

Consentimento hipotético*

Thomas Rönnau

Introdução

O “consentimento hipotético”¹, como um dos temas atualmente mais controvertidos do debate no âmbito do Direito Penal Médico com forte vínculo com a Parte Geral, mas também com a Parte Especial, é bastante idôneo enquanto objeto de exames escritos e orais para testar o conhecimento dogmático dos candidatos, que devem, então, estar adequadamente preparados para a discussão.

A atuação médica é uma atividade tendencialmente perigosa. Isso se deve sobretudo ao fato de que, segundo a constante jurisprudência, toda intervenção médica na integridade física constitui, em princípio, uma lesão corporal típica, ainda que ela seja realizada *lege artis* e melhore o estado de saúde do paciente. Por isso, se o médico não quiser se expor aos riscos de responsabilização civil ou penal, toda intervenção requer uma justificação, que, via de regra, ocorre por meio do consentimento do paciente. O pressuposto essencial de um consentimento válido é o suficiente esclarecimento do paciente sobre o diagnóstico (opinião majoritária), bem como a natureza, as chances e os riscos do tratamento curativo, na medida em que um indivíduo sensato na situação do paciente depende disso para uma decisão de consentimento autodeterminada. Para tornar

* Publicação original: Grundwissen – Strafrecht: Hypothetische Einwilligung. *Juristische Schulung*, [s.l.], v. 54, n. 10, p. 882-885, 2014. Tradução de Izabele Kasecker. Esse e outros artigos do autor no mesmo formato foram traduzidos e integram a obra: RÖNNAU, Thomas. *Lições fundamentais da teoria do delito*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

1 Nota da tradutora (NT): Embora a figura do consentimento hipotético seja pouco abordada (porque pouco conhecida) no Brasil e que sua aplicação no âmbito do Direito Penal seja bastante controvertida, ela possui um significado prático (e teórico) importante – o que restará claro no transcorrer do texto.

tolerável a situação de responsabilidade do médico diante de deveres de esclarecimento continuamente mais amplos, a jurisdição civil dos tribunais superiores reconheceu, há muito tempo, o chamado *consentimento hipotético*. Essa figura jurídica permite que, no caso de um consentimento eivado de vício (de esclarecimento) e, com isso, inválido, o médico alegue que o paciente teria igualmente consentido – agora validamente – na intervenção realizada na hipótese de esclarecimento adequado. O injusto objetivo do fato pode, então, ser afastado.

O *BGH* em *matéria penal* adotou essa figura jurídica primeiro apenas no âmbito da lesão corporal culposa, mas a emprega desde 2003 também para a limitação da punibilidade nos delitos dolosos. O protótipo aqui é o consentimento em uma segunda operação/de correção obtido fraudulentamente mediante engano, com a qual se devem afastar as consequências de um erro de tratamento da primeira intervenção – medicamento indicada. Na literatura, há grandes reservas ao consentimento hipotético, as quais se referem tanto à sua legitimação e quanto à sua construção. A jurisprudência ainda não se debruçou, até o momento, sobre a crítica apresentada.

1 Fundamentos dogmáticos e crítica à figura jurídica

1. No tratamento jurídico do consentimento hipotético, há, até hoje, significativas inseguranças. Segundo a jurisprudência (penal) mais antiga, no contexto culposos (§ 229)² está ausente a (quase) causalidade entre o vício de esclarecimento (transmissão de informações incompletas ou falsas ou omissão do esclarecimento devido) e o consentimento nas situações em que o paciente teria anuído ao tratamento médico também na hipótese de esclarecimento suficiente. Em um caso de homicídio culposos (§ 222) do ano de 2013, a 1ª Turma (*Strafsenat*) apoia, então, a exclusão da tipicidade claramente na eliminação do nexo de contrariedade ao dever entre violação ao esclarecimento e morte do ofendido – evidentemente uma substituição do objeto de referência. Em contrapartida, no caso de lesões corporais dolosas, o *BGH* quer permitir o afastamento da antijuridicidade, sem desenvolver ou explicar mais detalhadamente essa causa de justificação (provavelmente) autônoma. A título de limitação, o consentimento (hipotético) deve, ao menos sem esclarecimentos adicionais, referir-se apenas a intervenções médicas curativas realizadas segundo a *lege artis*.

2 NT: Que dispõe sobre a lesão corporal culposa.

Os defensores da figura jurídica na literatura partem dogmaticamente da exclusão da imputação (do injusto). Segundo essa visão, trata-se de aplicar as regras usuais da teoria da imputação objetiva, utilizadas para restringir a responsabilidade no âmbito da tipicidade, ao âmbito da antijuridicidade; concretamente: para a exclusão da imputação normativa (do resultado) mediante recurso aos princípios do comportamento alternativo conforme ao Direito. A despeito das distinções construtivas, ambas as abordagens justificam a não imputação do resultado típico essencialmente com o fato de que (sem nexo de violação de dever) *não há desvalor* de resultado. O desvalor de resultado da realização típica é, de fato, usualmente suprimido, porque os pressupostos objetivos de uma causa justificante estão preenchidos. Excepcionalmente, porém, deve-se atribuir ao consentimento – que de fato padece de vícios de esclarecimento – uma força compensadora do injusto se ele houvesse sido concedido também na existência do esclarecimento devido. O resultado típico produzido (lesão à integridade física) não poderia, aqui, ser qualificado valorativamente como um *resultado de injusto* relevante para a responsabilização, uma vez que o titular do bem jurídico teria, de qualquer modo, autorizado a intervenção (“tese da perda [Verlorenheit] do bem jurídico”); seria possível, no máximo, uma punição por tentativa, a qual só é conhecida pelo delito doloso, mas não pelo culposo. Em casos duvidosos, ou seja, de insegurança quanto ao comportamento permissivo, impõe-se a absolvição *in dubio pro reo*.

O consentimento hipotético deve ser diferenciado do presumido: enquanto o último justifica intervenções em situações análogas à do estado de necessidade e exige – já no aspecto dos pressupostos jurídicos – que um consentimento real (e válido) não tenha podido ser obtido (princípio da subsidiariedade), uma exclusão da imputação mediante remissão ao consentimento hipotético só pode ser levada em consideração quando a obtenção de um consentimento (válido e por meio de esclarecimento suficiente) era perfeitamente possível, mas não sucedeu. Nesse sentido, a existência de um consentimento hipotético, a ser analisada *ex post*, exclui apenas o injusto objetivo de um delito consumado, enquanto o consentimento real ou presumido justifica o fato como um todo, desde que – a partir de uma perspectiva *ex ante* – os seus pressupostos estejam preenchidos.

2. Essa figura jurídica, empregada na jurisprudência e em partes da literatura, especialmente para a contenção de deveres de esclarecimento ilimitados – e, com isso, como meio de descriminalização –, tem sido, nos últimos anos, cada vez mais criticada; grandes parcelas da literatura a rejeitam por completo. Na jurisprudência mais recente, observa-se um proceder mais cauteloso com esse instrumento. A desoneração deve vincular-se a pressupostos mais rigorosos. Da

abundância dos argumentos apresentados por seus opositores, aqui deverão ser citados, a seguir, apenas os principais.

a) Já precocemente, *Puppe* levantou a objeção fundamental (e metódica) de que a questão de como um paciente teria decidido em caso de esclarecimento devido não poderia, *em princípio*, ser respondida em razão da ausência de conhecimento de leis (naturais) correspondentes no âmbito da causalidade psíquica e, com isso, seria “absurda”, do que decorre que tampouco o princípio *in dubio pro reo*, utilizável apenas em casos de dúvida quanto aos fatos, seria aplicável. Ademais, a (frequente) aplicação do princípio implicaria que uma apropriada proteção penal não seria assegurada ao paciente. Ainda que essa fundamental crítica seja exagerada, uma vez que, para a demonstração de causalidades psíquicas, o Direito Penal se contenta, também de resto (como no âmbito da instigação, da cumplicidade material ou do erro no estelionato), com conhecimentos empíricos e prognoses probabilísticas, e o princípio *in dubio pro reo* apenas pode ser utilizado em caso de dúvida razoável, ela dirige o olhar às dificuldades práticas quase intranponíveis na investigação da vontade fictícia do paciente.

Se o paciente for questionado (como testemunha) após o fato, ele dificilmente poderá ignorar as consequências da intervenção (especialmente uma melhora ou piora da saúde) na formulação de sua resposta, ainda que elas não possam exercer papel algum no questionamento jurídico quanto ao seu comportamento decisório *antes* do fato. Considerando que se deve partir da vontade presumida e personalíssima do paciente, e não de uma decisão racional, os controles de plausibilidade são praticamente impossíveis. O potencial de abuso (especialmente a chantagem do médico) é, aqui, evidente. As dificuldades de prova ainda se acentuam quando o paciente falece (em razão da intervenção). Utilizando-se a máxima *in dubio pro reo*, já se deve, em casos de dúvidas apoiadas nos fatos, absolver, frequentemente, quando a recusa de anuência não puder ser apurada com segurança. Assim, o Direito Penal desonera o médico de modo muito mais intenso do que o Direito Civil, que incorpora a figura jurídica em uma rede cuidadosamente balanceada de regras de declaração e ônus probatório, e exige do médico uma prova (dificilmente apresentável) de um consentimento hipotético, depois de o paciente apresentar de modo plausível que se teria encontrado em um real conflito decisório no caso de esclarecimento devido. Caso também a punição por tentativa seja afastada porque o médico apresenta de modo incontestável que ele teria pressuposto o consentimento do paciente, cria-se uma questionável lacuna de proteção. A teoria do aumento do risco, majoritariamente rejeitada, poderia ser útil à limitação dos efeitos do princípio *in dubio pro reo*. O estado de incerteza que se produz porque o juízo sobre a licitude ou ilicitude do tratamento médico

curativo ocorre somente muito depois do fato aproxima a figura jurídica nitidamente da *permissão* (*Genehmigung*), que, segundo a absoluta opinião majoritária, pode ser considerada, no máximo, na dosimetria da pena, mas, em razão de seu efeito *ex tunc*, não afeta o injusto e a culpabilidade do fato.

b) Bastante peso tem também o argumento de que a exclusão da imputação no consentimento hipotético não poderia apoiar-se na ideia de comportamento alternativo conforme ao Direito, emprestada da teoria da imputação objetiva, uma vez que ela não pode ser transposta (sem fricção) do âmbito da tipicidade do delito culposo ao âmbito das causas de justificação. Aqui, os defensores da figura jurídica sempre recorrem ao caso do ciclista (*BGHSt* 11, 1), segundo o qual o nexo de contrariedade ao dever entre a ação violadora do dever de cuidado (inobservância da distância devida pelo condutor do veículo de carga) e a morte (do ciclista embriagado) é afastado quando, com probabilidade próxima da certeza, o resultado também tivesse ocorrido caso o motorista do caminhão houvesse conduzido adequadamente o veículo. No entanto, a diferença estrutural entre essa constelação e o caso de consentimento hipotético reside no fato de que, no caso do ciclista, é faticamente impossível, para o agente, impedir o resultado típico no momento relevante para a decisão, antes da ocorrência do resultado, enquanto o médico sempre pode fazê-lo faticamente e o impedimento do resultado também é dele exigido normativamente. Ele teria que se abster de realizar a intervenção ou teria podido realizá-la apenas após o esclarecimento devido (*Albrecht*). Contra o tratamento igual dos casos tem-se, ademais, o fato de que a relação entre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação e o resultado do fato *não* é de *natura causal*, senão *axiológica*. Em última análise, os partidários do consentimento hipotético – grupo ao qual eu mesmo pertencia antes – realizam, no tratamento privilegiado, um completo ato de valoração que apresenta alguma plausibilidade – mas nada além disso. Os elementos com os quais o injusto tipicamente fundado é compensado no âmbito da antijuridicidade segundo a dogmática reconhecida (grosseiramente: a existência dos pressupostos objetivos de justificação compensa o desvalor de resultado, a existência dos elementos subjetivos de justificação compensa o desvalor de ação) não são utilizados, senão, em vez disso, a imputação do resultado é negada em combinação com um consentimento fictício (e, assim, em consideração a uma “causa substitutiva hipotética”). Uma tal erupção da dogmática de até então deveria ser fundamentada de modo consideravelmente mais profundo não apenas em razão das significativas consequências dessa ideia básica no âmbito de outras causas de justificação.

c) O consentimento hipotético – diversamente do que se sugere na jurisprudência em casos de prática dolosa de um fato – não é considerado como uma

causa (autônoma) de justificação. A consequência seria uma justificação do fato como um todo, embora, em última instância, também os protagonistas da figura jurídica admitam apenas uma *exclusão do desvalor de resultado*, ou seja, a antijuridicidade da ação permanece, de sorte que se pode exercer legítima defesa de terceiros contra um médico que intervém com base em um consentimento hipotético. Ademais, o motivo que revisa o juízo (provisório) do desvalor em situações de justificação não está presente no consentimento hipotético: a intervenção médica curativa não só não era necessária (princípio da necessidade enquanto característica das causas de justificação) na ponderação de interesses em conflito, senão tampouco se apresenta como um ato de autodeterminação do paciente ou de consentimento presumido (enquanto sucedâneo do consentimento). Ao lado do instrumento de exercício da liberdade do consentimento coloca-se, antes, uma reconstrução da vontade hipotética, que – por se tratar de uma atribuição normativa externa [*Fremdzuschreibung*] – tem ainda muito pouco a ver com o direito ao exercício da liberdade pelo titular do bem e faz com que pareça legítima a objeção de que ela minaria a subsidiariedade do consentimento presumido e, em última instância, escavaria o direito de autodeterminação do paciente. O médico pode, então, descumprir deliberadamente os seus deveres de esclarecimento ou, antes da obtenção do consentimento, até mesmo enganar o paciente e, ainda assim, esperar quedar-se impune remetendo a um consentimento hipotético.

Por fim, deve-se apontar o fato de que os partidários dos modelos de bem jurídico que veem, nos §§ 223 e ss., a autonomia do paciente (e não a integridade física) protegida em caráter exclusivo ou, em todo caso, principal, têm, de qualquer modo, de negar ao consentimento hipotético o seu efeito exoneratório, uma vez que a liberdade de disposição é de fato violada pelo comportamento do agente, e isso não pode mais ser desfeito.

3. Assim, a figura do consentimento hipotético deve, em última análise, ser rejeitada. A solução para a limitação dos riscos de punibilidade do médico deve ser buscada ali onde ela tem sua origem: nos excessivos deveres de esclarecimento! Bastante promissoras são, portanto, as abordagens que querem, em leve flexibilização ante a dogmática do Direito Civil, reduzir as exigências referentes aos deveres de esclarecimento no âmbito jurídico-penal ou, mediante recurso à teoria dos vícios de vontade, distinguir entre deveres de esclarecimento relacionados à intervenção ou dela desvinculados, bem como casos de engano ativo. Aqui, deve-se apenas apontar ao fato de que o § 630h II 2 BGB³, criado em 2013 pela Lei

3 NT: Dispositivo que trata do ônus probatório em casos de responsabilização por erros de tratamento ou de esclarecimento.

dos Pacientes, não impõe o reconhecimento do consentimento hipotético, uma vez que se trata, nesse dispositivo, apenas de uma regra de Direito Civil referente ao ônus probatório. Em contrapartida, já em razão das significativas inseguranças de critério não se deve aderir à proposta mais recente que quer complementar o tipo penal de lesão corporal (§ 223), em um desenvolvimento judicial do Direito e favorável ao agente, com uma cláusula de reprovabilidade (similar aos §§ 237 I 2⁴, 240 II⁵, 253 II⁶). Digna de consideração é, por fim, a introdução de um tipo penal autônomo para a “intervenção curativa arbitrária”, sobre a qual se discutiu intensamente em 1998 no âmbito da 6^a Lei para a Reforma do Direito Penal.

2 Aplicabilidade do consentimento hipotético também no contexto da infidelidade patrimonial?

Pouco abordada até o momento é a questão de se o consentimento hipotético, reconhecido na prática judicial basicamente como uma causa de exclusão do injusto penal (*Strafunrechtsausschließungsgrund*), deve se estender, para além do Direito Penal Médico (compreendido de modo restrito) e por razões de tratamento igualitário, a outros campos do delito. Essa problemática deve ser investigada a seguir, de modo breve e exemplificativo, para uma possível utilização da figura jurídica no *contexto da infidelidade patrimonial*. Nesse caso – especialmente bri-sante! –, na existência de seus pressupostos, dever-se-ia geralmente absolver em razão da não punibilidade da tentativa.

Por parte da jurisprudência, até agora somente o *OLG Hamm* declarou, em um caso de organização de uma “viagem de lazer” pelo dirigente de uma empresa de construção residencial urbana, que uma anuência hipotética, a ser reconhecida *in dubio pro reo*, pela cidade de *Münster*, enquanto investidora poderia, em princípio, excluir a punibilidade por infidelidade patrimonial (*OLG Hamm*, NStZ-RR 2012, 374 [375]). A bastante clara literatura sobre o tema é polarizada, mas rejeita, em grande parte, a transposição da dogmática e, com isso, a igualdade de tratamento com os casos de Direito Penal Médico. Além disso, reitera-se a crítica geral ao consentimento hipotético, salientando-se especialmente uma fra-

4 NT: Tradução livre do § 237 I StGB (“casamento forçado”): “Quem ilicitamente constrange alguém a contrair um casamento, com violência ou mediante ameaça com um mal sensível, será punido com pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos. O fato é ilícito quando a utilização da violência ou a ameaça com o mal for concebida como reprovável para o fim perseguido”.

5 NT: O § 240 II StGB (“constrangimento ilegal”) reproduz a segunda parte do dispositivo citado na nota anterior (“O fato é ilícito quando a utilização da violência ou a ameaça com o mal for concebida como reprovável para o fim perseguido”).

6 NT: A observação realizada na nota 4 também se aplica ao § 253 II.

gilização inaceitável da proteção de bens jurídicos. No entanto, contra a adoção da figura jurídica no âmbito do § 266 I podem-se aduzir razões *especificamente vinculadas à infidelidade patrimonial*, duas das quais serão aqui apresentadas.

Em primeiro lugar, há o especial microcosmo dogmático – já descrito –, no qual a figura jurídica do consentimento hipotético foi desenvolvida no Direito (Penal) Médico para “neutralizar” deveres de esclarecimento irrestritos. Não se pode concluir algo similar para o âmbito da infidelidade patrimonial. É verdade que o médico e também o autor da infidelidade patrimonial que tem o dever de lealdade se encontram em uma posição de garante em relação ao bem jurídico protegido em cada caso; na infidelidade patrimonial, no entanto, a política de risco é estabelecida pelo fiduciante (*Treugeber*) – como no caso dos conhecidos negócios de riscos –, que determina, desse modo, os limites da punibilidade. O fato de que o tipo penal de infidelidade patrimonial deve ser interpretado restritivamente se deve à formulação da lei relativamente aberta e, com isso, indeterminada, ou seja, tem razões diversas em comparação com a redução dos deveres de esclarecimento do médico.

Quase mais importantes são as diferenças estruturais na *descrição do resultado*. Para proteger a liberdade de autodeterminação do paciente contra uma intervenção curativa pelo médico, cada corte, perfuração, etc., do médico – ainda que seja realizado segundo a arte médica e, em última análise, seja benéfico – é classificado como um resultado típico de lesão corporal que requer o consentimento. Em contrapartida, no § 266 I o resultado emerge como prejuízo/dano, que pressupõe uma redução do patrimônio não compensada por um retorno patrimonial correspondente. Assim, já não são típicos muitos casos nos quais, após uma ação violadora do dever, advém um saldo patrimonial positivo.

3 Orientações para a resolução de casos

A questão de onde se deve abordar, em uma resolução de caso, o consentimento hipotético (em uma intervenção médica curativa) depende de como o estudante classifica o consentimento real segundo o seu caráter. Se ele enxerga aí uma causa de exclusão da tipicidade, recomenda-se que o consentimento hipotético seja abordado no âmbito da tipicidade; em uma qualificação como causa de justificação, de modo correspondente no âmbito da antijuridicidade. No último caso, há muitas razões para, diante de indícios, examinar (e negar) primeiro o consentimento ou o consentimento presumido antes de se discutir a controvertida aplicação do consentimento hipotético. Caso o estudante, assim como a consolidada jurisprudência, aceite a figura jurídica, deve ele empregá-la (a despeito da

confusa formulação do BGH “[no entanto, a antijuridicidade é descartada quando...”]) não como causa justificante, senão como causa de exclusão do injusto no sentido da ausência de um nexos de violação do dever no âmbito do tipo o objetivo de justificação⁷. Por fim, caso a tentativa seja punível, deve-se examinar, ainda, a tentativa do delito.

4 Principais decisões

BGH, NStZ 1996, 34 – osso bovino (com comentários de ULSENHEIMER, NStZ 1996, 132);

BGH, NStZ-RR 2004, 16 – disco intervertebral (com comentários de RÖNNAU, JZ 2004, 801);

BGH, NStZ-RR 2007, 340 = JuS 2007, 1145 (Jahn) – lipoaspiração;

BGH, NStZ 2012, 205 – gastroscopia (com comentários de JÄGER, JA 2012, 70);

BGH, NJW 2013, 1688 – método novo de tratamento (com comentários de BECKEMPER, NZWiSt 2013, 232).

5 Seleção bibliográfica

ALBRECHT, Andreas. *Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

JANSEN, Scarlett. Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut? *Zeitschrift für das Juristische Studium*, Gießen, v. 4, n. 6, p. 482-495, 2011. Disponível em: https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011_6_495.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

KUHLEN, Lothar. Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung. In: BRITZ, Guido (hrsg.). *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2001. p. 431-452.

OTTO, Harro; ALBRECHT, Andreas. Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff. *Juristische Ausbildung*, [s.l.], v. 32, n. 4, p. 264-271, 2010. DOI: 10.1515/jura.2010.264.

RÖNNAU, Thomas. Vorb. § 32 (nm. 230 e s.). In: HOHN, Kristian (hrsg.). *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. 12. Auflage. Berlin: De Gruyter, v. III, 2006.

7 Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Bade-Baden: Nomos, 2013. § 19 nm. 18.

SICKOR, Jens Andreas. Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht. *Juristische Arbeitsblätter*, [s.l.], v. 40, n. 1, p. 11, 2008.

SOWADA, Christoph. Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, [s.l.], v. 32, n. 1, p. 1-10, 2012.

Sobre o autor:

Thomas Rönnau | *E-mail*: thomas.roennau@law-school.de

Doutor em Direito (Uni- Kiel/Alemanha). Professor catedrático de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Direito Processual Penal (Bucerius Law School/Alemanha).

Recebimento: 19.09.2023

Aprovação: 11.11.2023