A Arte da Prudência)

## RESUMO

Na área de saúde, os tratamentos estabelecem uma complexa relação envolvendo o profissional da saúde e pacientes. O desenvolvimento tecnológico experimentado na referida área colocou a disposição diversas oportunidades de tratamentos, neste contexto, aparece o termo de consentimento livre e esclarecido, ou consentimento informado, emitido pelo paciente, ou seu representante legal, a partir de informações fornecidas pelo profissional da saúde, fundamentadas em princípios bioéticos, princípios relacionados a direitos humanos e normas ético/jurídicas previstas no direito brasileiro. O consentimento informado é documento obrigatório que deve existir antes de cada procedimento eletivo. A falta do consentimento informado afronta normas éticas previstas nos Códigos de Ética Médico e Odontológico, bem como servirá de meio de prova em eventuais demandas judiciais de qualquer natureza. O consentimento somente pode abarcar bens jurídicos disponíveis devendo ponderar valores morais e éticos, envolvendo “ofensor”, “ofendido” e sociedade. Na esfera penal, a não existência do consentimento é considerado crime em Portugal; no Brasil, não há tipificação específica, contudo, nos casos de resultados indesejáveis na terapêutica adotada, mesmo que não haja erro técnico do profissional, em se tratando de bem jurídico disponível, e procedimento eletivo, a falta do consentimento, analisado o caso concreto, poderá redundar em condenação criminal do profissional de saúde envolvido, com fundamento no abuso de direito, em contraponto ao exercício regular do direito, que, via de regra, autoriza o ato “médico”.

**Palavras-chave:** Consentimento Informado, Profissional da Saúde e Pacientes, Ética, Área Penal.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	08
<b>1.ASPECTO BIOÉTICO DO CONSENTIMENTO INFORMADO .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Compreensão Histórica.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Os Princípios da Utilização do Consentimento Informado: o entendimento internacional .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3. O Consentimento Informado no Brasil .....</b>	<b>17</b>
<b>2. O CONSENTIMENTO INFORMADO .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Definição do Termo “Consentimento Informado” .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 O Consentimento Informado e os Reflexos na Odontologia e na Medicina.....</b>	<b>20</b>
2.2.1 <i>A Bioética .....</i>	20
2.2.2 <i>Beneficência e Paternalismo .....</i>	22
2.2.3 <i>Autonomia e o Informado .....</i>	24
<b>3. ASPECTO JURÍDICO PENAL DO CONSENTIMENTO INFORMADO .....</b>	<b>29</b>
<b>3.1. A Esfera Jurídico Penal .....</b>	<b>29</b>
3.1.1. <i>Consentimento do Ofendido .....</i>	31
<b>3.1.1.1 O Consentimento como Excludente de Tipicidade.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1.1.2 O Consentimento como Excludente de Ilícitude.....</b>	<b>42</b>
3.1.2. <i>Nova Realidade: Novo Direito Penal.....</i>	43
3.1.3 <i>Exercício Regular do Direito .....</i>	47
<b>3.2. Estudo de Caso Concreto em Odontologia.....</b>	<b>49</b>
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS .....	55

## INTRODUÇÃO

Houve época, não muito distante dos dias de hoje, em que os médicos gozavam de verdadeira blindagem corporativa para acobertar os erros e danos cometidos no exercício de sua profissão. O caráter técnico e complexo de sua atividade fazia com que o juiz só pudesse compreender o que de fato se passara durante um tratamento mal-sucedido, recorrendo ao parecer de outro médico. Como havia um *esprit de corps* muito arraigado no meio profissional, os laudos quase nunca eram imparciais e, ao contrário, procuravam, em regra, forçar justificativas que, de um modo ou de outro, inocentassem os que, às vezes, haviam cometido até mesmo atos culposos graves.

Os tempos mudaram graças a um espírito ético mais consentâneo com a verdade e com a defesa geral do meio e, especialmente, dos profissionais, que em maior número, cumprem com rigor os deveres inerentes ao seu *mister* e não querem nem podem ser equiparados socialmente aos relapsos e irresponsáveis, que representam, na realidade, uma minoria na classe médica e odontológica. Além disso, a sofisticação e precisão da aparelhagem moderna tornam difícil ocultar as causas reais do insucesso de um tratamento, de modo que os laudos técnicos não têm mais como se afastar da realidade objetivamente apurada e retratada por meio da tecnologia. Ferramentas no meio jurídico foram fundamentais nessas mudanças de concepções éticas e mesmo de respeito ao próximo.

O desenvolvimento tecnológico da área de saúde e a mudança de paradigma de direitos humanos revolucionaram a relação entre pacientes e profissionais de saúde. A sobreposição da autonomia do paciente sobre o paternalismo ditatorial dos profissionais da área de saúde foi influenciado pelo desenvolvimento dos conceitos bioéticos e das mudanças doutrinárias e jurisprudenciais do direito em todo o mundo.

Os pacientes submetidos a pesquisa ou assistência médica de cunho terapêutico tornaram-se responsáveis por seus próprios destinos,

deixando de ser meros expectadores para se tornarem responsáveis por influenciar seu prognóstico e tratamento. Neste contexto, o direito penal tem decidido que o consentimento é um documento indispensável na relação de profissionais da saúde e pacientes, respeitado a disponibilidade do bem jurídico tutelado.

Na bioética o respeito a autonomia do paciente manifestado pelo termo de consentimento informado produzido de maneira voluntária e consciente tornou-se indispensável. Neste sentido, Engelhardt (APUD: FABIANO MALUF et al., 2007; 1998) acredita que o consentimento proporciona a base para aquilo que poderia ser chamado de autonomia como respeito mútuo. O respeito pela autonomia das pessoas como agentes morais capazes de decidir, uma vez devidamente informados, é crucial como fundamento bioético<sup>9</sup>. Oportuno ressaltar, que tais ponderações bioéticas devem ser mostradas aos dentistas, público-alvo deste trabalho.

Os autores dizem que as críticas mais contundentes a este princípio baseiam-se na incapacidade técnica do paciente de optar por este ou aquele tratamento. No entanto, os pacientes estão cada vez mais conscientes para tomar decisões informadas sobre questões de saúde em geral. Isto é decorrente da grande influência da mídia. Pacientes que irão sofrer um procedimento, odontológico ou médico, têm o direito de saber o suficiente sobre o tratamento a que vão se submeter.<sup>1</sup> Também têm o direito de saber as alternativas e os riscos envolvidos na recusa do tratamento (GRAHAM e HAREL RAVIV, 1997, p. 460-463). Na verdade, não se trata de exigir do paciente um curso de odontologia para que tome suas próprias decisões; trata-se sim de mostrar-lhe opções de tratamento, consequências de cada um deles, em linguagem simples e clara, de modo que ele possa tomar suas próprias decisões, baseadas no bom senso.

Os autores orientam que não é assim que as coisas se passam e a causa de eventuais distorções está no caráter assimétrico da relação

---

<sup>1</sup> Na França e na Alemanha, já é postulado a Teoria da Perda de uma Chance (*chance perdue*) que consiste na informação necessária ao paciente de todos os procedimentos, não só para a informação deste, mas para a proteção jurídica do profissional médico ou dentista. Essa Teoria já é reivindicada e praticada no Brasil.

profissional–paciente. Essa assimetria é devido a duas razões principais: a primeira diz respeito à natural fragilidade do paciente e a outra razão é a autoridade proveniente do saber por parte do profissional. Uma das questões fundamentais que se deve colocar sobre o paternalismo diz respeito ao modo pelo qual o profissional entende e vivencia esta relação. A assimetria da relação leva o cirurgião–dentista a não ver nela qualquer tipo de reciprocidade. Ele detém o saber e a responsabilidade. O profissional assume, então, a fragilidade do paciente como condição inevitável e incontornável e isto pode ser levado a tal ponto que o paciente é anulado como pessoa para opinar sobre seu tratamento.

Nas possibilidades de ocorrer a figura do cirurgião-dentista como faltoso em sua prestação profissional, este passou a figurar no pólo passivo nos processos julgados nos tribunais com maior frequência. Dessa forma, o poder judiciário brasileiro tem apreciado muitas denúncias ofertadas pelo Ministério Público a respeito de procedimentos médicos e odontológicos, na prática clínica diária, desacompanhados de consentimento informado de pacientes.

O consentimento informado exigido do paciente antes da realização de qualquer procedimento na área de saúde é um documento, cujo conteúdo deve exprimir a vontade livre e consciente do paciente para se submeter ao tratamento proposto. A maioria dos procedimentos médicos e odontológicos são invasivos e podem ser considerado lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro.

O consentimento do ofendido pode funcionar como causa excludente de ilicitude ou de tipicidade dependendo do caso analisado. Assim, o profissional da área de saúde estaria autorizado a submeter o paciente a procedimentos terapêuticos, comprovados cientificamente.

Como dito, o trabalho se justifica na necessária exposição, que há uma notória ausência de envolvimento de vários juristas na tratativa da matéria, que não raro, vem sendo enfrentada de modo superficial e insuficiente, portanto, sem o aprofundamento necessário, gerando imprecisões,

contradições e incoerências em relação às questões precisamente novas sob tal prisma. Impõe-se, pois, a revisão de certos conceitos preestabelecidos, mas não efetivamente demonstrados, bem como, de determinadas posturas assumidas.

O trabalho ora apresentado assume uma valia imediata, tanto para os aplicadores do Direito, como também para os profissionais da saúde. Na área do Direito, vale como instrumento de trabalho, para solução adequada e justa do conflito. Na área odontológica, cuja demanda é galopante, vale como alerta, precaução e orientação, no sentido de permitir que aos cirurgiões-dentistas exerçam as suas atividades de uma maneira mais segura e tranqüila, evitando-se uma Medicina que se exima de correr riscos, que são inevitáveis, em muitos casos, além de resguardar aos pacientes o direito à informação integral referente às intervenções sofridas. Dessa forma, o consentimento informado é instrumento de rumo à consolidação de um verdadeiro Direito Médico, quando por fim divide sua responsabilidade ao informar ao paciente suas condições e para o ordenamento jurídico brasileiro as possíveis conseqüências nas situações tidas por corriqueiras – ou mesmo aquelas mais complicadas, ou não.

O presente trabalho vem então, com intuito de esmiuçar o entendimento do Consentimento Informado, afim de que possa permitir aos profissionais operadores do direito maior compreensão acerca do tema, da relação pessoa/paciente com os possíveis mecanismos da ação médica-odontológica, e por fim, restar apenas vivenciarem as conseqüências em prol destas.

Nos capítulos seguintes o trabalho foi dividido no primeiro capítulo em aspectos históricos bioéticos e jurídicos do consentimento informado, no segundo capítulo uma discussão detalhada sobre os fundamentos do consentimento informado sob a égide bioética e no terceiro capítulo aborda o consentimento informado na esfera jurídico penal, inclusive analisando um caso judicial concreto de grande repercussão.



# 1 ASPECTO BIOÉTICO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

## 1.1. Compreensão Histórica

O termo consentimento segundo o dicionário Aurélio é dar consenso ou aprovação, é consentir, assentir (FERREIRA, 2006, p. 259).

Segundo José Roberto Goldim (1997), em 1677, em Tripoli, capital do Líbano, na época pertencente a Síria, um paciente assinou um documento sobre o procedimento cirúrgico que iria ser submetido, estabelecendo uma série de condições e critérios para diferentes situações, incluindo o pagamento e cuidados pós-operatórios.

Tal documento, na realidade um contrato, onde eram esclarecidos detalhes do procedimento, direitos e deveres das partes precedeu os atuais Termos de Consentimento Informado. Ressalte-se, que se tratava de um documento jurídico, mas com forte influência moral e religiosa, devido a lei islâmica (Sharia) vigente naquele período. Este contrato estabelecia que nem o cirurgião nem os seus descendentes teriam, no caso de morte do paciente, qualquer responsabilidade ou obrigação financeira. Desta forma, a exemplo de muitos Termos de Consentimento atuais, este documento era um Termo de Isenção de Responsabilidades.

De acordo com Goldim (1997), na esfera jurídica, o primeiro registro, ocorreu na Inglaterra, em 1767, um paciente, Sr. Slater, procurou um médico Dr. Baker, que atuava junto com o Dr. Stapleton, para tratar de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos, sem consultar o paciente, ao retirarem a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositadamente, com o objetivo de utilizarem um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente processou os médicos por terem provocado "por ignorância e imperícia" nova fratura, causando danos desnecessários, além de não o ter informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. Com o objetivo de esclarecer detalhes do caso, utilizadas testemunhas peritas, ou seja, outros médicos reconhecidamente competentes nesta área para darem sua opinião sobre o

ocorrido. Dois médicos testemunharam como peritos e foram unânimes em afirmar que o equipamento utilizado não era de uso cotidiano, que somente seria necessário fraturar novamente uma lesão óssea no caso desta ter se consolidado de forma errada, e, finalmente, que o paciente não consentira tal procedimento médico. O paciente alegou, inclusive, que teria protestado quando o procedimento foi realizado, solicitando que o mesmo não fosse levado adiante. A Corte terminou por condenar os médicos.

Conta Goldim (1997), que o primeiro registro científico noticiado sobre o uso de um documento estabelecendo uma relação entre um pesquisador e um indivíduo objeto de pesquisa, foi registrado em 19.10.1833. O pesquisador era o médico William Beaumont (1785-1853) e o sujeito da pesquisa era Alexis St. Martin. O paciente objeto da pesquisa recebeu moradia refeição e US\$150,00 devendo estar disponível por um ano para todos os experimentos que fossem necessários. No caso relacionado a pesquisa ficou famosa por suas peculiaridades. O paciente Alexis St. Martin ficou com uma seqüela de um tiro acidental de uma arma de fogo, que permitia a observação do interior de seu estômago por anos. Destaque que o Dr. William Beaumont responsável pelo atendimento ao paciente e pelas experiências é considerado fundador da Gastroenterologia.

Também em relação a pesquisa científica, o caso Hansen, de 1880, na Noruega, resultou em condenação judicial por falta de consentimento informado. No caso concreto o pesquisador inoculou o bacilo da lepra nos olhos do paciente, mesmo sabendo das consequências sem a aquiescência do paciente. Em decorrência o medico Dr. Hansen perdeu o cargo de médico no leprosário de Bergen e a licença para clinicar.

Em 1896, Albert Neisser, afirmou ter imunizado, utilizando plasma contaminado com sífilis, três meninas e cinco prostitutas, sem obter qualquer consentimento. Em consequência foi multado pelo Ministério dos assuntos religiosos, educacionais e médicos da Prussia (BACKER, 1988).

Em 1914, destaca-se o caso Schloendorff contra *Society of New York Hospitals*, no qual a autora portadora de um fibroma teve o tumor extraído



cirurgicamente. Ocorre que a paciente acreditava que se tratava de simples intervenção para corroborar o diagnóstico. Na sentença o juiz Benjamin Cardozo afirmou que “todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito para determinar o que deverá ser feito em seu próprio corpo, e um cirurgião que executar uma operação sem seu consentimento comete uma agressão”. Assim, aqueles médicos que ignorassem tal determinação poderiam ser considerados culpados por ofensa física (KFOURI NETO, 2010, p. 43).

Na Alemanha, o evento denominado “desastre de Lubeck”, ocorrido em 1930, entrou para a história após a morte de aproximadamente setenta e cinco crianças, de um total de cem, submetidas a testes com vacina BCG sem o consentimento dos representantes legais.

O estudo que teve uma das maiores repercussões negativas da história, pela absoluta falta de consentimento e informação dos pacientes que participaram das pesquisas é o estudo da Sífilis Não-Tratada de Tuskegee que foi um ensaio clínico levado a cabo pelo Serviço Público de Saúde dos Estados Unidos (SPS) em Tuskegee, Alabama entre 1932 e 1972, no qual 399 sifilíticos afro-americanos pobres e analfabetos, e mais 201 indivíduos saudáveis para comparação, foram usados como cobaias na observação da progressão natural da sífilis sem medicamentos (WIKIPÉDIA, TUSKEGEE).

Conforme mencionado, os doentes envolvidos não foram comunicados do seu diagnóstico nem forneceram qualquer consentimento informado, ao contrário foram avisados que tinham "mau sangue" e que se participassem das pesquisas receberiam tratamento médico gratuito, transporte para a clínica, refeições e a cobertura das despesas de funeral.

Terminado o estudo, apenas 74 dos pacientes que participaram da experiência estavam vivos; 25 tinham morrido diretamente de sífilis; 100 morreram de complicações relacionadas com a doença; 40 das esposas dos pacientes tinham sido infectadas; e 19 das suas crianças tinham nascido com sífilis congênita.

O caso foi denunciado por um membro da equipe e culminou com o encerramento das experiências. Em consequência das incisivas críticas desferidas ao estudo mencionado, vários institutos de ética médica e humana foram criados nos Estados Unidos. Foram, também, criados programas governamentais e atribuídas indenizações para os descendentes e alguns sobreviventes.

Em 1947, na cidade de Nuremberg, Alemanha, foi criado o Código de Nuremberg, que citava a necessidade de consentimento informado nas pesquisas com seres humanos.

## **1.2. Os Princípios norteadores da Utilização do Consentimento Informado: o entendimento internacional**

Os princípios para utilização do consentimento informado são mencionados de forma sutil na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Estão dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade" (Art.1º). "Todos têm direito à vida, liberdade e segurança pessoal" (Art. 3º). "Ninguém será submetido a tortura ou punição cruel, desumana ou degradante" (Art.5º).

A Declaração de Helsinque (1964), repisada pela última vez na 41ª assembleia Médica Mundial, Hong Kong (1989), usa *consentimento informado*. Referências ao mesmo termo podem ser encontradas no Belmont Report (1978) e nos códigos deontológicos e nos códigos de ética médica das diferentes nações. Uma exposição adequada sobre o mesmo tema está contida nas *Proposed International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* (1982), traduzidas para o português e publicadas no Brasil sob o título Diretrizes Internacionais Propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) (ZIMMERMAN, 1997). Uma nova edição aperfeiçoada dessa última é a Internacional *Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* (CARRARO, 2010).

Registre-se que, a primeira vez que a palavra “Consentimento Informado” foi utilizada em uma sentença judicial foi no caso Salgo contra Leland Stanford Jr, *University Board of Trustees*, em 1957, na Califórnia/EEUU (GODIM, 1997).

O litígio mencionado envolveu o paciente Martin Salgo, de 55 anos, que tinha arteriosclerose e submeteu-se a uma aortografia diagnóstica. O procedimento foi realizado utilizando-se de anestesia e contrastes. Na manhã seguinte, em decorrência do procedimento o paciente descobriu que tinha os seus membros inferiores paralisados. A Corte entendeu que o médico tinha violado o direito do paciente a informação relacionada aos riscos do procedimento médico a que havia se submetido. A Corte em sentença afirmou que o médico deve revelar plenamente os fatos necessários a um consentimento informado.

A *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research* publicou dois documentos em 1983, que mencionavam diretamente o consentimento informado, um intitulado *Making Health Care Decisions: The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, e o outro que abordava o mesmo tema de forma indireta, *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment*.

Luciana Mendes Pereira Roberto (2008, p.100), lembra que outras fontes europeias disciplinam o consentimento informado citando que o conselho da Europa elaborou a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1951) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDH Bio, 1996), que trazem recomendações para o desenvolvimento da área de saúde.

O mesmo autor cita ainda a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (1984), o Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (UNESCO, 1997) e a Declaração dos Direitos dos

Pacientes - Organização Mundial da Saúde – OMS, 1994 -, onde o consentimento é mencionado.

Na doutrina espanhola, cujos tribunais tratam do consentimento desde 1959, o instituto funda-se no respeito à dignidade da pessoa humana e no direito a integridade pessoal como direito à personalidade. No direito português o consentimento é mencionado na Constituição Federal, especificamente quando aborda a dignidade da pessoa humana e o direito a autodeterminação do ser humano. Também, a falta de consentimento é tipificado como crime no Código Penal Português. No ordenamento jurídico francês o consentimento informado surge dos deveres contratuais entre médico e paciente. Em 1889, observa-se julgado no sentido de obrigar o médico a obter o consentimento informado. Na Itália, em 1982, a Corte de Cassação, decidiu que antes do procedimento cirúrgico o médico deve obter o consentimento respeitando a autonomia do paciente e a capacidade de compreensão (ROBERTO, 2008, p. 98-99).

### **1.3. O Consentimento Informado no Brasil**

Já no Brasil, em 1884, o cientista Louis Pasteur tentou realizar testes com vacina antirrábica em condenados a morte, sem mencionar a autorização destes. Entretanto, a pesquisa foi vetada por D. Pedro II (CARRARO, 2010). As primeiras tentativas de normatizar o uso do consentimento em respeito a autonomia do paciente iniciou-se em 1980, a partir de dois documentos: um do Ministério da Saúde e outro do Conselho Federal de Medicina (1982) que estabeleceram as bases para o uso, o primeiro se referiu a pesquisa e o segundo a assistência.

Em 1981, a Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos - DIMED do Ministério da Saúde publicou a portaria 16/81 que utilizava Termo de Conhecimento de Risco para todos os projetos de pesquisa com drogas não registradas. No documento as autoridades procuravam alertar o paciente dos riscos da pesquisa a que se submeteria isentando assim, o Ministério da Saúde

de eventuais danos decorrentes da pesquisa. O documento não trazia em seu bojo qualquer menção a autonomia do paciente pesquisado, nem tão pouco, trazia informações a cerca dos riscos a que iria ser submetido.

Ainda segundo Goldim (1997), o Conselho Federal de Medicina estabeleceu em 1982, que todas as provas necessárias para o diagnóstico e terapêutica deveriam ser realizados apenas com o consentimento do paciente, tratava-se da Resolução CFM 1081/82. Dos cinco artigos que compunham a Resolução, quatro se dedicavam a autorização para necropsia. A resolução determinava que a autorização deveria ser solicitada no momento da internação, porém a sua recusa não deveria se constituir num impedimento para o tratamento do paciente. Na Resolução o consentimento pode ser dado por procuração ou por um representante legal, quando o paciente for incapaz de decidir por si próprio. Esta Resolução já utilizava, ainda que superficialmente, os dois componentes, o de informação e a capacidade para consentir. Todavia, em nenhuma destas situações foi abordada a questão da compreensão nem da voluntariedade.

O termo consentimento livre e esclarecido foi utilizado amplamente na Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, trata-se de um termo mais apropriado, sendo seu alcance, do ponto de vista bioético amplo.

## 2 O CONSENTIMENTO INFORMADO

### 2.1. Definição do Termo ‘Consentimento Informado’

O consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido consiste na autorização do paciente de forma consciente e voluntária, tácita ou escrita, para que determinado profissional da área de saúde realize algum procedimento médico. Para isso, o paciente deve ter sido informado de maneira clara e adequada a sua compreensão sobre todos os fatores envolvidos no procedimento a que se submeterá. Neste sentido, o consentimento deve ser dado por pessoa com capacidade de discernimento e autônoma, tanto do ponto de vista bioético quanto jurídico (como previsto na legislação brasileira), antes do procedimento.

João Paulo Orsini Martinelli (2010) diz que o vocábulo “consentimento” origina-se do latim *consentire*. Na língua portuguesa, a palavra significa “permitir; sofrer; tolerar; tornar possível; concordar com; aprovar; admitir; int. aprovar; t-rel. deixar, dar lugar a; permitir; admitir; rel. anuir; concordar; condizer; estar em harmonia”. Pierangelli diz que:

A conduta do médico é tornada lícita pela vontade do paciente em se submeter a um determinado tratamento clínico ou cirúrgico, ou seja, é a auto determinação do paciente em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de consequências lesivas para ele, consequências estas ínsitas no tratamento (PIERANGELLI, APUD: GIOSTRI, 2002, p. 80).

Ao paciente deve estar claro o entendimento sobre a intervenção que irá se submeter; o consentimento deve ser prestado antes do fato; o ato de consentir deve ser livre; o titular do bem jurídico ou seu representante legal são os que legalmente podem consentir, e o termo de consentimento deve ser exteriorizado de modo tácito ou escrito (GIOSTRI, 2002, p. 80).

Os profissionais da área de saúde devem informar seus pacientes sobre diagnósticos, prognósticos, riscos, alternativas ao tratamento e objetivos do tratamento. O profissional da saúde deve ainda prestar todos os

esclarecimentos quanto a participação do paciente antes, durante e depois do tratamento (ROBERTO, 2010, p. 84).

Desiré Carlos Callegari e Reinaldo Ayer de Oliveira (2010) comentam que o consentimento informado compreende a aprovação por parte do paciente, expressa ou tácita, quanto a permitir ou participar de determinado procedimento terapêutico. Os autores afirmam ainda que o consentimento livre e esclarecido protege e promove a autonomia, devendo ser voluntário e informado de forma clara.

Segundo, Faden e Beauchamp (APUD: CALLEGARI e OLIVEIRA, 2010) para que as ações sejam consideradas autônomas devem existir três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo, ou seja, o agente deve estar absolutamente informado e ter capacidade para interpretar as informações sem que haja qualquer pressão ou coação.

## **2.2 O Consentimento Informado e os Reflexos na Odontologia e na Medicina**

### *2.2.1 A Bioética*

O extraordinário progresso técnico-científico constatado na área odontológica, nos últimos anos, não foi acompanhado com a mesma rapidez por um pertinente embasamento ético que fornecesse sustentação às novas técnicas e/ou ao uso de novos materiais que foram sendo incorporados ao exercício profissional e às situações que a partir daí se criaram (MARTINELLI, 2010).

Um das principais campos de pesquisa hoje na área bioética é exatamente a relação entre o profissional de saúde e o paciente no que concerne ao uso do poder adquirido pelo saber de um, em detrimento da liberdade do outro. É necessário que o profissional saiba administrar este poder de maneira a não interferir na individualidade de seu paciente.

O grande abismo social criado na odontologia concentra-se na falta de uma maior aproximação com o público. Isto talvez deva-se ao fato de por muitos anos a elitização dos serviços odontológicos ter criado sua própria multidão de excluídos. Hoje, porém, a quantidade de informações disponibilizadas permite às pessoas questionar sobre a importância da saúde bucal, bem como sobre seu direito de acesso a estes serviços. Além disso, dentro dos consultórios odontológicos, tanto particulares como públicos, uma nova relação se desenha, pois pacientes que antes acatavam sem questionar o tratamento proposto por seu cirurgião-dentista, agora buscam informações mais detalhadas sobre o que lhes vai acontecer. Questões como alternativas de tratamento, prognósticos, esterilização de materiais, uso de anestesia local, materiais estéticos, clareamento dental, prevenção e outras, começam a ser colocadas a cada dia com mais intensidade por parte dos usuários (SOARES, MOTA, GRAVINA, 2001).

O uso do consentimento livre e esclarecido é um instrumento fundamental para a comunicação entre o paciente e o profissional de saúde, capaz de proporcionar uma relação mais honesta e transparente. O cirurgião-dentista não deve ater-se somente aos aspectos legais que o consentimento informado sustenta, transformando-o num documento burocrático para evitar possíveis processos legais que porventura possam ocorrer (RESOLUÇÃO 196/1996).

Segundo Soares, Mota, Gravina (2001), o profissional de saúde não tem o direito de intervir em seu paciente sem o consentimento deste, ainda que em seu benefício. As únicas duas exceções para se obter o consentimento informado do paciente aparecem na odontologia em situações de emergência, e em casos que o paciente está muito doente ou sob muito estresse, que descobrir os riscos envolvidos iria claramente ser inútil e provavelmente trazer mais prejuízo do que benefício (GRAHAM, HAREL RAVIV, 1997, p. 460-463). Para que isto não ocorra, é preciso haver comunicação entre os dois, devendo o profissional expor todos os fatos relevantes sobre a intervenção que irá realizar, bem como responder a todas as questões levantadas por seu paciente. Ao sentar na cadeira do cirurgião-dentista, o paciente passa a se



relacionar com este, baseado na confiança. Ou seja, transfere para o profissional a responsabilidade de sua cura.

Segundo estes autores, o que se discute não é a ação paternalista em si, pois geralmente um profissional age de maneira a buscar o benefício para o seu paciente ou para prevenir males futuros. A questão é que o ser paternalista envolve uma privação da liberdade das pessoas que irão receber o benefício. No caso do cirurgião-dentista, para que a intervenção seja feita, é preciso que o paciente consinta de forma autônoma, livre e esclarecida.

O cirurgião-dentista não deve assumir sozinho os riscos inerentes ao tratamento; deve sim, compartilhar todas as informações, o que resultará no respeito à autonomia da vontade do paciente.

### *2.2.2 Beneficência e paternalismo*

Os cirurgiões-dentistas, de uma maneira geral, têm uma conduta profissional paternalista com relação aos pacientes. Isto é, baseados no conhecimento técnico, e em nome da beneficência e da não-maleficência, estes profissionais decidem por seus pacientes o que é melhor para eles, ou ainda, sonegam-lhes informações sobre prognósticos de tratamento, além de realizarem procedimentos sem discutir possíveis alternativas.

Quando um profissional, em nome da beneficência, (princípio bioético que significa a capacidade do agente de agir dentro das condutas técnico científica preconizadas priorizado os interesses do paciente), julgando saber exatamente o que é melhor para seu paciente, impõe uma terapêutica contrária ao desejo do mesmo, este profissional deixa de ser beneficente e passa a agir sob o prisma do paternalismo.

Nestas circunstâncias, o que vale para a bioética é o desejo livre, consciente e soberano do indivíduo e não o que preceitua o código de ética profissional. É aí, exatamente, onde reside a modernidade e o espírito

democrático da bioética livre de paternalismos que se confundem com a beneficência (GARRAFA, 1998, p. 28)

Talvez se possa assinalar aqui, o limite entre a beneficência e o paternalismo, num entendimento e numa vivência eticamente inadequada de uma situação configurada pela fragilidade de um e pela autoridade derivada do saber do outro. E este limite se torna um pouco mais compreensível quando se nota que a sua transgressão provém de uma passagem, muitas vezes insensível e desapercibida, do saber ao poder. É inegável que o saber profissional confere àquele que o possui um poder. A passagem do saber ao poder pode ser vista, de maneira geral, como a diferença entre a beneficência e o paternalismo.

Um paralelo interessante foi traçado por Guillén D. Gracia (1991, p. 03-07) entre a República de Platão e o poder do exercício médico. Ele compara os monarcas que impõem suas vontades soberanas aos súditos, aos médicos na relação com seus pacientes; essa comparação, por sua vez, é perfeitamente aplicável à odontologia. Para Platão, a justificativa moral para o absolutismo político se baseava em que os governantes deveriam ser escolhidos entre os melhores representantes da categoria do que ele chamava de "homens perfeitos"; a ordem era uma decorrência da percepção privilegiada que o soberano tinha do mundo das idéias e dos homens, caracterizando-se não pela livre aceitação das idéias, mas pela sua imposição (GARRAFA, IN: KRIGER, 2003, p. 495-504).

Não há, portanto, que se alimentar a ilusão de que as duas coisas poderiam se dissociar no caso da relação profissional de saúde-paciente. Mas, talvez seja possível dissociar o exercício da competência profissional do exercício do poder a ela associado. A isto, pode-se chamar de cuidado ético, paralelo ao cuidado terapêutico (SILVA, 1997, p. 8-9). Neste ponto, o cuidado ético se aproxima da bioética da proteção proposta por Schramm e Kottow (2001, p. 949-956), onde proteção é entendida como a atitude de dar resguardo ou cobertura às necessidades essenciais, ou seja, aquelas que devem ser satisfeitas para que o paciente possa ter condições de decidir adequadamente sobre outras necessidades e outros interesses.

Durante quase dois milênios, a interação médico-paciente foi mantida tendo como alicerce a perpetuação de três crenças: a obrigação dos pacientes de reverenciarem os médicos, a manutenção da fé por parte dos pacientes em seu médico e a obediência que todo paciente deveria ter por seu médico (COSTA e DINIZ, 2001).

Essas considerações levam a verificar como estão vinculados estes dois princípios da bioética: autonomia e beneficência. Pode-se afirmar que, de alguma forma, o limite da beneficência é a autonomia. Na odontologia, casos típicos dessa situação surgem em momentos de conflito onde a autonomia do paciente se choca com a beneficência que rege a atuação profissional.

### *2.2.3 Autonomia e o informado*

Antes de se iniciar qualquer procedimento, o profissional deve, então, informar ao seu paciente sobre todos os passos, os objetivos, os possíveis riscos e as consequências de sua intervenção. Somente após tal comunicação, o sujeito estará apto a fornecer um consentimento livre e esclarecido. O consentimento informado nada mais é do que a garantia de que houve comunicação entre profissional e paciente e que se chegou a um entendimento sobre a intervenção a ser realizada. Isto deve ser específico para cada procedimento.

Segundo Paulo Antônio de Carvalho Fortes (1998), a informação é a base da fundamentação das decisões autônomas dos pacientes, necessária para que o paciente possa consentir ou recusar-se a medidas ou procedimentos de saúde a ele propostos. A informação gerada nas relações entre os profissionais de saúde e seus pacientes constitui direito moral e legal destes últimos.

A competência ou a capacidade de decisão da pessoa baseia-se em diversas habilidades, tais como: envolver-se com o assunto, compreender

ou avaliar os tipos de alternativas e a comunicação de uma preferência. A capacidade moral e legal do consentimento livre e esclarecido depende da capacidade do indivíduo. Os pacientes autônomos organizam a sua vida com base em um conjunto de valores, interesses, objetivos e crenças. O exercício da autonomia depende da capacidade (GOLDIM, 1997-2005).

A relação de autonomia com capacidade, no entanto, não pode ser vista de modo exclusivamente linear. Há que se ressaltar que existem diversas formas de privação ou limitação de capacidade dos indivíduos, muito bem desenvolvidos por Amartya K. Sen (2000, p. 109-134). Entre outros aspectos, o autor refere-se a pobreza, baixa renda, desemprego, sistemas de saúde e desigualdade entre sexos. Uma pessoa tem autonomia quando tem independência em relação a controles externos e capacidade para atuar segundo uma escolha própria. Normalmente, o que se julga ao considerar a autonomia é o grau de intencionalidade dos atos, a compreensão que o agente tem deles e a ausência de coerções ou limitações (LOLAS, 2001).

Para se adequar ao direito do paciente a ser informado, não há necessidade que o cirurgião-dentista apresente as informações em linguajar técnico-científico. Basta que elas sejam simples, aproximativas, inteligíveis, leais e respeitadas, ou seja, fornecidas dentro de padrões acessíveis à compreensão intelectual e cultural do paciente, pois, quando indevidas e mal organizadas, resultam em baixo potencial informativo, em desinformação (FORTES, 1998).

É necessário afirmar que o consentimento deve ser livre, esclarecido, renovável e revogável. Deve ser dado livremente, conscientemente. Não pode ser obtido mediante práticas de coação física, psíquica ou moral, ou por meio de simulação ou práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulação impeditivas da livre manifestação da vontade pessoal. Livre de restrições internas, causadas por distúrbios psicológicos, e externas, por pressão de familiares, amigos e, principalmente, dos profissionais de saúde (FORTES, 1998).

Os quatro elementos necessários para que um consentimento informado seja considerado válido são: fornecimento de informações, compreensão, voluntariedade e consentimento. Há que se considerar o consentimento em três etapas, envolvendo sete elementos: pré-condições (capacidade e voluntariedade); elementos da informação (explicação, recomendação e compreensão) e elementos do consentimento (decisão e autorização). O princípio da autonomia tem a sua expressão no assim chamado "consentimento informado". O ato de consentimento deve ser genuinamente voluntário e se basear na revelação adequada das informações. O direito ao consentimento informado quer proteger e promover a autonomia (GOLDIM, 2002).

Muñoz e Fortes (1998, p. 53-70) admitem que a autonomia é um termo derivado do grego *auto* (próprio) e *nomos* (lei, regra, norma). Significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é "bom, ou o que é seu bem-estar".

A pessoa autônoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas. Para que exista uma ação autônoma (liberdade de decidir, de optar) é também necessária a existência de alternativas de ação ou que seja possível que o agente as crie, pois, se existe um único caminho a ser seguido, uma única forma de algo ser realizado, não há propriamente o exercício da autonomia. Além da liberdade de opção, o ato autônomo também pressupõe haver liberdade de ação, requer que a pessoa seja capaz de agir conforme as escolhas feitas e as decisões tomadas (MUÑOZ e FORTES, 1998, p. 53-70).

Ruth R. Faden e Tom L. Beauchamp propõem que ações são autônomas quando cumprem três condições: intencionalidade, conhecimento adequado e ausência de controle externo.

Uma ação goza de intencionalidade, quando é querida pelo plano que a motiva. O conhecimento é adequado, quando existe a compreensão: da natureza da ação; das conseqüências previsíveis e dos resultados possíveis da execução ou não da ação. Existem ainda três formas de controle externo: coerção, manipulação e persuasão (FADEN e BEAUCHAMP, 1986).

Acontece coerção quando alguém influi intencional e efetivamente sobre uma pessoa, ameaçando-a com danos indesejados e evitáveis tão graves que ela não resiste e prefere agir contra a sua vontade para evitar assim esses danos. A manipulação consiste na influência intencional e efetiva de uma pessoa por meios não coercitivos, usando procedimentos emocionais no sentido de alterar as decisões reais ao alcance do sujeito ou de mudar por meios não persuasivos a percepção dessas decisões. A persuasão é a influência intencional e efetiva para induzir uma pessoa por meio de procedimentos racionais a aceitar livremente as crenças, as atitudes, os valores, as intenções ou ações defendidas pelo persuasor. Pode-se afirmar que as três condições são necessárias, mas não suficientes para uma ação autônoma. Impõe-se uma quarta condição, a autenticidade. Um ato é autêntico quando é coerente com o sistema de valores e as atitudes gerais diante da vida que uma pessoa assumiu reflexiva e conscientemente. A ação não é autêntica se existe uma negação dos valores e atitudes de vida (JUNGUES, 2000, p. 22-25).

Isto ocorre quando a autonomia pode ser ameaçada por problemas de controle interno, como é o caso dos neuróticos compulsivos. Neles podem se cumprir, à primeira vista, as três condições anteriormente explicitadas e, apesar disso, duvidar de que se tratam de ações autônomas. Nessa perspectiva, a autenticidade seria necessária para a comprovação da autonomia. Uma ação pode ser autêntica mesmo que os valores e atitudes não sejam assumidos reflexivamente. Isto nos leva a considerar não autônomos os comportamentos que vão contra o sistema de valores e atitudes vivenciais do sujeito, embora se cumpram as três condições. Portanto, a autenticidade não é dada pela concordância reflexiva com o sistema de valores e atitudes vivenciais, mas pela mera não contradição ou não discordância (FADEN e BEAUCHAMP, 1986).

No trabalho apresentado pelos autores, estes pesquisaram junto a hospitais públicos do Distrito Federal o uso do termo de consentimento livre e esclarecido por cirurgiões dentistas. Concluíram que, o consentimento livre e esclarecido não segue orientação para sua utilização nos hospitais públicos no atendimento odontológico no Distrito Federal.

No trabalho mencionado os resultados obtidos nos setores de odontologia relataram que, para início do tratamento, é utilizado o consentimento livre e esclarecido, na maioria das entidades, de forma verbal. Há, portanto, a busca pelo respeito à autonomia do paciente. O consentimento informado é confundido com outros documentos de cunho legal tais como autorização para uso da imagem e autorização para início do tratamento. Assim, a análise das cópias dos dois modelos encaminhados constatou a falta de conhecimento, por parte do profissional, do que realmente configura um consentimento livre e esclarecido. Os cirurgiões-dentistas atuantes na rede pública hospitalar necessitam receber maior informação sobre bioética com o intuito de congregarem, ao princípio da beneficência, já consolidado e normatizado, o princípio da autonomia. O uso consciente do TCLE leva a um processo de maior respeito à autonomia do paciente e, por conseqüência, a uma maior eficácia na beneficência do exercício profissional.

Portanto, verifica-se que o consentimento livre e esclarecido ou consentimento informado é um documento ainda pouco utilizado na prática clínica diária, no entanto trata-se de determinação ética.

### **3 ASPECTO JURÍDICO PENAL DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

#### **3.1 A Esfera Jurídico Penal**

O direito penal procura tutelar o bem jurídico de interesse social, no caso deste trabalho o limite da autonomia do paciente e a disponibilidade do bem jurídico afetado, o direito penal deve ser a ultima fronteira de proteção. Neste sentido, importante estudar e definir o conceito de bem jurídico.

Luiz Luisi (1987, p. 50) assevera que “os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”.

Peter M. Murray (1990, p. 104-109) descreve de forma detalhada a evolução histórico-jurídico dos processos envolvendo o consentimento informado na prática médica em tribunais americanos, são eles:

Luka v. Lowrie, 136 N.W. 1106, Michigan 1912; Schoendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 215,105 N.E. 92,1914; Diconzo v. Berg, 16 A2d 15, Pennsylvania, 1940; Prince v. Massachusetts, 321 US 158, 1944; Bang v. Charles T. Miller Hospital, 251 Minn, 427.88 N.W. 2d 186, Minnesota, 1955; Corn v. French, 71 Nev. 280,289 P. 2d 173, Nevada, 1955; Natanson v. Kline, 350 P2d 1093, Kansas, 1960; Darrah v. Kite, 32 A2d 108, New York, 1969; Green Case, 296 A.2d 681, Pennsylvania, 1971; In re Osborne, 294 A2d 372, Washington, D.C., 1972; Cobbs v. Grant, 502 P2d 1 California, 1972; Canterbury v. Spence, 464 F2d 772, Washington, D.C., 1972; Richardson, 284 So.2d 195 Louisiana, 1973; Reif v. Weinberger, 372 F.Supp. 1196, District Court Washington, D.C., 1974; In re Melideo, 390 N.Y.S. 2d 523, New York, 1976; Robert Quachenbush, 383 A2d 785, New Jersey, 1978; Bech v. Lovell, 362 So.2d 802 Louisiana, 1978; Truman v. Thomas, 27 Cal.3d 285, California, 1980; Perna v Pirozz, 92 N.J. 446,457 A.2d 431, New Jersey, 1983; Precourt v. Frederich, 395 689,481 N.E.2d 1144 Massachusetts, 1985; Large v. Superior Court of Arizona, 714 P.2d 399,1986; Younts v. St. Francis Hospital, 469 P2d 338 (1986).

Segundo Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2004, p. 59) “bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”. Referido autor, ainda, busca diferenciar os bens jurídicos individuais



dos coletivos. Sendo os bens jurídicos individuais aqueles que afetam diretamente o indivíduo (a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio, etc.).

Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (2002, p. 8) definem 'bem jurídico' como aqueles "bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas na coletividade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública". Claus Roxin assevera que:

Bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento em um quadro de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema (ROXIN, 2003, p. 56).

Interessante também é o conceito delineado por José Henrique Pierangeli e Eugênio Raúl Zaffaroni (1999, p. 464) que definem o bem jurídico penalmente tutelado como "a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam".

Na doutrina pátria pode-se citar o conceito de Heleno Cláudio Fragoso (1994, p. 265) segundo o qual o "bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica".

Edgard Magalhães Noronha (1998, p. 115) define bem jurídico como "o bem-interesse protegido pela norma". Francisco de Assis Toledo (1991, p. 16) por sua vez, assevera que "bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas".

Luís Flávio Gomes (2002 p. 115) assenta que "bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente".

### 3.1.1 Consentimento do Ofendido

Damásio de Jesus (2001) entende que o consentimento do ofendido tanto pode excluir a tipicidade, quanto pode excluir a antijuridicidade, e devem vir mencionados no tipo, ou seja, devem ser causas legais de exclusão da tipicidade ou antijuridicidade. Ao tratar de causa de exclusão da tipicidade, o dissenso do ofendido funciona como elementar do tipo. Assim, a presença do consentimento da vítima do delito torna atípico tal fato. Por outro lado, Rogério Greco aduz que

O consentimento do ofendido, seja como causa que afasta a tipicidade, seja como excludente de ilicitude, não encontra amparo em nosso Direito Penal objetivo, sendo considerado, portanto, causa supralegal de exclusão (GRECO, 2008).

Welzel (APUD: MARTINELLI, 2010, p. 150-151) define o consentimento do ofendido nos seguintes termos: “o consentimento de acordo com o fato contém a renúncia à proteção do bem tutelado. Tal renúncia pode prestá-la somente quem seja único titular do interesse juridicamente protegido”.

Martinelli (2010) aduz que o consentimento pode ser definido como a disposição livre e espontânea do sujeito passivo, titular do bem jurídico, que abdica da tutela penal, exercendo sua liberdade e autonomia individual.

O Código Penal brasileiro em vigor não contém previsão expressa do consentimento. Constitui-se matéria de debate doutrinário, tendo como fonte de inspiração o Código Penal italiano, que prevê em seu artigo 50: “*Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che puo' validamente disporne*”.

Em regra, a eficácia do consentimento fundamenta-se no princípio da ponderação e no bem jurídico, analisando-se a liberdade do sujeito passivo, o desvalor da ação e o resultado lesivo. Aplica-se quando o direito individual à liberdade prepondera sobre o interesse público.

Ao longo do tempo, diversas teorias foram construídas a fim de legitimar o consentimento. Nos primórdios da humanidade, sendo causada a morte, ocorria a reação do sujeito passivo, seus parentes e até mesmo de sua

tribo, atingindo não só o ofensor como também seu grupo. O sujeito passivo, dominado por seus instintos, reagia à agressão, sem sequer se preocupar com a proporção da reação, sendo as normas das tribos empíricas e costumeiras.

Com o desenvolvimento do Direito Penal, o Estado monopolizou o poder-dever de punir. Assim, o sujeito passivo passou a ocupar posição secundária na Teoria do Delito, sendo visto como hipossuficiente e em situação de inferioridade perante o autor do fato, enfraquecendo a análise do consentimento.

Segundo Martinelli (2010) no século XX, o estudo do sujeito passivo ganhou importância, em especial com o desenvolvimento dos estudos do comportamento da vítima (chamado de vitimodogmática), responsável pela análise do comportamento da vítima na determinação da responsabilidade penal do autor, o que ensejou o fortalecimento do consentimento. Estes estudos constatoram que nem sempre a vítima apresenta uma posição passiva frente ao crime. Pelo contrário, em inúmeras hipóteses, o sujeito passivo pode ser também responsável ou ainda, único responsável pelo fato, a princípio, delituoso. Segundo o autor:

*Victimodogmática que parte de la inteligencia de que algunas víctimas contribuyen – dolosa o imprudentemente – a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del deliciente, incluso hasta el punto de erradicarla. Nesse sentido, a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, lei nº 7.209/84, no seu artigo 59,31 tratou expressamente do comportamento do sujeito passivo como circunstância que pode alterar a dosagem da pena. Criou-se uma nova perspectiva na discussão doutrinária penal, partindo-se do pressuposto de que ofensor e sujeito passivo se inter-relacionam para a prática delitiva (MARTINELLI, 2010).*

Martinelli (2010) continua dizendo que Zitelmann desenvolveu a Teoria do Negócio Jurídico, adotada posteriormente por Frank, inserindo conceitos do Direito Civil no âmbito penal, conforme leciona María José Segura García

*El consentimiento, entiende Zitelmann, es un acto jurídico de naturaliza negocial mediante el cual se concede una autorización al destinatário para realizar la acción. Éste ejercita, pues, un derecho ajeno que es atribuido por aquella autorización, y su conducta estará justificada frente a todo*

*el ordenamiento jurídico. Las normas reguladoras del consentimiento pertenecen al derecho civil y su regulación legal se deduce de la causa de justificación, ejercicio legítimo de un derecho. Lógicamente, el consentimiento se debe someter a las exigências de validez requeridas por el Derecho civil y, de no concurrir, el consentimiento no será eficaz* (GARCIA, IN: QUIROGA e ESPINAR, 2004, p. 827-866).

O consentimento era considerado uma manifestação de vontade do particular, autorizando o sujeito ativo a cumprir o fato consentido. A teoria do negócio jurídico apresentava muitas falhas, como exemplo, confundia manifestação de vontade e negócio jurídico, sendo que por definição, este apenas produz efeitos se em harmonia com o ordenamento jurídico.

Bierling (APUD: GARCIA, IN: QUIROGA e ESPINAR, 2004, p. 827-866), desenvolveu a Teoria da Ação Jurídica, segundo a qual os bens jurídicos somente são protegidos enquanto o titular os valora. Assim, se o titular renuncia ao bem, a conduta do agente torna-se lícita. Esta teoria também é mencionada por Mezger (APUD: PIERANGELI, p.72) com o nome de Ausência de Interesse. Entretanto, limitou-a às hipóteses em que o titular do bem jurídico o abandona conscientemente. Para Mezger, ocorrendo o consentimento, desaparece o interesse na proteção do bem.

Welzel (APUD: MARTINELLI, 2010) desenvolveu a Teoria da Renúncia à Tutela Jurídica, entendendo o consentimento como um acordo em que o sujeito passivo renuncia à proteção da norma, tendo sua validade limitada aos bons costumes. Mais uma vez, o sujeito passivo é incumbido da seleção dos valores a serem tutelados pelo Direito Penal.

Ao concederem ao indivíduo poder absoluto para definir os objetos de tutela penal, criam uma espécie de Direito Penal com base em cada sujeito passivo. Ademais, pecam por deixar de proteger o indivíduo contra si mesmo. No caso do homicídio, por exemplo, não valoram a vida humana, mas a “vontade” de mantê-la. Ademais, o poder-dever de punir é uma obrigação estatal, já que o Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos selecionados conforme os valores fundamentais para o indivíduo e a sociedade. Logo, conceder ao indivíduo poder para alterar o objeto de proteção do Direito Penal é desconsiderar a sua função.

Martinelli (2010) ratifica que o entendimento segundo o qual, o consentimento constitui-se em uma cláusula geral, aplicável aos delitos em que prepondera o interesse privado e restrito aos bens jurídicos disponíveis, ou seja, renunciáveis, em que o interesse em sua tutela é do particular, e não do Estado. Martinelli (2010), diz ainda que, o consentimento decorre de ato unilateral do sujeito passivo. Obviamente, o consentimento deve ser exteriorizado, a fim de ser perceptível ao sujeito ativo. Entretanto, não se exige que seja expresso, apenas que seja reconhecível pelo agente. Portanto, é válido o consentimento tácito ou presumido, desde que percebido pelo sujeito ativo.

O consentimento expresso deve constar de declaração inequívoca, revestida de formalidades que imprimam validade à conduta. O tácito caracteriza-se pela prática de ato incompatível com a vontade de tutelar o bem jurídico, ou seja, inconciliável com o desejo de preservá-lo. Em síntese, o consentimento decorre de uma conduta anterior do sujeito passivo, interpretada objetivamente, que gera no agente a expectativa de que houve a renúncia à tutela jurídica, gerando uma legítima confiança de que aquela conduta não é oposta à vontade do titular do bem jurídico. Fundamenta-se na confiança do agente de que a sua conduta não receberá a oposição do sujeito passivo, tendo em vista seu comportamento anterior. Imprescindível é que exista um nexo entre a conduta anterior do sujeito passivo e a posterior lesão ou perigo de lesão ao bem renunciado.

O consentimento presumido é uma construção baseada em um juízo teórico de renúncia ao bem jurídico disponível, com base nos atos do agente que por interpretação, dão a entender, inequivocamente, que se concedeu a autorização. O consentimento tácito admite todos os meios de prova legais. Para a sua comprovação, basta a aceitação do sujeito passivo que se encontra em situação de perigo concreto. Ou seja, exige-se que o sujeito passivo tenha um conhecimento claro do risco e de suas possíveis consequências.

Para Martinelli (2010) em cada caso concreto, considerando inclusive os usos locais, é que se apurará se o comportamento do sujeito

passivo implicou a intenção de renunciar ao bem jurídico disponível. Na prática, a matéria merece exame cauteloso, já que se considerado, implica ausência de crime, desde que observados os requisitos. O consentimento deve ser exteriorizado por quem tenha a faculdade de disposição do bem, ou seja, pelo seu titular, não se aplicando, por exemplo, para os bens coletivos, cujo titular é o Estado.

Ademais, deve ser anterior ou concomitante à ação, já que é essencial o elemento subjetivo do agente, ou seja, ciência do consenso e vontade de atuar conforme as diretivas do sujeito passivo. O consentimento posterior à ação não pode ser excludente, pois o bem já se encontra lesionado, havendo a consumação do delito. Exige-se que seja claro, espontâneo e não evitado de vícios da vontade, como por exemplo, erro, dolo e coação. Também tem que ser exteriorizado por um agente capaz nos termos da imputabilidade penal.

A norma penal tem como escopo a proteção de bens jurídicos, os quais também funcionam como critério dogmático-interpretativo dos tipos penais. Acerca dos bens jurídicos, prevalecem, atualmente, as teorias constitucionalmente orientadas, segundo as quais os critérios para a seleção de bens jurídico-penais encontram-se no Texto Constitucional. A atividade estatal orienta-se pelos valores constitucionalmente estabelecidos (SALES, 2005).

A constituição brasileira consagra no artigo 5º a dignidade da pessoa humana como fundamento primário. A atividade da sociedade vincula-se aos valores preservados pela Constituição. Dessa forma, o bem jurídico violado deve ter valor jurídico e ser disponível

Os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”, hipótese a lhes garantir dignidade jurídico-penal (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 47-48).

Protegendo os valores constitucionais, o Direito Penal objetiva assegurar as condições existenciais da sociedade. No entanto, nem todos os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são de interesse

preponderantemente público, ou seja, indisponíveis. Porém, não há um critério objetivo para se fazer a distinção entre bens indisponíveis e disponíveis, devendo-se analisar as normas vigentes no ordenamento jurídico, o momento histórico e os bons costumes, não se permitindo a disponibilidade de bens quando houver violação dos princípios morais da sociedade.

Logo, o consentimento incide apenas nos bens disponíveis em que a renúncia à tutela penal atinge preponderantemente o interesse individual. Havendo utilidade social na preservação do bem, o consentimento é irrelevante, tendo em vista a necessidade de preservação do interesse público.

Ainda segundo MARTINELLI (2010) para que o consentimento possa vigor como causa de justificação é necessário que ocorram determinados requisitos:

- a) Faculdade reconhecida pelo ordenamento jurídico a uma pessoa para que possa dispor validamente de determinados bens jurídicos próprios. Esta faculdade é questionável no que tange a certos bens jurídicos, como a vida ou a integridade física;
- b) Capacidade para dispor, que não deve necessariamente coincidir com a capacidade civil, mas que como esta exige faculdades intelectuais para compreender o alcance e significado de seus atos por parte de quem consente;
- c) Qualquer vício essencial da vontade de quem consente (erro, coação, engano, etc.) invalida o consentimento;
- d) O consentimento deve ser manifestado antes da comissão do fato e deve ser reconhecido por quem atua sob seu efeito. Qualquer espécie de erro sobre a existência do consentimento deve ser tratada conforme as regras gerais do erro nas causas de justificação.

Manuel da Costa Andrade diz que as:

Considerações análogas se poderiam fazer a propósito das tentativas mais recentes de substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social nos termos do funcionalismo sistémico-social. Uma substituição que valeria quer como fundamento material (e limite) da criminalização, quer para efeitos de definição do objecto da infracção. Também elas acabam – à revelia dos pressupostos metodológicos e dos princípios doutrinários que começam por invocar – por apelar para a referenciação sistémico-social do objecto da infracção, mediatizada pela subjectivização dos pertinentes juízos de valor pelo legislador (ANDRADE, 1991, p. 23).

Para Andrade (1991, p. 41) "o tipo legal vale pelo que incrimina e, nessa medida, protege; como vale outrossim pelo que não incrimina e, nessa medida, igualmente protege".

Em tese de mestrado, Bruno Seligman de Menezes (2010, p. 129) expõe que:

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 (2003) 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 é ponderada na Teoria de Claus Roxin.

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;

Para MENEZES (2010), o papel do termo de consentimento informado, ainda que tenha incidência direta sobre direito material, exerce um papel unicamente de prova. Afirma o autor que sua ausência não implica qualquer presunção de culpa por parte do profissional médico, mas sua presença demonstra ter sido consentido o procedimento realizado.

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;

Ainda MENEZES (2010), 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.

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.

Continua MENEZES (2010), 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 *versus* permitido, já que há condutas proibidas, e outras permitidas, mas dentro destas há as mais recomendáveis e as menos recomendáveis.

Para Menezes (2010) a falta do consentimento informado consiste apenas em meio de prova, a conduta do profissional da área de saúde, uma vez calcada na boa técnica científica preconizada, não constituiria qualquer ilícito penal. Com o devido respeito, as conclusões destoam do entendimento aqui analisado, uma vez que a discussão da existência do consentimento está na autorização do paciente, (em procedimentos eletivos), quanto ao bem jurídico a ser disponibilizado, ou seja, sem o consentimento (autorização) o referido bem jurídico não está disponível, passando o profissional a agir no campo do abuso de poder.

Andrade (s/d) comenta que o consentimento informado aborda tópicos do “(Velho) Paradigma Herdado” e que a sua expressão eidética e canónica aquele paradigma analisa-se em dois enunciados basilares e complementares:

a) A intervenção médico-cirúrgica - medicamente indicada, realizada por médico, segundo as *leges artis* e com *animus curandi* - não preenche, qualquer que seja o seu resultado, a fatualidade típica das Ofensas corporais ou do Homicídio;

b) A intervenção médico-cirúrgica realizada sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, é incriminada e punida como um crime autónomo contra a liberdade. O crime de Intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - a *eigenmächtige Heilbehandlung* na linguagem germânica. Devido, no essencial, à elaboração doutrinal alemã, este modelo dogmático e normativo generalizou-se no plano comparatístico. E conheceu mesmo a expressão positivada em ordenamentos jurídicos como o português (artigos 150º, 156º e 157º do Código Penal) e austríaco (§ do ÖStGB);

Numa caracterização sumária, este paradigma polariza-se em torno de duas constelações de bens jurídicos diferentes, com exigências, em princípio, antinômicas e conflituantes. De um lado a vida e a integridade física; do outro lado, a “liberdade de dispor do corpo e da própria vida” (DIAS, APUD: ANDRADE, s/d), ou, na expressiva formulação do tribunal Federal Alemão, o

“livre direito de autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo - *freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über sein Körper*. A par do hipocrático *salus aegroti suprema lex esto*, o médico tem também de respeitar o imperativo *voluntas aegroti suprema lex esto*. Este último um axioma que significa a prevalência de princípio da autodeterminação sobre a saúde e a vida. E reversamente, a denegação à sociedade, ao Estado e ao médico sobre a “irracionalidade” da escolha do paciente. A recusa do paciente tem de ser respeitada qualquer que sejam as suas consequências. Por vias disso, não é punível a chamada eutanásia passiva. Não é, noutros termos, punível o médico que, correspondendo à vontade livre, esclarecida e inequívoca do paciente, omite ou interrompe o tratamento indispensável para lhe salvar a vida.

Esta compreensão doutrinal e normativa tinha subjacente uma representação estabilizada e quase “natural” da realidade, em geral, e do Direito penal médico em mudança ato médico, em particular. Numa redução arquetípica: uma relação de comunicabilidade e confiança entre um médico e um paciente.

Numa aproximação mais analítica:

a) De um lado, o médico - livremente escolhido pelo paciente, que nele depositava a sua confiança e que tornava em confidente exclusivo das suas angústias e sofrimento. Por vias disso, um médico que obedecia a uma única lealdade. Na síntese de Fletcher (APUD: ANDRADE, s/d): “o compromisso é com os pacientes [...] não com aqueles à espera, nem com a sociedade no seu conjunto”.

b) Do outro, o paciente - representado com mónada<sup>2</sup> isolada ou como sistema autorreferente e autopoiético, em cujo horizonte se inscrevem as decisões e as ações médicas. Que esgotam a sua relevância e significado na direção da vida, da saúde e da autonomia do paciente;

---

<sup>2</sup> Elementos das coisas, ou substâncias simples, incorruptíveis, nascidas com a criação, inacessíveis a toda a influência externa, mas sujeitas a mudanças internas, de que resulta a percepção - na teoria de Leibnitz. Disponível em: < <http://www.lexico.pt/monada/> >

c) Em um terceiro ponto - um médico e um paciente - ligados por uma relação contínua de diálogo e comunicação. No sentido de que é sempre possível comunicar com o paciente, informá-lo e obter a expressão atualizada da sua decisão esclarecida e livre.

#### **3.1.1.1. O consentimento como excludente de tipicidade**

Ao se tratar de causa de exclusão da tipicidade, o dissenso do ofendido funciona como elementar do tipo. Assim, a presença do consentimento da vítima do delito torna atípico tal fato. Rogério Greco, discorda e aduz que:

O consentimento do ofendido, seja como causa que afasta a tipicidade, seja como excludente de ilicitude, não encontra amparo em nosso Direito Penal objetivo, sendo considerado, portanto, causa supralegal de exclusão (GRECO, 2008).

Martinelli (2010), afirma que o consentimento excluirá a tipicidade nas hipóteses em que o não consentimento do sujeito passivo é elemento do tipo. Neste caso exige-se o dissentimento do sujeito passivo como elemento do núcleo do tipo. Ou seja, a violação da norma jurídica denota a vontade contrária do sujeito passivo.

O mesmo ocorre no aborto provocado com o consentimento da gestante, em que há um deslocamento da figura típica do artigo 125 para o artigo 126, “caput”, ambos do Código Penal brasileiro, ensejando uma punição menor. Saliente-se, ainda, a posição de Luís Jimenez de Asúa para quem o consentimento só pode funcionar como excludente de tipicidade:

As causas de justificação possuem um importantíssimo caráter geral, comum a todas as espécies de delito, razão pela qual não poderia o consentimento figurar entre eles, pois a sua aplicação está restrita a casos concretos, e, portanto, muito restritos. E, ademais, dizia ele, o consentimento faz destruir o tipo (ASÚA, 2003).

#### **3.1.1.2. O consentimento como excludente de ilicitude**

O consentimento também pode atuar como excludente de ilicitude, sendo chamado de “consentimento em sentido estrito”. Havendo tipicidade da conduta, o consentimento exclui a ilicitude desde que atue fora do tipo e represente a manifestação possível de renúncia à proteção penal. Se o tipo não exige que a ação dirija-se contra a vontade do sujeito passivo e este concede seu consentimento para que se lese um bem jurídico de sua livre disposição, exclui-se a ilicitude.

Como exemplo, tem-se o crime de dano ao patrimônio, elencado no artigo 163 do Código Penal brasileiro, que não exige ausência de consentimento para sua adequação típica. Logo, ainda que haja a anuência na lesão, haverá tipicidade, embora possa excluir a ilicitude. Nesse caso, o consentimento não afasta a lesividade da conduta, havendo um aparente conflito entre a autodeterminação do sujeito passivo, que admite o dano ao bem jurídico, e a sua integridade. Há nítida lesão ao bem jurídico protegido, existindo porém, um interesse individual do sujeito passivo em sua disponibilidade capaz de excluir a ilicitude da conduta.

O consentimento como excludente de ilicitude encontra fundamento no princípio da ponderação de valores, devendo-se analisar a liberdade de atuação, o desvalor da ação e o resultado da lesão ao bem jurídico.

### *3.1.2. Nova Realidade. Novo Direito Penal*

Tal como se conhece, o Direito Penal Médico continua a ter como referente esta “construção social da realidade”. Uma realidade hipostasiada, que pouco terá de comum com o cotidiano dos médicos e dos doentes que protagonizam a medicina nos dias atuais. Portanto, o quadro tende a ser outro.

O primeiro ponto, é que é rara a experiência de um médico livremente escolhido, como depositário exclusivo da confiança e do segredo do paciente. Na realidade, o doente interage com organizações burocráticas:

hospitais, clínicas e serviços de saúde, em geral. Os seus médicos são, em boa medida, ditados pela área da organização dos serviços. Por seu turno, o tratamento decompõe-se numa sequência de atos atomizados, a cargo dos diferentes especialistas. Por vias disso, não sobra lugar para a confiança. Alarga-se incontroladamente o universo dos profissionais - a *Kreis der Wissenden* de que falam os alemães - a ter legitimamente acesso ao segredo e à privacidade. Direito penal médico em mudança frente o âmbito de uma eficaz autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).

Em segundo lugar, o ato médico de hoje é, em grande medida, empreendido à margem do diálogo e da comunicação. Todos os dias ocorrem situações em que, no contexto de uma cirurgia, e já com o paciente anestesiado, ocorrem situações que não foram de tudo esclarecidas, e muito menos recebido o consentimento para determinadas intervenções. Necessário e urgente é então, que os esclarecimentos sejam mais alargados das possíveis intervenções durante os procedimentos.

Por outro lado, e com uma frequência cada vez maior, a sociedade do risco (*Risikogesellschaft*) faz chegar aos hospitais, causais massificados de sinistros, anônimos, inconscientes e sós, que necessitam de intervenções que não é possível legitimar em nome do consentimento expresso ou, ao menos, concludente do paciente. Recordem-se ainda os progressos realizados ao nível do prolongamento da 'vida'. Que vêm multiplicando as situações marginais, de fronteira entre a vida e a morte. E onde as exigências da vida, da dignidade e da indizibilidade da dor – sem palavras para expressá-la -, reclamam a decisão do médico à margem de qualquer comunicação com o paciente. O médico poderá saber - nomeadamente por intermédio do chamado *Patiententestament* - o que ele terá querido em momento anterior; e após, não mais será possível saber o que ele quererá agora, depois de 'vividis' os instantes densificados "entre a vida e a morte".

No resumo da "Morte de Ivan Illich", Liev Tolstoi (1886) explica que no leito da agonia se interrogava: "onde é que eu estarei, quando já aqui não estiver?". É o que pode ilustrar-se com a decisão de recusa ou interrupção de tratamento destinado a prolongar a 'vida' do paciente que perdeu

irreversivelmente a consciência, mas a propósito do qual não pode ainda falar-se de auxílio médico à morte (*Sterbehilfe*). Como acontece com os casos do que na Alemanha se designa por *appalischer Syndrom* ou, em linguagem anglo-saxônica, o chamado *Persistent Vegetative State* (PVS).

Em terceiro lugar, as novas realizações da ciência médica abriram a porta a intervenções cujas consequências, os custos e as vantagens se projetam para além dos limites do autorreferente sistema pessoal. Tenham-se em vista as intervenções médicas em benefício de um feto em gestação, que só é possível levar a cabo à custa do sacrifício de autonomia e da integridade física da mulher grávida. Pense-se no teste do HIV, realizado sobre uma pessoa, mas cujo resultado pode ditar a sorte de outros: nascituros, parceiros sexuais, médicos, etc.

Uma consideração das coisas à vista da qual pode já pertinentemente falar-se de um dever de saber (*duty to disclosure*), contraposto ao emergente direito a não saber (*right not to know ou Recht auf Nichtwissen*). Por seu turno, os avanços da medicina preditiva ou predizente (*sprechende Medizin*) permitem antecipar “situações de risco” que lançam a sua sombra sobre o destino de muitas pessoas. “Na expressão mais simples e óbvia: a descoberta de que A se mostra geneticamente propenso a contrair cancro, pode, se tempestivamente comunicada a B, seu parente, permitir levar a cabo oportunas medidas de profilaxia e prevenção” (ANDRADE, s/d).

Esta nova experiência da medicina antecipa um novo Direito Penal Médico. A título de ilustração, Andrade (s/d) faz as seguintes observações

Na emergência de novos bens jurídicos, a elevar à constelação dos bens jurídico-criminais, muitos desses bens de índole supraindividual, como, por exemplo, o direito à identidade genética, que é direito autônomo e bem jurídico-criminal. Um direito que presta homenagem ao interesse legítimo do Homem em conduzir os trabalhos e os dias sem ter de sofrer em cada dia a dor e a morte que se antecipa. Desvelado e reconhecido a partir do ‘espanto’ das realizações da medicina preditiva, não pode, em rigor, afirmar-se que ele seja, em toda a linha, uma criação recente. Como Gadamer recorda, na tragédia de

Ésquilo<sup>3</sup> (Prometeu Acorrentado),<sup>4</sup> Prometeu, o amigo dos homens, declara que o grande benefício que lhes legou não foi tanto o fogo que abriu a porta de todas as artes. Mais importante do que isso, foi ter privado os homens de saber quando chegaria a hora da morte. Na interpretação do filósofo da hermenêutica:

É a motivação ligada à morte que dá à tragédia de Ésquilo a sua profundidade. O dom consiste em que vislumbre, do futuro que o Homem tem, o futuro que lhe confere o caráter de um presente tão apreensível que o fim se torna inconcebível. Alguém tem futuro enquanto não sabe que o não tem. Ou, dando a palavra ao próprio Ésquilo: mais vale morrer de uma só vez do que ser infeliz todos os dias (v.750).

A re-conformação de bens jurídicos, ou ao menos, a problematização da sua dimensão e recorte. Mesmo os bens jurídicos que pareciam gozar da estabilidade e definitividade das coisas cosmogonizadas. Como o próprio conceito de corpo humano, bem jurídico protegido frente ao crime de ofensas corporais. Recorda-se que à vista das descobertas das ciências genéticas sobra cada vez mais problemática a ideia consensualizada de tratamento partes separadas do corpo (tecidos, órgãos, matérias de extirpações, etc.) como meras e vulgares coisas, posto que elas são portadores de um acervo incalculável de informação de óbvia dimensão pessoal.

Por seu turno, a importância e a frequência crescentes dos transplantes na medicina nos dias atuais, obrigam a repensar o significado da danificação ou destruição dos órgãos e tecidos destinados a reimplante ou transplante. E que dizer da destruição de óvulos ou espermatozoides conservados, que representam a única possibilidade de procriação de uma pessoa.

Invenção ou redescoberta de novas figuras de legitimação do ato médico. Com destaque para o consentimento presumido, a ocupar cada vez

---

<sup>3</sup> Ésquilo é considerado o verdadeiro fundador da tragédia grega: criou outros recursos, como o segundo ator, tornou mais vivo o diálogo, e mais belos os movimentos do coro, conferiu maior expressividade às máscaras e decorou o palco com cenários. Foi um dos primeiros a expor com perfeição as potencialidades da trilogia. Dotado de uma força poética inigualável, escreveu perto de 90 tragédias que enfocavam o universo dos antigos mitos, a teogonia, o ciclo troiano, a história dos argonautas e as lendas de Tebas. Prometeu é um semideus da mitologia grega, um dos titãs, e irmão de Atlas. É considerado o criador da humanidade. Roubou o fogo dos deuses para dá-lo aos homens. É este o tema que inspirou Ésquilo na belíssima tragédia Prometeu Acorrentado (465 a. C.). SKOOB, livro 5397.

<sup>4</sup> *Prometeu Acorrentado* (gr. Προμηθεύς Δεσμώτης) é a única tragédia esquiliana que sobreviveu de uma trilogia que teria tido, na ordem de apresentação, *Prometeu Acorrentado*, *Prometeu Libertado* e *Prometeu Portador do Fogo*. O nome do drama satírico não é conhecido. GRECIANTIGUA, s/d.



mais o espaço do consentimento expresso ou concludente. Na certeza de que se trata de um “*normatives Konstrukt*” (ROXIN, 2003) que legitima a intromissão na esfera jurídica de outrem em nome da sua vontade hipotética, aceitando-se o risco de *ex post* se concluir que a ação não correspondia à vontade do paciente. O que naturalmente obriga à definição exigente do regime jurídico da figura. Em que sobressai, por um lado, a subsidiaridade face ao consentimento expresso ou concludente. E, por outro lado, a vontade hipotética do paciente como matriz de legitimação axiológica e político-criminal. Esta vontade prevalece sobre a solução alternativa que em concreto possa considerar-se mais racional, segundo padrões de normalidade.

Nos termos de Andrade (s/d) o consentimento do paciente abarca vários fatores envolvidos na relação entre paciente e profissional da área de saúde, tais como, valores éticos e morais, política criminal, desenvolvimento tecnológico na área de saúde e sem dúvida o grau de desenvolvimento intelectual do paciente e de acesso a informação nos tempos atuais.

### *3.1.3 Exercício Regular do Direito*

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011. p. 113) afirmam que não respondem criminalmente o agente que pratica o fato típico em exercício regular do direito. Exclui-se a ilicitude da conduta típica nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a fazê-lo. Em qualquer caso, o agente não pode agir com excesso. Como exemplo, a integridade corporal na prática de esportes, exercício da medicina e da odontologia, dentre outras.

Os autores comentam ainda, que diferente de outras legislações, a legislação brasileira não soluciona expressamente o problema do consentimento do ofendido quando acontece um fato típico. Na forma da doutrina, há distinção do bem jurídico disponível e bem jurídico indisponível. Uma vez atingido o bem jurídico indisponível, o crime não deixa de existir, já que neste caso o consentimento do ofendido é inválido. Lesados bens disponíveis, não há tipicidade, quando o não consentimento é elemento do tipo, ou não há ilicitude quando o tipo penal não se refere a vontade da vítima, que consente na violação do seu bem jurídico.

Sheila Bierrenbach (2009, p. 191), afirma que as intervenções médicos-cirúrgicas seletivas é exemplo de exercício regular do direito; cita ainda como exemplo, o artigo 142 do Código Penal que trata do crime de injúria e difamação. Por último diz que, fora dos limites regular do direito ingressa-se no abuso de direito.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 285), define exercício regular do direito como o desempenho de uma atividade ou uma conduta permitida por lei, que torna lícito um fato típico. Cita como exemplo de casos típicos de exercício de direito o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, quando admitida em lei, o tratamento médico e a intervenção cirúrgica mesmo sem o consentimento do paciente quando ocorrer iminente risco de vida - nesta hipótese, diante dos termos do artigo 146, § 3º, inciso I do código penal, é mais acertado considerar excludente de tipicidade -, a utilização de cadáver para fins científicos e didáticos nas faculdade de medicina (lei 8.501/92), dentre outros.

Nucci (2011) admite que o consentimento do paciente pode ser dado desde que o bem jurídico seja disponível; trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem jurídico ou interesse protegido, concorde livremente com sua perda. O autor afirma ainda que, a maioria da doutrina tem perfilhado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei.

Para Nucci (2011), não há dúvida que em alguns casos o consentimento do ofendido influencia a tipicidade, afastando-se da antijuridicidade. Quando a discordância do sujeito passivo estiver presente, expressa ou tácita, como elemento do tipo, deve-se afastar a tipicidade se houver o consentimento para a realização da conduta. É claro que para consentir deve haver certos requisitos, tais como: a concordância do ofendido; o consentimento deve ser emitido de maneira explícita ou implícita; deve existir capacidade para consentir; o bem jurídico precisa ser considerado disponível; o consentimento deve ser dado antes ou durante a prática da conduta; o consentimento tem caráter revogável, deve haver conhecimento do agente.

Greco (2008, p. 101), diz que o consentimento do ofendido no exercício regular do direito pode ter mais de um enfoque diferente pode afastar a tipicidade e excluir a ilicitude do fato, e que as condições para aceitação do consentimento seriam capacidade do ofendido, bem jurídico disponível e consentimento dado com antecedência a conduta ou numa relação de simultaneidade.

### **3.2 Estudo de Caso Concreto em Odontologia**

Analisando um caso concreto, de grande repercussão nacional e veiculado exaustivamente na mídia, cujos fatos constam no processo penal nº 2009.01.1.173493-6, transitado na 2ª vara criminal da circunscrição especial judiciária de Brasília/DF, observa-se no caso, que o dentista extraiu todos os dentes remanescentes do paciente, portador de deficiência mental, dentes estes hígidos ou não, seguindo protocolo de tratamento para pacientes com necessidades especiais. A representante legal do menor não havia consentido o procedimento alegando enorme surpresa com o resultado não almejado.

O Conselho Regional de Odontologia do Distrito Federal após ouvir todos os envolvidos, em um processo ético disciplinar, juntado aos autos do processo penal decidiu pela punição ética disciplinar do dentista. Verifica-se que a denúncia apresentada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em desfavor do dentista, teve como fundamento a falta do consentimento informado, como se segue:

[...] tinha nessas condições o dever jurídico de buscar o consentimento informado dos pais do paciente, o que lhe permitiria suspender o procedimento ou corrigir o planejamento cirúrgico a tempo de evitar as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito, limitando-se a extrair os dentes 37 e 38 (BRASIL, 2009).

Em consequência o dentista foi denunciado pelos crimes previstos no artigo 129, § 6º e 7º c/c art. 71, caput, do Código Penal (BRASIL, 1940). O caso teve grande repercussão na mídia nacional em razão da falta de

informação prestada, e ainda, das consequências danosas para a qualidade de vida do paciente.

Resta demonstrado a importância que o tema tem na prática jurídica penal e na atividade médica e odontológica diária. Ressalte-se que em alguns países como Portugal é crime previsto no artigo 150 do Código Penal português não exigir ou elaborar o consentimento informado.

#### Artigo 150º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos

1 As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal (PEREIRA, 2004).

Já o artigo 156 do Código Penal brasileiro menciona que

#### Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários

1 As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 O fato não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar - se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

O Art. 157 do Código penal Português, que está no Capítulo IV - Dos Crimes contra a Liberdade Pessoal, apresenta seguinte redação para o chamado de Dever de Esclarecimento do médico

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

Assim, verifica-se que não orientar o paciente é considerado crime em alguns países, no Brasil o consentimento informado é documento necessário para evitar não só responsabilidade de cunho cível quanto problemas na esfera penal.

## CONCLUSÃO

O consentimento informado não é ainda utilizado de modo massivo pelos profissionais da área de saúde, todavia, tem pleno amparo legal, na doutrina, na jurisprudência e nos códigos éticos que regulamentam especialmente as áreas de odontologia e medicina, devendo no futuro, constar de toda relação profissional entre profissionais da área de saúde, empresas de planos de saúde, empresas de análises clínicas, hospitais, nas pesquisas científicas. Trata-se do respeito a princípios bioéticos, éticos e jurídicos, assim como elemento componente na formação de convicção dos magistrados em processos judiciais.

Por óbvio, o uso do consentimento informado não isenta o profissional quanto a aplicação da lei nos erros por imperícia, imprudência ou negligência, mas denota boa fé na relação com o paciente, respeito a autonomia e ao poder decisório do paciente, detentor do bem jurídico disponível. Neste contexto, muitos tratamentos requerem participação do paciente no processo terapêutico quer seja durante o procedimento ou após o procedimento, informado sobre suas responsabilidades o paciente certamente colaborará para o resultado pretendido, excluindo do profissional nestes casos concretos a responsabilidade por resultados não pretendidos.

O consentimento informado é um direito do paciente e um dever legal do profissional, tratando-se de bem jurídico disponível, cabendo ao paciente decidir o rumo da terapêutica a ser aplicada.

No direito penal brasileiro prevalece o entendimento segundo o qual o consentimento é aplicável aos delitos em que prepondera o interesse privado e restrito aos bens jurídicos disponíveis. São condições para o consentimento válido: concordância sem vícios de vontade, capacidade para consentir, admissibilidade jurídica da disponibilidade, anuência exercida antes ou durante a conduta do agente, conhecimento pelo causador da exposição a perigo ou lesão e atuação nos estritos limites da anuência.

O consentimento informado excluirá a tipicidade nas hipóteses em que a discordância do sujeito passivo é elemento do tipo. Havendo tipicidade da conduta, o consentimento exclui a ilicitude desde que atue fora do tipo e represente a manifestação possível de renúncia à proteção penal, como, por exemplo, no delito de dano.

O consentimento informado não tem qualquer validade quando se trata de bens jurídicos indisponíveis, como exemplo a vida não pode ser disponibilizada pelo paciente. O consentimento na própria morte não se apoia em nenhum direito. A vida, apesar de não ser um valor absoluto – por exemplo, nos casos de legítima defesa e estado de necessidade –, é um bem indisponível e irrenunciável, pois se encontra subtraída à disposição de seu titular.

No caso concreto avaliado neste trabalho, o cirurgião dentista atuou sem o termo de consentimento informado do paciente, tratava-se de um bem jurídico disponível e restou demonstrado que o paciente não queria o resultado terapêutico alcançado, que foi a extração de todos os dentes. A terapêutica escolhida pelo dentista era previsto na literatura científica, todavia outras decisões terapêuticas poderiam ser implementadas, cabendo exclusivamente ao paciente opinar e determinar qual linha de tratamento era conveniente.

Conforme se depreende das anotações de Menezes ao citar Roxin e Manuel da Costa Andrade, o consentimento não se restringe apenas ao universo do ofendido e ofensor, mas envolve ambos e mais os interesses comuns da sociedade. Neste contexto, concluí-se ser extremamente relevante os costumes, o estado de desenvolvimento ético, moral e tecnológico da sociedade envolvida e especialmente a política criminal adotada.

Diferente das conclusões do trabalho de MENEZES (2010) e com a *devida vênia*, entende-se que apesar da impossibilidade de tipificar a falta do consentimento informado na prática médica e odontológica como crime, como é em Portugal, a falta do consentimento informado quando se tratar de bem jurídico disponível pode ser entendido como negligência, uma vez que o

profissional deveria fazê-lo, mas não o fez. Também diferente das conclusões do trabalho apresentado, o consentimento do paciente não é apenas um preciosismo do profissional, que a partir dele buscará a técnica mais adequada àquele tratamento, é sim uma causa de excludente de ilicitude ou de atipicidade fronteira, entre o exercício regular do direito e o abuso de direito. Como ponto fundamental de discussão o consentimento do paciente determina o resultado do procedimento terapêutico, sem ele, o resultado alcançado quando diverso àquele pretendido pelo paciente, constitui crime, na maioria das vezes tipificado como lesão corporal.

Como dito, no caso concreto estudado, apesar do procedimento adotado pelo cirurgião dentista de extrair todos os dentes hígidos ou não (exodontia completa), ser um protocolo de procedimento adotado em pacientes especiais com histórico de autolesão por mordidas, neste caso o paciente detinha baixo nível de comprometimento mental, nenhum consentimento informado foi requerido e o paciente buscava a exodontia apenas de dentes não hígidos e não como realizado, a mutilação completa. A conclusão óbvia é que a cirurgia era eletiva e o paciente não queria o resultado que foi alcançado, assim, cabia ao paciente ou seu representante legal decidir e concordar com o tratamento proposto, do contrário, como restou demonstrado, os dentes hígidos extraídos constituiu crime previsto no artigo 129 do Código Penal brasileiro, qual seja lesão corporal.

Conclui-se, por derradeiro, que o consentimento informado é documento imprescindível na relação envolvendo pacientes e profissionais da saúde, mesmo não tipificado como crime no Brasil, constitui meio de prova no convencimento do julgador quanto aos limites da conduta do profissional, se houve exercício regular do direito ou abuso de poder, se o resultado alcançado foi consentido ou resultou em lesão mais grave de bem jurídico disponível.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. Direito Penal Médico em Mudança. Portugal: Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <  
[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5ZaZoytT\\_JUJ:www.defensesociale.org/02/11.pdf+Numa+caracterização+sumária,+este+paradigma+polariza-se+em+torno+de+duas+constelações+de+bens+jur%C3%ADdicos+diferentes,+com+exigências,+em+princ%C3%ADpio,+antinómicas+e+conflitantes.+De+um+lado+a+vida+e+a+integridade+f%C3%ADsica;+do+outro+lado,+a+«liberdade+de+dispor+do+corpo+e+da+própria+vida&hl=pt-BR&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5ZaZoytT_JUJ:www.defensesociale.org/02/11.pdf+Numa+caracterização+sumária,+este+paradigma+polariza-se+em+torno+de+duas+constelações+de+bens+jur%C3%ADdicos+diferentes,+com+exigências,+em+princ%C3%ADpio,+antinómicas+e+conflitantes.+De+um+lado+a+vida+e+a+integridade+f%C3%ADsica;+do+outro+lado,+a+«liberdade+de+dispor+do+corpo+e+da+própria+vida&hl=pt-BR&gl=br)>

ASÚA, Luis Jiménez de. **Liberdade de amar e direito a morrer**: eutanásia e endocrinologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. t. II

BACKER, Robert. *A Theory of International Bioethics: the negotiable and non-negotiable*. **Kennedy Inst Ethics**, vol. 8 ano 3, 1998.

BIERRENBACH, Sheila. **Teoria do Crime**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7.12.1940. Código Penal**. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 31.12.1940. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>

CALLEGARI, Desiré Carlos e OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Consentimento livre e esclarecido em anestesiologia. **Revista bioética**, vol. 18, Ano 2, 2010.

CARRARO, Eliane Aparecida Santos. **O Uso do Termo de Consentimento Informado como Forma de Verificação da Responsabilidade Civil por parte do Cirurgião-Dentista**. Tese de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1081**, de 12.3.1982. DOU 23.3.1982.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução 196/1996**.

COSTA, Sérgio e DINIZ, Débora. **Ensaio bioéticos**. Brasília: Letras Livres, 2001.

ENGELHARDT JR., H.T. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

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

FERREIRA Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Dicionário Aurélio**. 6.ed. Curitiba: Positivo, 2006.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Ética e saúde**: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FRAGOSO, Rodrigo. **O Consentimento do Ofendido**. 1994. Disponível em: <  
[http://www.fragoso.com.br/ptbr/arg\\_pdf/artigos/arquivo64.pdf](http://www.fragoso.com.br/ptbr/arg_pdf/artigos/arquivo64.pdf) >

GRAHAM, P.E.; HAREL–RAVIV, M. *The future of informed consent and patient–dentistry communication*. **Journal of Canadian Dental Association**. vol. 63, ano 6, 1997.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento Informado**. 1997. Disponível em: <  
<http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm> >

GARCÍA, María José Segura. **El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra bienes jurídicos individuales**. In: QUIROGA, Jacobo López Barja de; ESPINAR, José Miguel Zugaldía (Orgs.). *Dogmática y lei penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 827-866. t. I.

GARRAFA, Volnei. **Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão**. **Jornal do Conselho Federal de Medicina**. vol. 8, ano 97, 1998.

GARRAFA, Volnei. **Bioética e odontologia**. In: KRIGER, L. (org.). Promoção de saúde bucal. São Paulo: ABOPREV – Artes Médicas; 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica - as obrigações de meio e de resultado; avaliação uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2002.

GOLDIM, José Roberto. Capacidade. 1997-2005. Disponível em: < [HTTP://www.bioetica.ufrgs.br/competen.htm](http://www.bioetica.ufrgs.br/competen.htm) >

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado**. 1997. Disponível em: < <http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm> >

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA, Guilén D. **La bioética médica**. In: *Organización Pan–americana de Salud (OPS/OMS). Bioética Temas y Perspectivas*. Washington: OPS/OMS, 1991.

GRECIANTIGUA. **Prometeu Acorrentado, de Ésquilo**. Disponível em: < <http://greciantiga.org/arquivo.asp?num=0074> >

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. [Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 24 ed. [rev. e atual.] São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

JUNGUES, José Roque. Ética e consentimento informado. **Cadernos de Ética em Pesquisa** vol. 3, Ano 4, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. [rev. atual. e ampli.] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOLAS, Fernando. **Bioética o que é, como se faz**. São Paulo: Loyola, 2001.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MALUF, Fabiano ; CARVALHO, Gilberto Paiva de ; DINIZ JÚNIOR, José Caubi ; BUGARIN JUNIOR, João Geraldo; GARRAFA, Volnei. Consentimento livre e esclarecido em odontologia nos hospitais públicos do Distrito Federal. Revista Ciênc. saúde coletiva vol.12 n°.6 Rio de Janeiro Nov./Dec. 2007;

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Patrimônio Jurídico Penal**. Tese de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2010.

MENEZES, Bruno Seligman de. **O consentimento do ofendido nos injustos de prática médica**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2010. Disponível em: < <http://www.lexico.pt/monada/> >

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 16**, de 27.11.1981. DOU 14.12.1981.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6.ed. [rev. e atual.] Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

MUÑOZ, DR, FORTES PAC. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. In: COSTA, S.I.F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G. (orgs.). Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MURRAY, Peter M. *The History of Informed Consent*. **Lowa Orthop Journal**, nº 10. PMCID: PMC2328798, 1990.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral:parte especial. 7.ed. [Rev., atual. e ampl.] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Direito Biomédico, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido (na teoria do delito)**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde e Consentimento Informado**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. [Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et al.] 2 ed. Madri: Civitas, 2003. t.1.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de Direito Penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCHRAMM, F.R.; KOTTOW, M. Princípios bioéticos em salud pública: limitadores y propuestas. **Cad Saúde Pública**, vol. 17, ano 4, 2001.

SEN, Amartya K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Franklin Leopoldo. Beneficência e paternalismo. **Jornal do Conselho Federal de Medicina**, vol. 12, ano 88, 1997.

SKOOB. **Prometeu Acorrentado - Ésquilo**. Disponível em: < <http://www.skoob.com.br/livro/5397-prometeu-acorrentado> >

SOARES, M.T.A.M.; MOTA, M.A.; GRAVINA, D.B.L. **Odontologia e bioética. O respeito à autonomia dos pacientes por cirurgiões–dentistas do Distrito Federal**. Monografia. Brasília (DF): Universidade de Brasília, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. [atual. e ampl.] São Paulo: Saraiva, 1991.

TOLSTOI, Liev. **A Morte De Ivan Illich**. 1886. Disponível em: < [http://www.netsaber.com.br/resumos/ver\\_resumo\\_c\\_45315.html](http://www.netsaber.com.br/resumos/ver_resumo_c_45315.html) >; < [http://en.wikipedia.org/wiki/The\\_Death\\_of\\_Ivan\\_Illich](http://en.wikipedia.org/wiki/The_Death_of_Ivan_Illich) >

WIKIPÉDIA. **Estudo da Sífilis não Tratada de Tuskegee**. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Estudo da S%C3%ADfilis n%C3%A3o Tratada de Tuskegee](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estudo_da_S%C3%ADfilis_n%C3%A3o_Tratada_de_Tuskegee) >

ZIMMERMAN, Janet F. *The Belmont Report: an Ethical Framework for Protecting Research Subjects*. **Review The Monitor**, summer, 1997. Disponível: < <http://www.impactcg.com/docs/BelmontReport.pdf> >