

ERRO MÉDICO: ASPECTOS CRIMINAIS*

Luciane Bastos Lage Vieira

INTRODUÇÃO

Este é um estudo monográfico que pretende debater a história e a caracterização criminal dos atos médicos. Visa conceituar e diferenciar o crime médico específico do erro médico, inclusive com a delimitação das esferas dolosa e culposa, entre outros aspectos.

No período da Antiguidade à Idade Média, eram aplicadas penas severas a médicos considerados culpados por erros cometidos no exercício da profissão. Com o passar dos séculos, os médicos foram adquirindo liberdade de ação, e surgiram fontes doutrinárias que defendiam a ampla tolerância para com os erros médicos. A questão passou a ser novamente avaliada no início do século passado, e os médicos voltaram ser responsabilizados por seus atos, desde que tivessem atuado com culpa.

Sobre a mudança dos tempos e a situação do médico neste novo contexto social, vale ressaltar a posição de Miguel Kfoury Neto, que afirma :

Verifica-se uma “medicalização” da vida – desde a ingestão de vitaminas, que se populariza, à cirurgia plástica estética, controles dietéticos – ao passo que o homem se torna mais reivindicativo, cômico de seus direitos, e o relacionamento com os médicos se torna mais e mais despido de conotação pessoal.

Neste contexto, como destaca Clotet, assume desusada importância o diálogo interdisciplinar, envolvendo, como protagonistas, médicos, especialistas em Ética e Bioética, advogados, promotores de Justiça, magistrados, políticos, sociólogos e religiosos.

Aos operadores jurídicos incumbe participar da evolução científica, prevenindo futuros embates e lesões a direitos.¹

¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30/31.

Com a evolução dos tempos, a deterioração da relação entre o profissional de saúde e o paciente, a dessacralização da sociedade, entre outros aspectos, a morte assistida por profissionais de saúde ou agravos à saúde não têm sido sempre tratados como uma consequência natural de um estado de saúde debilitado, mas, algumas vezes, como o resultado de um possível erro médico. Isso mostra a importância de uma análise imparcial e cuidadosa de cada caso, visto que o inconformismo de alguns pacientes pode levar ao questionamento dos procedimentos médicos sem que se considerem as limitações da medicina em frente dos embates do homem pela busca da eternidade.

O direito à integridade corporal, à saúde e à vida, mais valioso bem jurídico da pessoa humana tutelado pelo Estado, coloca o médico em situação de evidência. A sociedade tem admitido, cada vez menos, a ocorrência de erros médicos, fatos antes pouco suscitados e indagados com frequência na atualidade.

A idéia de reparação por danos físicos e morais está-se disseminando, e a atual responsabilização criminal do profissional de saúde destaca a necessidade de se aprofundarem estudos num tema ainda bastante polêmico, principalmente quanto aos pressupostos a se considerar para classificar um erro médico e tipificar crimes em decorrência de atos dos profissionais de saúde.

Inquestionável é a preocupação que tem surgido por parte de entidades médicas, conselhos de classe e hospitais com a questão, principalmente com o advento da responsabilização civil. Nos Estados Unidos, a maioria dos profissionais de saúde, para atuar no mercado, realiza seguros privados com o objetivo de ter garantia no caso de ser processada por algum mau procedimento e ser condenada a pagar indenizações vultosas, como tem ocorrido com frequência.

A mídia, de forma geral, bem como a sociedade têm participado de discussões acerca do assunto, e a necessidade de fiscalização efetiva das atividades médicas tem sido enfatizada, principalmente em face do corporativismo de que são acusados os Conselhos de Medicina, os quais, mesmo que atuassem com maior rigor e rapidez, cuidam apenas de aspectos éticos e não estão habilitados à análise de imputações criminais contra os médicos.

A doutrina pesquisada dá sinais de não se ter ainda uniformizado, havendo conceitos e análises em sentidos diversos, e a jurisprudência, da mesma forma, ainda está em formação.

Um aspecto que influenciou decisivamente a escolha deste tema foi a existência da Pró-Vida - Promotoria Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, primeira promotoria especializada no Brasil para tratar de erros médicos sob o enfoque criminal.

O objetivo geral deste estudo bibliográfico é compilar criticamente teorias, pressupostos e princípios gerais de Direito Penal que possam ilustrar as particularidades do crime médico doloso e culposo, identificando quando se configura a culpa dos profissionais de saúde e sob quais fundamentos jurídicos se imputa a eles a prática de crimes.

Especificamente, visa esta monografia desenvolver o tema proposto ressaltando aspectos de ordem legal, doutrinária e jurisprudencial, de forma a possibilitar a prévia compreensão da tipificação criminal de condutas dos profissionais de saúde, identificando em que medida há responsabilidade no exercício de suas funções e propondo uma breve reflexão com fundamento nos pressupostos considerados, para contribuir para melhor compreensão do assunto.

1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Sobre a relação médico-paciente, cabe inicialmente citar a afirmação feita por Delton Croce e Delton Croce Júnior:

Longínquo é o tempo em que as pessoas acreditavam existir entre o paciente e o médico uma brumosa zona de transição entre a luz e a sombra como que a impedir àqueles uma melhor compreensão da gênese, do tratamento e da cura das doenças. Hoje, ou mais precisamente, graças à jurisprudência francesa imposta pelo famoso julgado de 20 de maio de 1836 da Câmara Civil da Corte de Cassação, já não pairam dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica; os pacientes, cômicos das situações que lhes aproveitam e sentindo que do erro médico advindo de culpa

resultou danos físicos e/ou morais, passaram a contestar, através de ações penais ou de pesadas ações cíveis, os seus direitos.²

Apesar de ser possível a responsabilidade médica decorrente de responsabilidade extracontratual, Wanderby Panasco afirma que “as relações mais comuns entre médico e paciente são de natureza contratual, e, portanto, adquirem vínculos obrigacionais”.³

Cabe ressaltar que essa divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual tem sofrido críticas. Partindo-se do princípio de que a culpa, tanto no caso de dever legal quanto contratual, leva-nos à idéia de responsabilidade, não haveria distinção significativa.

Quanto à natureza da responsabilidade médica, Miguel Kfoury Neto ressalta

que o fato de ser considerada como contratual não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Para que se configure a responsabilidade, é necessária a prova da culpa do agente, cujo ônus incumbe à vítima. A reparação do dano será proporcional ao resultado, mas somente na justa medida de sua provocação por ato culposo do agente. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.⁴

Irany Novah Moraes faz uma consideração de grande relevância acerca da avaliação da ocorrência do erro médico, afirmando que

como o erro só pode ser estimado pelo resultado, o médico só deve responder pelo que depende exclusivamente dele e não da resposta do organismo do paciente e que neste ponto há uma sabedoria da nossa Justiça, que estabelece o contrato entre médico e paciente como de meio e não de fim. Dessa maneira, salvaguarda o médico de responsabilidade pelo que não deu certo por causa do paciente, seja pelo que ele não fez como lhe foi prescrito, seja pelo fato de o seu organismo não ter reagido como se poderia esperar.⁵

² CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p.25.

³ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pág. X.

⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.

⁵ MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Lejus, 1998, p.323.

A única hipótese em que a responsabilidade do médico tem sido classificada como de resultado é no caso de cirurgias estéticas eletivas, havendo, mesmo nesses casos, certas divergências, com parte da doutrina defendendo que essa obrigação seria, na verdade, de informar ao paciente quanto aos riscos e às perspectivas de resultado.

A classificação da obrigação médica como de meio ou de resultado e a natureza da responsabilidade, que pode ser contratual ou extracontratual, são relevantes para o entendimento da responsabilidade médica, mas, especialmente, para a responsabilidade civil. Neste trabalho a avaliação da responsabilidade médica tem o enfoque criminal. O que tem relevância é o ato médico abusivo, ou seja, aquele que foge aos seus fins originais.

A relação entre médicos e pacientes tem sido, a cada dia, mais impessoal e tem-se transformado em um contrato entre empresas e consumidores, uma vez que planos de saúde e hospitais têm intermediado esse relacionamento. Essa relação, pela sua própria natureza, já demonstra a possibilidade da ocorrência de conflitos, e as normas legais prevêm que o resultado desse contrato pode ser problemático, como nos casos em que o ato médico causa danos, o que gera a tipificação da ocorrência de lesões corporais ou homicídio.

As lesões corporais podem ser de natureza leve, grave ou gravíssima, essa última quando importar incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função ou deformidade permanente. Estarão incursos no artigo 129 do Código Penal aqueles que produzirem tais resultados dolosa ou culposamente. A responsabilidade médica também ocorre no caso de morte do paciente, incidindo neste caso o artigo 121 do Código Penal.

2 RESPONSABILIDADE MÉDICA: HISTÓRIA E ORIGENS DOUTRINÁRIAS

2.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Fazendo uma resenha histórica sobre a responsabilidade médica, Delton Croce avalia que, nos primórdios da humanidade, não se cogitava de responsabilidade ou de direitos, já que a provocação de um dano propiciava imediata e pronta reação vingativa,

guiada pela brutalidade do instinto, sem qualquer preocupação com a busca por regras adequadas ou limitações. O objetivo era reparar o mal pelo mal.⁶

Dada a importância da Medicina no conjunto das atividades sociais, foram elaboradas, nas legislações dos povos antigos, normas que referendavam questões ligadas ao comportamento profissional dos médicos. A existência de sanções inscritas nos livros sagrados ou nas constituições primitivas denota a atenção dispensada ao erro médico desde os primórdios da Medicina.

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (2.394 a.C.). O Código estabelecia:

O médico que mata alguém livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego a metade do preço.

Entre os povos antigos há notícias de que os Visigodos e os Ostrogodos entregavam o médico à família do doente por suposta imperícia para que o justicassem como bem entendessem. Outros códigos antigos, como os livros dos Vedas e o Levítico, já estabeleciam penas para os médicos que não aplicassem com rigor a medicina da época. E, assim, poderiam eles ter as mãos decepadas ou perder a própria vida se ficasse cego ou morresse o cliente.⁷

No Egito, os médicos ostentavam elevada posição social e se confundiam com os sacerdotes. De acordo com alguns autores, existia um livro com regras do exercício da ciência médica, as quais os médicos deveriam respeitar. Respeitadas as regras, mesmo que o paciente viesse a morrer, não eram punidos. Quando se afastava do cumprimento das normas e, ainda que o paciente se salvasse, o médico estava sujeito a várias penas, inclusive a morte.

Entre os gregos também havia um tratamento rigoroso do suposto erro médico. Na Grécia antiga, segundo Plutarco, Alexandre mandou crucificar Glaucus, médico em Ephestion, porque foi ao teatro, abandonando seu paciente, que, por um desvio de regime, veio a falecer. Entendeu-se, à época, que estaria configurada uma negligência médica.

⁶ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p.3/4.

⁷GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 2. ed. Montes Claros: Unimontes, 2000, p. 27.

Em Roma, à época do império, em função da *Lex Aquilia*, os médicos pagavam indenização pela morte de um escravo e, àqueles considerados culpados por falta profissional, eram imputadas as penas de deportação e de morte. Wanderby Panasco afirma que, apesar dessas previsões, há “admoestações, principalmente de Plínio, que nas suas obras reclama das impunidades médicas tendo em vista dificuldades, já naquela época, das tipificações penais”.⁸

Tratando da história do erro médico, Júlio Cesar Meirelles Gomes registra que, na Idade Média, a rainha Astrogilda exigiu do rei, seu marido, que fossem com ela enterrados os dois médicos que a trataram, aos quais atribuía o insucesso no tratamento.⁹

2.2 ORIGEM DOUTRINÁRIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Apesar de ter havido em 1596 e 1768 pronunciamentos do Parlamento de Bordeaux e de Paris pela interdição do exercício da profissão a médicos incriminados por faltas no exercício de suas funções, em 1602 o Parlamento de Paris prolatou o princípio de irresponsabilidade médica no que concerne a acidentes sobrevindos ao longo dos tratamentos.¹⁰

Wanderby Panasco afirma que o Código Civil francês de 1804 e as leis posteriores não são explícitas, mas que a responsabilidade médica, como de todos os demais cidadãos, poderia ser deduzida dos arts. 1.382 e 1.383, que estabeleciam o princípio de que qualquer ato humano prejudicial a outrem obrigava o autor do dano a repará-lo. Entretanto, surgiram diversas controvérsias em relação a essa responsabilização.

Da análise dos posicionamentos adotados acima, fica clara a necessidade de exposição das diferentes doutrinas adotadas para avaliação da responsabilidade médica. Wanderby Panasco considera a existência de três doutrinas: a doutrina da irresponsabilidade,

⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 37.

⁹ GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 2. ed. Montes Claros: Unimontes, 2000, p. 27.

¹⁰ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 37.

a doutrina do dolo ou da má-fé, e a doutrina da responsabilidade médica.¹¹ A seguir, serão abordadas as particularidades de cada uma segundo o ponto de vista do autor.

2.2.1 DOCTRINA DA IRRESPONSABILIDADE

Essa doutrina é a que se encontra mais sujeita a críticas. A idéia surgiu na época em que o direito começou a delinear normas para a responsabilidade médica.

Wanderby Panasco ressalta que os que não aceitavam a responsabilidade médica argumentavam que o diploma médico era prova de idoneidade, que o processo científico ficaria ameaçado se os médicos percebessem a possibilidade de um processo a cada procedimento terapêutico arriscado, que as faltas técnicas do médico não poderiam ser julgadas por um tribunal de magistrados advogados e que a Medicina não era uma ciência matemática capaz de se submeter a normas.¹²

Trébuchet foi o grande propugnador dessa teoria e não obteve o apoio devido da classe. Mesmo assim, conseguiu levar avante sua idéia, influenciando a própria Academia de Medicina “ante o famoso julgamento, que o médico não deveria ser incriminado senão quando fosse produtor do dano, intencionalmente”.¹³

2.2.2 DOCTRINA DO DOLO OU DA MÁ-FÉ

Os partidários dessa doutrina eram aqueles que admitiam a irresponsabilidade. Aceitavam limitadamente a responsabilidade, quando se tratasse de dolo ou má-fé, e, portanto, dentro de um critério de intencionalidade.

Em relação a essa doutrina, Souza Lima afirma que a expressão mais completa desses protestos encontra-se em relatório apresentado e lido perante a Academia de Medicina de Paris, em 1829, pelo Dr. Double, que continha os seguintes termos: “Os médicos

¹¹ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 29.

¹² PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 32.

nunca deveriam ser punidos pelos erros que cometessem de boa-fé no exercício de suas funções; sua responsabilidade é toda moral, toda de consciência. Nenhuma ação lhes pode ser intentada senão em caso de captação, de dolo, de fraude, e de prevaricação”.¹⁴

Em 1834 a Academia foi convidada a discutir projeto de lei sobre o exercício da Medicina e propôs a inserção de um artigo que previa a não-responsabilização dos médicos por erros cometidos de boa-fé. O dispositivo legal não foi acolhido e reconheceu-se que seriam imputados aos médicos a negligência, a inadvertência, o erro material e grosseiro que não pudessem ser atribuídos às incertezas da ciência e às dificuldades da arte.

2.2.3 DOCTRINA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A jurisprudência francesa foi a pioneira das concepções sobre a responsabilidade médica como é examinada atualmente. Dois casos reais tiveram grande importância para o desenvolvimento dessa doutrina.

O primeiro caso ocorreu em 1825, em Domfront. O Dr. Hélie foi chamado às seis horas da manhã, para realizar o parto da Sra. Foucault, só se apresentando na residência às nove horas.

Ao exame da gestante, verificou que o feto se achava em apresentação de membro, com a mão direita no trajeto vaginal. Como encontrou dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. Logo a seguir, notou que o membro esquerdo também se antecipava em análoga circunstância e, com o mesmo objetivo inicial de facilitar a expulsão, amputou o outro membro. A criança veio a nascer e a sobreviver ao tocotraumatismo.¹⁵

Diante da deformidade do filho, os pais processaram o médico, tendo o Tribunal solicitado, no transcorrer da lide, parecer à Academia de Medicina de Paris. Nomeados obstetras para examinar o caso, um primeiro relatório considerou a operação realizada pelo médico como falta grave contra as regras da arte.

¹³ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 32.

¹⁴ Apud PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 33/34.

Não obstante a imparcialidade, a precisão técnica do relatório e a autoridade dos médicos que o subscreveram, a Academia decidiu por sua impugnação e, ainda, arbitrariamente, designar outra comissão para rever o processo. A conclusão do segundo laudo extrajudicial foi pela não-responsabilidade do Dr. Hélie.

O Tribunal de Domfront, analisando os dois pareceres divergentes, após exaustivas considerações, condenou o médico a pagar à família Foucault a importância vitalícia anual de 200 francos.

O segundo caso ocorreu em outubro de 1832. O Dr. Thouret-Noroy, de Evreux, ao praticar uma sangria na veia de um paciente, situada na prega do cotovelo, seccionou a artéria radial, do que resultou uma hemorragia, que foi coibida pela aplicação de bandagens compressivas. O paciente apresentou dores, impotência funcional e tumefação e, embora o médico tivesse sido chamado por muitas vezes para o novo exame, não se impressionou com a ocorrência, negando-se, inclusive, a voltar ao domicílio do paciente, que piorou ainda mais. Quando outro médico foi chamado, os sintomas de gangrena já se haviam instalado, exigindo amputação do membro.

O médico que praticou a sangria foi condenado pelo Tribunal Civil de Evreux a pagar uma indenização “por imperícia, negligência grave e falta grosseira”. A Academia de Medicina contratou o advogado Cremieux para a defesa do médico na apelação. A pena foi confirmada, mesmo após diversos recursos.

O Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, André Marie Jean-Jacques Dupin rechaçou todos os argumentos de Cremieux, analisando a parcialidade profissional da Academia, definindo, sem interveniência nas questões técnicas, as normas obrigacionais, a responsabilidade do médico perante o paciente e o dever da justiça na fiscalização dos erros profissionais.¹⁶

¹⁵ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 38/39.

¹⁶ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 41.

“Foi então, a partir de 20 de maio de 1836, que a jurisprudência sobre responsabilidade médica firmou-se solidamente nos meios forenses, no elastério do tempo, graças à notável cultura advocatícia e legislativa de Dupin”.¹⁷ Nessa época, começaram a ser embasadas todas as concepções que circunscreveriam, daí em diante, os elementos jurisprudenciais necessários às demais legislações para avaliação dessa responsabilidade.

Com muita propriedade, Dupin afirma, em seu posicionamento, que o médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Dupin conclui dizendo:

que os médicos podem se sentir confortados, pois o exercício da sua arte não está a perigo, a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que tenha desprestigiado o título de doutor. Não se colhem conclusões ou dificilmente se conclui partindo do particular para o geral e de um caso isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega.¹⁸

Júlio César Meirelles Gomes afirma que, “somente em 1966, durante o II Congresso de Moral Médica em Versalhes, a Academia de Medicina de Paris reconheceu que a responsabilidade médica, longe de se diluir ou atenuar, faz-se hoje mais presente que nunca no curso da história”.¹⁹

Wanderby Panasco avalia (com a ressalva de que esta obra foi escrita em 1979), que, “mesmo passados tantos anos após o famoso aresto de 1825, pelo menos entre nós, a responsabilidade médica ainda se encontra, embora todos os dispositivos legais estejam

¹⁷ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p.7.

¹⁸ Apud PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 44.

ao alcance dos juristas, diante de uma forma prestigiada do exame das suas questões”. Ressalta que “os tribunais, como os de outrora, se acercam dos problemas médicos com cautela, prudência, só incriminando na realidade o erro grosseiro, aberrante ou a falta inescusável, de maneira absoluta”.²⁰

A responsabilização do profissional de saúde por erros em suas atribuições é bastante difícil, especialmente devido à complexidade da matéria e às suas peculiaridades. No entanto, tem havido evolução nos últimos anos com a conscientização do Ministério Público sobre a necessidade de preparação e estruturação para avaliação desses casos.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL

A palavra responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que traz a idéia de segurança ou garantia da restituição ou da compensação do bem sacrificado, tendo, dessa forma, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.²¹

Entre os romanos, não havia distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *Lex Aquilia* começou a fazer uma leve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.

O fundamento da responsabilidade civil e da penal é quase o mesmo. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.

Doutrinariamente, percebe-se que, no caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na

¹⁹GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 2. ed., Montes Claros: Unimontes, 2000, p. 27.

²⁰ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 32.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.

Entretanto, cabe ressaltar a posição de Aguiar Dias, que afirma que o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social e que, somente para efeito de punição e reparação, é que se distinguem as responsabilidades civil e penal.²²

A sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente, ou seja, a persecução penal, quando presentes os elementos caracterizadores de um crime, e, no caso de responsabilidade civil, cabe ao particular propor a ação cabível para restabelecer-se, à custa do ofensor, a situação anterior à ofensa. Restabelecida a vítima à situação anterior, está desfeito o desequilíbrio. Tal posicionamento decorre do regime político, que justifica a não-intervenção estatal nesses casos.

Afirma, ainda, Aguiar Dias que, quando coincidem, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil proporcionam as respectivas ações, isto é, as formas de se fazerem efetivas: uma pela sociedade; outra, pela vítima; uma tendente à punição, a outra, à reparação – a ação civil aí sofre, em larga proporção, a influência da ação penal.

As responsabilidades civil e penal distinguem-se ainda sob vários aspectos, quais sejam:

Na esfera criminal, o réu responde com a privação de sua liberdade, razão pela qual deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado, a quem incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova. Já na esfera civil, a regra geral *actio incumbit probatio*, segundo a qual ao autor incumbe o ônus da prova, vem sofrendo muitas exceções, não sendo tão rigorosa como no Direito Penal.

Na responsabilidade civil não é o réu, mas a vítima que, em muitos casos, tem que enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o próprio Estado. Por isso, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm

²² DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7-8.

sido desenvolvidos para cercá-la de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano.²³

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sine lege*, ou seja, só há responsabilidade penal havendo violação de norma prevista em lei. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Na esfera cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem (art. 159 do Código Civil).

A reparação civil reintegra o prejudicado na situação patrimonial anterior, e a sanção penal tem a finalidade de restituir a ordem social a estado anterior à turbação do direito, não havendo qualquer benefício específico para a vítima.

A culpabilidade é outro aspecto que deve ser considerado. Na esfera penal, nem toda culpa acarreta a condenação do réu, pois se exige que tenha um certo grau ou intensidade. Na área cível, a culpabilidade também é bem mais ampla, uma vez que a culpa na esfera cível, ainda que levíssima, obriga a indenizar (Regra: *In lege Aquilia levissima culpa venit*).

4 CONCEITO DE CRIME

É bastante complexa a discussão sobre o que seja crime no Direito Penal. Afirma Rogério Greco que “o nosso Código Penal não nos fornece um conceito de crime, somente dizendo, em sua Lei de Introdução, que ao crime é reservada uma pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.²⁴

O conceito atribuído a crime é eminentemente jurídico. Embora não haja definição legal do que seja crime, devem ser considerados os conceitos material e formal.

Segundo o conceito material, crime é a violação de um bem jurídico protegido penalmente. Sob o aspecto formal, a doutrina, segundo Damásio de Jesus, Júlio Fabrinni Mirabete e Celso Delmanto, define o crime como sendo o fato típico e antijurídico.

²³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17.

O fato típico é composto pela conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade. A antijuridicidade exige que o fato, para ser considerado como crime, além de ser típico, deve ser contrário ao Direito, deve ser ilícito. Em regra, o ato típico é antijurídico, entretanto, há casos – legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal – em que, apesar de ser considerado típico, o fato deixa de ser crime por não ser antijurídico.

Segundo Celso Delmanto,

Será fato típico quando a conduta estiver definida por lei como crime, segundo o princípio da reserva legal (Código Penal, art. 1º), constitucionalmente garantido (CF/88, art. 5º, XXXIX). E antijurídico quando o comportamento for contrário à ordem jurídica como um todo, pois, além das causas de exclusão expressas no Código Penal (art. 23), há outras implícitas (chamadas supraleais, que excluem a antijuridicidade ou ilicitude).²⁵

Para que exista crime, basta que a conduta seja típica e antijurídica. Entretanto, para que haja aplicação de pena, é necessário que se considere o fato como culpável, ou seja, que tenha caráter de reprovabilidade. Além disso, o autor do fato deve ter capacidade de cognição e voluntariedade, o que significa dizer que deve ser imputável, porque, caso contrário, somente será cabível a aplicação de medidas de segurança.

Segundo Aníbal Bruno, enquanto a imputabilidade cria no agente a capacidade necessária para sofrer a imputação de um fato punível, o elemento psicológico-normativo da culpabilidade serve de fundamento à imputação efetiva no caso concreto, estabelecendo o nexó psíquico entre o fato e o agente.²⁶

O elemento psicológico-normativo da culpabilidade compõe-se de consciência e vontade ativas, que se processem e se dirijam a um fim, e ocorre em dois momentos: o momento intelectual, que se constitui na representação do fato, e o volitivo, em que a vontade se dirige no sentido de realizá-lo.

²⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 145.

²⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 18.

²⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 57.

Para que se estabeleça uma relação psicológico-normativa entre o agente e o resultado antijurídico, na representação intelectual, deve haver consciência do fato e da sua ilicitude, e a vontade deve-se manifestar como um querer contrário ao dever.

O elemento subjetivo da culpabilidade, que encerra a vontade ilícita, pode-se apresentar sob as formas do dolo e da culpa, institutos que serão analisados a seguir.

5 CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E CULPA

O Código Penal, em seu art. 18, dispõe que:

Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

5.1 DOLO

O dolo consiste no propósito, na intenção de praticar um ato descrito na lei penal. Para a doutrina causal, o dolo exige a consciência de ilicitude do fato: age dolosamente quem quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, sabendo-o ilícito, enquanto, para a doutrina finalista, o dolo não requer o conhecimento, pelo agente, da ilicitude do fato. A doutrina causal apresenta o dolo como espécie ou elemento da culpabilidade, e a doutrina finalista da ação considera que o dolo é elemento subjetivo do tipo.

Cabe ressaltar que o entendimento majoritário é o de que a doutrina adotada pelo Código Penal é a finalista da ação.

Há três teorias sobre o dolo: a teoria da vontade, a da representação e a do assentimento. A teoria da vontade determina que o dolo consiste na vontade e na consciência de praticar o fato típico. Pela teoria da representação, a essência do dolo estaria não tanto na vontade, mas, principalmente, na consciência, ou seja, na previsão do resultado. Segundo a teoria do assentimento, o dolo consistiria na aceitação do resultado, embora não visando a fim específico.

Considerando a redação do inciso I do art. 18, percebe-se que o Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento, ou seja, determinou que o agente pratica o crime doloso quando quer o resultado ou assume o risco de produzir um fato contrário à lei.

A partir da análise do art. 18 do Código Penal, parecem estar excluídos do seu âmbito os crimes de ação, já que, na definição, aludiu-se exclusivamente aos crimes de ação e resultado. Giuseppe Bettioli afirma que “isto deriva do fato de que os compiladores do Código seguiram em matéria de evento, a concepção jurídica, pela qual o evento que em nenhum crime pode faltar seria constituído pela lesão de um interesse protegido”.²⁷ Entretanto, existem crimes que são, em geral, dolosos, cujo fato é constituído por um simples comportamento.

Bettioli define dolo como a consciência (previsão) e a voluntariedade do fato lesivo. Avaliando os requisitos para configuração do dolo, afirma serem necessárias a voluntariedade da ação, a previsibilidade do evento dela resultante e a intencionalidade.

Não se pode confundir intenção com os motivos que possam ter impellido o agente a atuar. Não interessa o escopo que o agente pretende perseguir com a realização do evento lesivo. A intenção de que fala o Código Penal é a vontade, enquanto polarizada para o evento lesivo, independentemente do objetivo do agente.

Aníbal Bruno classifica como elementos do dolo “a consciência do ato e do resultado; consciência da relação causal entre ambos, isto é, da relação que prende o resultado

²⁷ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 97.

como efeito ao ato como a sua causa; consciência da ilicitude do comportamento do agente; e finalmente, vontade de praticar o ato e alcançar o resultado”.²⁸

Dessa forma, é possível concluir que, nos crimes materiais e formais, é necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico; que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado; que haja ligação de causa e efeito entre eles; e que exista vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado. Nos crimes de mera conduta, é suficiente que o sujeito tenha a representação e a vontade de realizá-la.

Magalhães Noronha entende que o “dolo é vontade e representação do resultado, mas igualmente, é ciência de oposição a dever ético-jurídico; é ação no sentido do ilícito”.²⁹ Dessa forma, age dolosamente quem atua com conhecimento da antijuridicidade do fato.

Conhecimento da antijuridicidade do fato não é conhecimento da lei. É ciência de se opor à ordem jurídica, convicção de incorrer no juízo de reprovação social. O crime, antes de se achar definido em lei, já é, para nós, ato nocivo e contrário aos interesses individual e coletivo.

No entender de Damásio de Jesus “o dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito.”³⁰ As condutas típicas contêm elementos que, relacionados à conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena. Para que o médico cometa o crime de omissão de notificação de doença, por exemplo, é necessário que tenha identificado a ocorrência da doença. Se não conhece a qualidade da coisa ou tem uma falsa apreciação sobre ela, fica afastado o dolo e, por consequência, o próprio fato típico.

²⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 64.

²⁹ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.133-134.

³⁰ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 247.

Em nosso Código Penal, o dolo não é apenas representação, vontade e consciência da ilicitude do resultado. Aníbal Bruno afirma que também é válida para integrar o dolo a vontade que se manifesta apenas como anuência ao resultado previsto como provável. “Daí serem estas as linhas limitativas do dolo: a vontade direta e precisa em relação ao resultado, como extremo mais grave, e a anuência ao resultado previsto como possível ou provável, como limite mínimo”.³¹ Na primeira hipótese, diz-se que o dolo é direto e, na segunda, eventual. O Código equiparou essas duas situações. Posteriormente será feita uma análise mais detalhada do dolo em contraposição com a culpa.

5.2 CULPA

Entende Miguel Kfoury Neto que, “para caracterização da culpa, não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade da conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns”.³²

A culpa consiste na prática não intencional do delito, faltando o agente com o dever de cuidado. Segundo Aníbal Bruno, “é a forma mais atenuada do elemento psicológico-normativo da culpabilidade”.³³ Não há previsão e vontade em todo o processo delituoso, e o resultado de dano ou de perigo não é querido nem previsto, ou, se previsto, não há anuência do agente para que ele ocorra.

O grau atenuado do momento psíquico nos fatos culposos faz com que sua culpabilidade seja admitida por exceção. Em relação a esses crimes, a punibilidade só ocorre quando expressamente prevista na lei. É sempre elementar do tipo em cada crime culposos, ou seja, se a lei não define um fato como crime culposos, é sinal que a forma culposa é atípica. Quando não houver essa previsão, não haverá crime, embora possa haver ato ilícito civil ou administrativo.

Ao analisar o fundamento da culpa, Aníbal Bruno afirma que a culpa é um instituto posterior ao dolo, que sua doutrina está em formação e que é muito discutível sua

³¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 70.

³² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

³³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 79.

posição dentro do esquema da culpabilidade, tendo em vista a exigência da consciência e da vontade do agente em relação ao resultado, que são fundamentais na conceituação do fato culpável.³⁴

É unânime a posição de que, no crime culposos, há sempre um ato inicial contrário ao dever, uma ação ou uma omissão praticada pelo agente sem atenção ou cuidado, que, nas circunstâncias, as normas sociais impunham e que, se tivessem sido observadas, teriam impedido a ocorrência do resultado.

Entretanto, isso não basta para estabelecer uma relação eficaz entre o agente e o resultado punível, ou seja, esse ato inicial contrário ao dever não fundamenta a inclusão desse resultado na responsabilidade do agente e não demonstra o vínculo psíquico existente entre este e aquele.

A teoria mais considerada fundamenta a culpa na previsibilidade. A previsibilidade do evento danoso é um dos principais requisitos da culpa. Não havendo previsibilidade, qualquer fato com aparência delituosa situar-se-á no campo do fortuito, ou seja, o resultado é consequência extraordinária ou excepcional da ação.

Reforçando esse entendimento, cabe citar julgado do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em que se apreciou a hipótese de delito culposos. No caso em tela, foi consignado que,

para a imputabilidade de crime culposos, não bastam a ação, o resultado e o nexos causal material. Conquanto muitos neguem a existência de nexos psicológico, a verdade é que ele existe e se torna necessário, sob pena de haver lugar à responsabilidade objetiva. Esse nexos é representado pela previsibilidade, que existe mesmo quando se podia prever e não se previu, quando se devia ter e não se teve previsão. (RT, 396:293, 574:359)

Magalhães Noronha, ao analisar o requisito da previsibilidade, informa que há dois critérios para aferi-la: um objetivo, que tem em vista o homem médio, e outro subjetivo, que rejeita o paradigma do homem médio, que é uma abstração, para recomendar

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 80.

que se deve ter em vista a personalidade do indivíduo em tela, isto é, suas condições personalíssimas.³⁵

Afirma ainda Magalhães Noronha que, posteriormente, surgiu um terceiro critério procurando conciliar os anteriores, que determina que a imprevidência é culpável quando o autor do ato não usou das precauções exigidas pelas circunstâncias e por sua situação pessoal.

Para haver imprevidência culpável, objetivamente, é necessário que o autor não tenha usado das precauções/diligências que eram exigidas pelos acontecimentos, que, em função das circunstâncias, serão maiores ou menores, e, subjetivamente, quando o autor omitir-se de tomar precauções exigidas por sua situação pessoal.

Dessa forma, na determinação da culpa, o dever de cuidado e a atenção devem ser julgados segundo esse critério, ou seja, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e as condições individuais do agente.

A conduta culposa pressupõe um ato consciente, voluntário e contrário ao dever de atenção ou cuidado imposto pela norma e um resultado involuntário, previsto em lei como culpável, que não foi previsto, mas que poderia e deveria sê-lo. O que é essencial na culpa é o momento consciente inicial, é a posição contrária ao dever assumida pelo agente.

Damásio de Jesus considera como elementos do fato típico culposo: a) ação ou omissão voluntária; b) inobservância do cuidado objetivo; c) previsibilidade objetiva; d) ausência de previsão; e) resultado de dano ou de perigo involuntário; f) nexo de causalidade e g) tipicidade.³⁶

A culpa não foi definida por lei. A falta ao dever de diligência, de que provém o resultado punível no fato culposo, é expressa no Código Penal nas modalidades da imprudência, da negligência e da imperícia.

³⁵ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 138.

³⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 256.

Geralmente, os atos delitivos cometidos pelo profissional médico, em especial os erros médicos, objeto central deste estudo, são de natureza culposa, razão pela qual é de extrema importância a completa caracterização dos elementos configurativos dessa forma de culpabilidade.

5.2.1 ESPÉCIES DE CULPA

5.2.1.1 NEGLIGÊNCIA

Segundo Magalhães Noronha, a negligência, “na doutrina e nas leis, freqüentemente é usada como equivalente à culpa em sentido estrito, dando-lhe, então, todo o substrato e abrangendo, pois, a imprudência e imperícia.”³⁷

Há, entretanto, consenso no sentido de que a negligência seja a falta de observância dos deveres exigidos pelas circunstâncias. No Código Penal, ela é caracterizada por inação, inércia e passividade do agente. “Decorre de inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica), e reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso.”³⁸

É forma de culpa *in omittendo*, ou seja, resultante de ato omissivo. No entendimento de Wanderby Panasco, desencadeia-se tanto na culpa sem previsão quanto na culpa consciente, ou seja, ocorre tanto quando o agente, por inação, deixa de tomar providência necessária, quanto quando prevê a conseqüência e, mesmo assim, não toma a providência devida.³⁹

Configura-se a negligência, *v.g.*, com o abandono ao doente, descuido em transfusão sangüínea, esquecimento de corpo estranho em cirurgia, retardo em intervenção

³⁷ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 141.

³⁸ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 141.

³⁹ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 62.

cirúrgica no momento oportuno, com conseqüências graves, procrastinação de tratamento, omissão de instruções necessárias, entre outros.

5.2.1.2 IMPRUDÊNCIA

A imprudência consiste na prática de um ato perigoso, sem os cuidados que o caso requer.

Enquanto na negligência admite-se uma forma negativa ou passiva de atendimento, na imprudência vamos encontrar uma forma ativa – culpa *in committendo*. O profissional, nesta circunstância, tem plena condição técnica da especialidade, mas agindo através de uma conduta abusiva vai preencher as características de uma falta.⁴⁰

A modalidade culposa da imprudência ocorre quando o médico age sem a cautela necessária. A conduta imprudente exige sempre a presença da intempestividade, da precipitação, da insensatez ou da inconsideração do agente.

Imprudente seria quem, sendo cirurgião, em cirurgia simples, procurasse se utilizar de técnicas complicadas, resultando na morte do paciente; quem realiza ato cirúrgico sem examinar o paciente em pré-operatório.

5.2.1.3 IMPERÍCIA

A imperícia é o resultado da falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos do agente. É a falta de adestramento psicomotor, ou seja, a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica da profissão. Pode ser decorrente de inabilidade, desconhecimento ou desatualização. Existe o entendimento de que ao médico habilitado é impossível a imputação de alguma conduta imperita no exercício da profissão. Entretanto, este não é o meu entendimento. Acredito que mesmo o profissional habilitado pode ser imperito, por exemplo, em decorrência de não se ter atualizado na área.

⁴⁰ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 65.

Um outro aspecto a ser ressaltado quando se avalia a pertinência de imputação de conduta imperita a um médico é a especialização. O direito brasileiro reconhece apenas uma habilitação geral de médico, decorrente de um curso de 6 (seis) anos de duração, como vem sendo realizado desde a fundação da 1ª Escola de Medicina no Brasil, por Dom João VI, em Salvador.

Nas últimas décadas, o conhecimento médico, tanto em propedêutica quanto em terapêutica, tem aumentado de forma exponencial, sendo praticamente impossível um determinado médico ser proficiente em todas as áreas de abrangência da medicina. Seria, portanto, leviandade considerar um psiquiatra perito para realizar uma apendicectomia.

Seguindo esse entendimento, são exemplos de imperícia o médico que opera o paciente sem ter os necessários conhecimentos especializados de técnica cirúrgica e anatomia, aquele que decide por determinada intervenção sem conhecer a fundo os riscos envolvidos, entre outros. Como exemplo de lesões causadas por imperícia, é possível citar a formação de fístulas vesicovaginais decorrentes de trabalho de parto mal conduzido; necessidade de amputação de perna em decorrência de secção da artéria femural em operação de varizes.

Aníbal Bruno observa que, tanto na negligência quanto na imprudência, existe sempre, em algum momento do processo inicial de culpa, uma omissão de diligência necessária para evitar o resultado típico. Na imperícia, também haveria falta de diligência que impediu o agente de adquirir a aptidão necessária ao exercício de sua atividade.⁴¹

Reportando-se a Manzini, Wanderby Panasco afirma que,

Pode-se dizer que a negligência se refere a omissões voluntárias. A imprudência implica, as mais das vezes, uma atitude positiva. Por imprudência (areto de 26 de outubro de 1921) deve-se entender a omissão de cautela que a experiência comum da vida ensina a tomar no cumprimento de alguns atos e no uso de certas coisas; por negligência, a inobservância de deveres. A imperícia consiste no exercício de uma atividade relativa a uma profissão ou a uma arte desconhecida pelo agente, isto é, uma inaptidão ou

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 80.

insuficiência profissional, genérica ou específica, conhecida do agente e que não leva em consideração.⁴²

Segundo Edmundo Oliveira, em termos médicos, “imperito é o ignorante daquilo que um médico comum deveria saber; negligente é o que despreza as normas técnicas que o comum dos médicos observa e imprudente é o que usa métodos terapêuticos perigosos sem absoluta necessidade de fazê-lo”.⁴³

5.3 DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA

No crime doloso, o agente quer o comportamento e o resultado; no culposo, o comportamento é voluntário, mas o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo.

Analisando o crime culposo em contraposição com o crime doloso, Edmundo Oliveira afirma que:

Diversamente do que acontece com o crime doloso, que é descrito em lei (tipo fechado), o culposo não se volta para a particularidade de definição (tipo aberto). Assim, para exemplificar, o Código Penal define o homicídio como sendo o ato de “matar alguém” (art. 121); mas não define o homicídio culposo; diz apenas: “se o homicídio é culposo” (art. 121, § 3º).

O grande problema do crime culposo é o de saber qual seria a diligência (contrário, por exemplo, da negligência) exigível do agente. Para isso deve ser levada em conta a situação pessoal do agente no caso concreto. Note-se o seguinte: para dizer da ilicitude do fato em tese, o legislador toma em consideração a diligência do homem médio; mas, para aferir a culpa (*strictu sensu*) do agente em cada hipótese, o juiz pondera a situação pessoal e contingencial do autor do crime nas circunstâncias em que agiu. O fato que é reprovável em relação a um agente pode não sê-lo em atenção a outro. (Grifos no original)⁴⁴

Avaliando a ação culposa e a dolosa do médico, Ivany Novah Moraes afirma que, em todas as vezes que o médico foi condenado, tanto pelos Conselhos de Medicina quanto pela Justiça, houve enquadramento no tipo culposo, uma vez que esses

⁴² PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 67.

⁴³ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67.

⁴⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 58.

julgados referem-se a casos em que o médico, no exercício da profissão, prejudicou o seu paciente, mas sem querer especificamente esse resultado, seja porque não fez o que devia (negligência), seja porque fez o que não devia (imprudência), seja porque fez errada e equivocadamente o que devia fazer (imperícia).⁴⁵

Aparentemente, o posicionamento acima exclui a possibilidade de ocorrência do dolo, por considerar apenas o dolo direto. Entretanto, o Promotor de Justiça Diaulas Costa Ribeiro, Coordenador da Pró-Vida, já constatou a ocorrência do dolo eventual na avaliação da conduta médica. As particularidades dessa imputação serão avaliadas oportunamente.

Há tipos penais próprios dos profissionais de saúde que só existem na modalidade dolosa, como a violação de segredo profissional. Quando se avaliam erros médicos, no entanto, a discussão quanto ao dolo e à culpa torna-se mais relevante.

O dolo direto, como elemento da culpabilidade, não será considerado na avaliação de um risco profissional, pois fere o comportamento médico e, por si só, retira do profissional a idéia de responsabilidade médica, criando um exercício ilegal da medicina, como dispõe a parte final do artigo 282 do Código Penal. O dolo profissional é incriminante, agravante e, raramente, detectado. Entretanto, torna-se necessária análise das características do dolo eventual.

5.4 DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE

Inicialmente cabe ressaltar que essa avaliação é bastante complexa e que as conceituações não são unânimes.

A culpa decorre de um resultado previsível, mas pode-se dar de duas formas: sem a efetiva previsão, que se denomina culpa inconsciente, ou com previsão, quando se denomina culpa consciente. Na culpa inconsciente, que é a forma típica da culpa, o agente não prevê um resultado que podia e devia prever, e, na culpa consciente, o agente prevê o resultado e age confiante em que ele não sobrevirá.

⁴⁵ MORAES, Ivany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Lejus, 1998, p.320-321.

A culpa consciente não representa, em princípio, uma categoria mais grave de culpa do que a inconsciente. Edmundo Oliveira afirma que, “com relação à prática de crime culposo, alguns professores de Direito Penal entendem que a culpa não admite graduação. Outros sustentam que a culpa com previsão é mais grave que a culpa sem previsão”. Afirma, ainda, que o “Código Penal italiano, no seu art. 61, § 3º, considera circunstância agravante, nos delitos culposos, o fato de o autor do crime ter agido apesar de ter previsto o resultado.”⁴⁶

Entretanto, o nosso Código não distingue as duas variedades de culpa. Aníbal Bruno ensina que assim determina a Exposição de Motivos nº 13: “Demonstrado que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, o que resta a apurar é se este era previsível ao agente. Pouco importa que tenha sido ou não realmente previsto, se se conserva dentro dos limites da culpa”.⁴⁷

Como não está prevista na legislação penal brasileira, a constatação da culpa consciente apenas permite que se classifique o crime como sendo culposo, cuja pena é mais leve que a do crime doloso, que incidiria caso ficasse configurado o dolo eventual.

A distinção da culpa em grave, leve e levíssima, que vem do direito romano privado e corresponde a graus de culpa, não foi adotada pela legislação pátria. Não há graus preestabelecidos de culpa no Direito Penal, restando ao Juiz a função de graduá-la para a medida da pena em cada caso concreto.

Helena Cláudio Fragoso entende que a previsibilidade que se cogita para determinação da culpa *strictu sensu* será sempre a previsibilidade pessoal, que considera as possibilidades concretas do agente, nas circunstâncias em que atuou.⁴⁸

Em relação ao dolo, conforme avaliado anteriormente, uma distinção relevante é entre o dolo direto e indireto. Dolo direto é aquele em que o agente quer o resultado. O dolo indireto ocorre quando a vontade do agente não está exatamente definida

⁴⁶ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93.

⁴⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Parte Geral*. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 93.

⁴⁸ FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

pois, apesar de o agente querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em direção a ele. Comporta duas formas: dolo alternativo e dolo eventual.

Ocorre o dolo alternativo quando o agente quer um dos eventos que sua ação pode causar, por exemplo: atira para matar ou ferir. Configura-se o dolo eventual, quando o sujeito prevê o resultado e, embora não seja este a razão de sua conduta, aceita-o.

Conforme analisado anteriormente, no dolo eventual, o agente prevê o resultado de sua conduta. Apesar de não desejar diretamente o resultado, a hipótese é para ele indiferente. Configura-se o dolo eventual quando o agente não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo, em conformidade com o disposto na segunda parte do art. 18 do Código Penal.

Cezar Roberto Bitencourt afirma que “haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceitar como possível ou até provável, assumindo o risco de produção do resultado”⁴⁹

Levantando outro aspecto na análise do dolo eventual, Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior, em seu *Código Penal Comentado*, afirmam que, “no dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado; exige-se mais, que ele haja consentido no resultado.”⁵⁰

Em sentido contrário, Diaulas Costa Ribeiro afirma que

tornou-se pacífico que, para o dolo eventual, mormente *ex vi* art. 18, inciso I do Código Penal, não é necessário consentimento explícito e nem consciência reflexiva em relação às circunstâncias, tudo isto, próprio do dolo direto. O dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas sim das circunstâncias.⁵¹

Damásio de Jesus leciona que

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 237.

⁵⁰ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31.

ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois, se assim fosse, haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que este possa produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado, e não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza.⁵²

Ocorre o dolo direto quando determinado evento é previsto como consequência de um ato. Se, apesar dessa previsão, a pessoa age, o evento deve ser considerado intencional. A situação muda, e surge o dolo eventual, quando o evento não é mais previsto como consequência certa do ato, mas como um resultado possível.

Distinguindo o dolo direto do eventual, Diaulas Costa Ribeiro aborda os seguintes aspectos:

o dolo direto é dolo real, surgindo antes da conduta, enquanto o dolo eventual é conceitual, é normativo, não existindo senão contemporaneamente à conduta, por uma classificação do legislador. O dolo direto tem uma linha direta que liga o elemento volitivo ao resultado, justificando a sua classificação como direto. O dolo eventual, ao contrário, não está ligado à vontade do agente, mas à cognição, ao conhecimento de um possível resultado (a previsibilidade prevista) e a indiferença, na conduta, a esse resultado, o que predispõe a uma relação de eventualidade.⁵³

Magalhães Noronha, entre outros autores, considera que, “sinteticamente, costuma estremar-se o dolo direto do eventual, dizendo-se que o primeiro é vontade por causa do resultado; o outro é a vontade apesar do resultado.”⁵⁴

Essa distinção, entretanto, não tem relevância prática. Conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt, o nosso Código equiparou os dois institutos.

Nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, da lavra do Ministro Francisco Campos, *in verbis*: ‘O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a

⁵¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, Alegações Finais, autos nº 7303-9/98, p. 6/7.

⁵² JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.

⁵³ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, Alegações Finais, autos nº 7303-9/98, p. 6.

⁵⁴ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 136.

produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.⁵⁵

A diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, em contraposição, tem fundamental importância. Se reconhecido o dolo, a competência para apreciação do caso é do Tribunal do Júri, e a pena prevista para o crime é maior.

Passando à avaliação conceitual do dolo eventual e da culpa consciente, Damásio de Jesus afirma que, no dolo eventual,

o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem lhe é tolerável ou indiferente. O evento é representado, mas confia em sua não produção.⁵⁶

José Frederico Marques, citando Nelson Hungria, afirma que, no dolo eventual, “o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação”, já na culpa consciente, “o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá”.⁵⁷

Obviamente, a identificação da condição de consciência do autor do fato punível torna-se o aspecto mais difícil na análise do caso concreto.

Diaulas Costa Ribeiro, em recurso impetrado perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, afirma que,

na parte pertinente à distinção dolo eventual/culpa consciente, sabe-se, é comum o uso da teoria positiva do consentimento de Frank, pela qual há dolo eventual quando o agente, revelando indiferença quanto ao resultado, diz para si mesmo «seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei». Citando Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma ainda que o que é mais importante é que “o resultado, no dolo eventual, não é aceito

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 237/238.

⁵⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 259.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 4. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 276.

como tal mas, isto sim, a sua aceitação é como possível, provável. Caso contrário, haveria, aí, dolo direto.⁵⁸

Voltando à contraposição entre a culpa consciente e o dolo eventual, cabe ressaltar que Aníbal Bruno especifica que “a culpa com previsão representa um passo a mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual”.⁵⁹ Neste, o agente não quer o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo. Na culpa com previsão, existe essa aceitação do risco, mas o agente não quer o resultado e espera insensatamente que não ocorra.

Para Bettiol, na distinção entre culpa consciente e dolo eventual, “a prova indubitavelmente não é fácil: o que interessa é que ela não deve ser exclusivamente deduzida do caráter do réu, mas de todo o complexo de circunstâncias que determinam a capacidade de delinquir do réu.”⁶⁰

Buscando ilustrar a ocorrência de dolo eventual envolvendo profissionais de saúde, pode ser imaginado o caso de médico que, por interesse financeiro, induz o paciente à realização de uma cirurgia não indicada para o seu caso, não se importando com possível resultado adverso. Caso dessa cirurgia decorra algum dano ao paciente e desde que tenham ficado provadas sua não-indicação e a intenção do médico, ele pode responder por dolo eventual, por ter ficado indiferente à ocorrência do resultado.

Tendo em vista a complexidade e as especificidades do dolo, que além das classificações realizadas pode ser de dano, de perigo, genérico, específico, normativo ou natural, de ímpeto ou com premeditação e geral, da culpa, que também pode ser própria ou imprópria, mediata ou indireta, cabe ressaltar que o objetivo dessa exposição foi trazer esclarecimentos iniciais e uma prévia diferenciação entre os institutos. Para uma completa elucidação do tema, se é que isso é possível, seria necessária a análise detalhada de vários aspectos que não foram abordados, o que comprometeria o objetivo geral deste estudo.

⁵⁸ RIBEIRO, Diáulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Promotoria de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, Recurso de Apelação, autos nº 21.685/95, p. 7.

⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 92.

⁶⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 111.

5.5 IMPLICAÇÕES DO DOLO E DA CULPA EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE MÉDICA

Wanderby Panasco Lacerda, ao analisar a responsabilidade dos médicos, afirma que o profissional que age, por exemplo, na prática ilícita do aborto, que se omite, de qualquer forma ineficaz, no tratamento de um doente, realiza ações dolosas.⁶¹ Nesses casos, estrutura-se, na forma da ilicitude, uma ação ou uma omissão. Entretanto, sendo o fato culposo, deverá ser avaliado até onde, pericialmente, sua conduta incidiu numa imprudência, numa negligência ou numa imperícia, diferenciando-se do erro médico escusável ou das condições que interferem na falibilidade humana.

Essas sanções jurídicas, embora rotuladas no âmbito da responsabilidade médica, não permitem ao médico privilégio ou prerrogativa. Segundo Wanderby Panasco,

a prática dolosa do médico, tendo em vista as peculiaridades técnicas, pelo contrário, acresce em agravante pelo fato de realizá-la no gozo de uma atividade monopolista. Neste caso, por exemplo, o consentimento da gestante que deseja abortar não tem validade jurídica, senão implica em crime de matéria de Direito Público.⁶²

Quanto à avaliação da culpabilidade do comportamento médico em decorrência do comportamento culposo, os limites da culpa profissional estão na ação ou na omissão incompatíveis com o nível de conhecimento e circunspeção que se deve exigir do médico. Avaliando a dificuldade de se detectar a ocorrência efetiva do erro médico, diferenciando-o dos demais atos médicos, Edmundo Oliveira ressalta que,

para estabelecer os limites entre o erro profissional não punível e a culpa médica, é necessário verificar se o diagnóstico e a terapia adotados pelo médico foram tais que determinassem necessariamente o resultado danoso e se isso é confirmado pela ciência médica, tendo em conta que nessa não há métodos obrigatórios.⁶³

Para identificar a culpa do médico, é necessário também que se tenha em conta as circunstâncias em que o profissional atuou, sendo essencial a análise detalhada de

⁶¹ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 101.

⁶² PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 102.

⁶³ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66.

todos os aspectos relevantes em cada caso concreto. Condição que influencia a atuação do médico é, por exemplo, a ocorrência de casos de urgência, a falta de infra-estrutura do hospital, incluindo tanto os aspectos materiais quanto de pessoal, entre outras.

Apesar de ser reconhecida como legítima a liberdade do médico em assuntos de diagnóstico e terapêutica, há certos princípios fundamentais de conduta que não podem ser desprezados por esses profissionais. O médico deve agir segundo as regras de experiência, aceitas como idôneas para alcance do resultado esperado.

5.6 CASO CONCRETO QUE IMPLICA AVALIAÇÃO DE DOLO EVENTUAL

Em casos concretos da Pró-Vida, em especial naqueles em que se configurou o dolo eventual, o Promotor Diaulas Costa Ribeiro pondera em seus pareceres aspectos que cumprem ser ressaltados.

Retomando a fundamentação de que o dolo eventual não constitui produto da mente do autor, mas das circunstâncias em que os fatos ocorreram, o Promotor afirma que as tentativas de demonstrar o bom caráter do acusado e suas condições pessoais favoráveis, como têm ocorrido com frequência, não podem interferir na decisão condenatória.

Fazendo uma avaliação histórica da dimensão atual do processo penal para justificar o posicionamento expresso no parágrafo anterior, Diaulas Costa Ribeiro estima que, na época em que surgiram as testemunhas de caráter, originalmente chamadas compurgadores, as qualidades do acusado superavam os fatos que lhes eram imputados. Não havia Ministério Público, e cada homem livre podia acusar outro de fatos criminosos. Os crimes eram julgados por Tribunal com jurisdição sobre ambos, com base no depoimento das partes, com o juramento de estarem de posse da verdade. Entretanto, às vezes,

o tribunal entendia que só o juramento do acusado não era suficiente para se tomar a decisão e requeria a presença de compurgadores para corroborarem o que fora declarado no interrogatório. Os compurgadores não eram testemunhas do fato; apenas apoiavam, de livre e espontânea vontade, o que

fora jurado pelo acusado. Se o número de compurgadores era suficiente, o caso era encerrado e a acusação formal recusada.⁶⁴

Dessa forma, claro está que o juramento era a prova mais forte de que a parte acusada podia fazer uso. Considerando a tentativa de desconfiguração da tipificação do erro médico como crime doloso com base em depoimentos sobre a conduta do acusado, Diaulas Costa Ribeiro ressalta que o processo penal atualmente tem outra dimensão. O Estado Democrático de Direito substituiu o direito penal do autor pelo direito penal da culpa. A responsabilidade de cada pessoa decorre do que fez ou deixou de fazer e não mais do que é ou foi.

De forma específica, é possível citar um caso da Pró-Vida em que um médico anestesista, assistindo uma paciente de alto risco, abandona-a por tempo superior a cinco minutos, e, denunciado por ter criado o risco do resultado, (art. 13, § 2º, do Código Penal), alega arrependimento eficaz por ter tomado todas as medidas cabíveis após tomar conhecimento de seu estado.

Diaulas Ribeiro, referindo-se a esse caso, afirma que “o médico, ao ser chamado para ministrar medicamento na paciente, oportunidade em que tomou ciência do quadro em que ela se encontrava, fez-lhe reanimação medicamentosa e massagem cardíaca”. Com tal procedimento, o médico teria evitado o resultado e não o assumido.⁶⁵

Tendo em vista a complexidade do tema e a exatidão com que foi feita a diferenciação entre arrependimento eficaz de dolo eventual pelo Promotor, entendo ser de grande relevância a citação de parte de sua manifestação, que se segue:

No arrependimento eficaz, cabível apenas nos crimes materiais, em que a consumação ocorre com o resultado, o agente desassume o risco do resultado após preencher todos os elementos da ação típica. Sua intervenção, que demonstra ter desassumido o risco do resultado, ocorre na faixa que separa a ação típica do resultado causal típico. Numa expressão pleonástica e óbvia, mas didática, o arrependimento ocorre depois da ação realizada.

⁶⁴ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde. Alegações Finais, autos nº 7303-9/98, p. 7.

⁶⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, Alegações Finais, autos nº 7303-9/98, p. 8.

Mas desassumir o risco do resultado não é sinônimo de não assumir esse mesmo risco. Não assumir o risco de produzir o resultado é elemento subjetivo para a ação típica, concomitante a ela, situado na fase cognitiva (apenas a previsibilidade do resultado) e na fase da realização da conduta (O dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas sim das circunstâncias). Desassumir o risco de produzir o resultado é uma nova ação, alheia ao tipo originário, mas que irá interferir incidentalmente na cadeia causal. Não assumir o risco – na fase cognitiva ou na fase da realização da conduta – afasta o conceito de dolo eventual da ação típica, remanescendo, se houver previsão, a tipicidade culposa. Desassumir o risco do resultado exige, contudo, para que essa nova ação típica tenha conseqüências jurídicas, a eficácia.

Assim, o elemento subjetivo será classificado como dolo eventual se a assunção do risco de produzir o resultado anteceder à ação típica ou nela se estabelecer. Não havendo a assunção, surge a culpa consciente. Por outro lado, haverá arrependimento se a conduta em questão for posterior à ação típica originária. Se o arrependimento for eficaz, afastando o resultado que decorreria daquela ação originária, responderá o agente pelos atos anteriores. Se ineficaz, não terá conseqüências jurídicas para a tipicidade originária porque se trata de uma ação incidental a esse mesmo tipo. O agente responderá pelo resultado produzido com vontade (dolo direto) ou indiferença a ele (dolo eventual), com as mesmas conseqüências jurídicas, salvo quando a lei distingui-las conforme o tipo de dolo, o que não ocorre no sistema penal brasileiro, que os equiparou. (Grifos no original)⁶⁶

6 CRIMES MÉDICOS – TIPOS PENAIS

6.1 CRIMES DOLOSOS

Arinda Fernandes⁶⁷ conceitua crime médico, sob o aspecto formal, como sendo “toda conduta médica proibida por lei, sob ameaça de uma sanção”. Afirma, ainda, que, substancialmente, considera-se crime médico “toda ação praticada por médico, no exercício de sua atividade profissional que lesa ou coloca em perigo determinado bem-interesse, capaz de repercutir nas condições de conservação da sociedade, a que deva atribuir, conseqüentemente, uma sanção penal”.

A conduta delitiva direciona-se para duas formas distintas e radicais. Conforme afirmado anteriormente, um crime pode ser praticado na modalidade dolosa ou culposa.

⁶⁶ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, Alegações Finais, autos nº 7303-9/98, p. 8.

Com fundamento no princípio da reserva legal, a primeira garantia da pessoa humana nos Estados Democráticos de Direito é a subsunção à norma prevista no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, de que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Dessa forma, só existe crime quando há o tipo, ou seja, quando a conduta delitiva pressupõe uma descrição legal anterior ao ato criminoso cometido. O preceito deve ser acompanhado pela sanção para que possibilite o cumprimento da atividade de proteção exercida pelo Estado.

A especificidade do crime médico mostra que se trata de uma infração singularizada como crime próprio ou especial, pois só pode ser praticado por certa e determinada pessoa. Dessa forma, no crime médico, o sujeito ativo, o agente, deve ser médico, ou seja, ter aptidão para o exercício da medicina.

No exame da responsabilidade penal dos médicos, especialmente por crimes dolosos, cabe citar alguns tipos penais.

6.1.1 EUTANÁSIA

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos

§ 1º. Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Wanderby Panasco Lacerda afirma que “o vocábulo eutanásia foi apresentado por Francis Bacon, em 1623, no seu livro *Historia Vitae et Mortis*, para designar “boa morte” e que existe na forma ativa e passiva”. Afirma, ainda, que “a forma passiva refere-se àquela em que o médico, aceitando a solicitação dos responsáveis ou do próprio

⁶⁷ FERNANDES, Arinda. *Crimes Médicos*. (Tese de Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 1982, p. 36.

doente, desliga os aparelhos e suspende as medicações. Na forma ativa, o profissional utiliza-se de recursos farmacológicos para a prática da eutanásia”.⁶⁸ Apesar da motivação humanitária, a punição prevista é de seis a vinte anos.

Sobre o tema, Diaulas Costa Ribeiro afirma que, “modernamente, eutanásia é a morte de uma pessoa (que se encontra em grande sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora) produzida por médico, com o consentimento dela”.⁶⁹ Ressalta que a falta de autorização legal para a eutanásia não tem lógica jurídica e está sustentada pela conveniência da política criminal, influenciada pelo Código Canônico.⁷⁰

Cita, ainda, o Promotor de Justiça esforços legislativos que vêm tratando de maior autonomia nesse sentido, como o art. 17 do Estatuto do Idoso, a Lei 10.241/98, de São Paulo, e a Portaria do Ministério da Saúde n. 675/GM, de 30 de março de 2006, que asseguram aos usuários da saúde decisão acerca de tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida sem chance de cura, afastando do médico a decisão.

6.1.2 VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Pena - detenção de 03 meses a 01 ano, ou multa.

O dispositivo tutela a liberdade individual de manter segredos, cuja divulgação pode produzir dano a outrem. Segundo Mirabete, “trata-se, no caso, de crime próprio, figurando como sujeito ativo aquele que revela segredo de que teve conhecimento em virtude de função, ministério, ofício ou profissão”.⁷¹

Somente se pode falar de violação do segredo profissional, como crime próprio do médico, quando o profissional, sem justa causa, revelar um segredo de que teve

⁶⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 102.

⁶⁹ RIBEIRO, Diaulas Costa. Eutanásia. *Revista Consulex*, Brasília, 31 mai. 99, p.18.

⁷⁰ RIBEIRO, Diaulas Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. *Revista Bioética*, Conselho Federal de Medicina, vol. 13, n. 2, 2005.

ciência em razão de sua atividade: o exercício da função deve ser a causa, não uma simples ocasião do conhecimento do segredo.

Mesmo quando chamado a juízo para depor como testemunha, não estaria o médico autorizado a revelar segredo que lhe foi confiado em razão de sua atividade profissional. O Código de Processo Penal, em seu artigo 207, determina que “estão proibidos de depor as pessoas que, em razão de seu ministério, função, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que o médico não é obrigado a guardar segredo se a sua própria cliente abriu mão do sigilo.

A conduta típica é revelar segredo. O crime é doloso e configura-se quando o médico, exercitando a sua vontade livre e consciente, revela o segredo de que tem o conhecimento. Além disso, a lei exige que tal conduta “possa produzir dano a outrem”, geralmente ao próprio paciente. A lei não exige a presença do dano efetivo, mas simples possibilidade de a vítima vir a sofrer um dano material ou moral.

A proteção ao sigilo profissional dada pela lei é relativa, e não haverá conduta delitiva se houver justa causa para revelar o segredo.

6.1.3 OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória.

Pena: detenção de 06 meses a 02 anos, multa.

O momento de consumação do crime ocorre quando vencido o prazo previsto para comunicação. Na ausência deste, consuma-se o delito quando constatado, pela conduta do médico, que este não quis ou negligenciou o seu dever de notificar.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 196.

6.1.4 EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA

Art. 282. Exercer, ainda, que a título gratuito, profissão de médico, dentista, ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção de 06 meses a 02 anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Como estamos tratando de crimes próprios de médicos, o interesse nesse artigo restringe-se à análise da segunda figura típica, ou seja, a que pune a conduta do médico que se excede nos limites de sua própria atividade. Nesse caso, percebe-se a complexidade da análise da atividade médica, que exige dos operadores do direito, em especial do juiz, atenção para com as técnicas terapêuticas usuais, bem como para a possibilidade de detecção de extrapolações dos atos médicos. Nesse aspecto, vale a ação fiscalizadora dos órgãos da classe médica, do Ministério Público e da sociedade como um todo.

São casos em que o médico, em perfeita condição documental, pratica atos vinculados à antijuridicidade profissional, de natureza eminentemente dolosa.

6.1.5 FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO

Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão atestado falso.

Pena - detenção de um mês a um ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

O crime é inerente ao médico. O atestado é a afirmação competente da dignidade profissional. Trata-se de um dever social, particular ou público. Wanderby Panasco entende que “ratificar, através da própria assinatura, condições falsas, seja a título gratuito ou oneroso, é ir contra os pilares dos estatutos legais e transgredir a liberdade profissional.”⁷²

⁷² PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 184.

Há divergência doutrinária se a caracterização do crime deve-se restringir apenas à falsidade de uma doença, ou se também pode ocorrer em relação a um entendimento ou opinião equivocada. Este é um crime essencialmente doloso, estando, portanto, excluídos os casos de erros.

6.1.6 CHARLATANISMO

Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

O médico, por intermédio de falsos conceitos técnicos ou processos não científicos, proclama estar apto a sanar qualquer malefício orgânico ou curar qualquer doença.

Segundo Wanderby Panasco, “a postura artificiosa encobre os desígnios e, diante das elucubrações do charlatão, o ingênuo se curva e se alimenta das vãs esperanças de se ver livre de um mal indesejado”. Avaliando a gravidade da infração, afirma: “É a mais nefanda figura de toda a antijuridicidade médica, que, culminando por uma afirmação altamente dolosa, se escuda no seu diploma e na regulamentação oficial, para procurar, impunemente, usufruir benefícios vantajosos”.⁷³

Além dos tipos penais explicitados, os médicos podem ser responsabilizados pela prática, no exercício de sua profissão, dos crimes de aborto, periclitção da vida ou saúde, tratamento arbitrário, facilitação à toxicofilia, entre outros. A omissão de socorro será tratada posteriormente, em paralelo com os crimes comissivos por omissão.

Os crimes abordados neste capítulo envolvem o dolo direto do profissional de saúde. No caso de o ato médico provocar danos em decorrência de erro ou dolo eventual, como ocorre nos casos de lesões corporais ou homicídio, deve haver uma prévia análise dos pressupostos envolvidos, que são bem mais complexos.

6.2 – CRIMES CULPOSOS

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal dispõe que fica assegurada “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida”. O respeito à vida humana é imperativo de ordem constitucional e, para ser assegurado, recebe a tutela da lei penal. Direito à vida significa, além de direito sobre a vida, também o direito à abstenção de ação lesiva por parte das outras pessoas.

Por atingir o bem fundamental do homem, que é a vida, o homicídio é o crime mais grave contra a pessoa humana. José Frederico Marques observa que homicídio é a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra. Em conformidade com o Código Penal, o autor classifica o crime de homicídio, segundo o nexos subjetivo que integra a culpabilidade, em culposo ou doloso.⁷⁴

Considerando o tipo, a classificação é feita em simples, privilegiado e qualificado, em razão de haver ou não circunstância que se acrescente, com o caráter de elementar, para agravar ou minorar a sanção penal.

O homicídio culposo, tal como regulamenta nossa legislação penal, não apresenta figuras típicas privilegiadas. Há, no entanto, tipos qualificados, como o previsto no art. 121, § 4º, do Código Penal. Júlio Fabbrini Mirabete sublinha como exemplo de homicídio culposo qualificado o médico não esterilizar os instrumentos que vai utilizar na cirurgia ou empregar técnica não usual na execução desta.⁷⁵

Após a introdução de aspectos relativos ao homicídio, que é um crime contra a vida, passo à apresentação do crime de lesão corporal, que atinge a integridade física ou psíquica do ser humano.

Trata-se de um crime de forma livre, cujo núcleo do tipo é ofender a integridade corporal ou saúde de outrem. Seguem-se ao *caput* figuras típicas qualificadas e privilegiadas, de forma análoga ao crime de homicídio e, da mesma forma que no homicídio

⁷³ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 183.

⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 4. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 1999, p. 94/95.

⁷⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.

culposo, as lesões corporais culposas podem ser simples (art. 129, § 6º, Código Penal) ou qualificadas (art. 129, § 7º, Código Penal).

Avaliando a qualificadora relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, incidente tanto no caso do homicídio quanto da lesão corporal, cabe ressaltar a posição de José Frederico Marques, que afirma que, “se a regra técnica foi inobservada, cabe aumento de pena, desde que exista relação de causa e efeito entre o descumprimento da norma técnica, ou regulamentar, e o evento lesivo”.⁷⁶ Como o texto não fala em regra regulamentar, e sim técnica, o autor ressalta que não importa que a norma inobservada não conste em regulamento, bastando que se prove a exigibilidade técnica de cumprimento da regra desobedecida para que se opere a qualificadora.

José Frederico Marques ressalta, ainda, que, para haver a agravante, o agente deve conhecer a regra técnica que não observou, pois, caso o profissional a desconheça, incorre em imperícia, que pressupõe inabilidade ou insuficiência profissional.

Obviamente, o profissional especializado está mais preparado para a realização do procedimento, e sua culpa em decorrência de imprudência ou negligência denota maior descaso que o erro médico decorrente de desconhecimento sobre a forma adequada de realização dos procedimentos. O maior erro, nesse aspecto, não é do médico, mas do sistema, que permite o exercício de qualquer atividade médica, a despeito da realização da especialização. A imperícia poderia ser evitada com uma séria ênfase na exigência de especialização e atualização para o exercício da medicina.

Na Pró-Vida, a tipificação criminal de atos médicos arbitrários ocorre, na maioria das vezes, na forma culposa, razão pela qual essas formas criminais serão especificadas a seguir.

6.2.1 HOMICÍDIO

Art. 121. Matar alguém:

⁷⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 4. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 251.

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

§ 3º - Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção de um a três anos.

§4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Quando age com imprudência, negligência ou imperícia e, desde que haja todos os pressupostos necessários para a responsabilização criminal, o médico pode ser responsabilizado por homicídio culposo.

É possível citar como exemplos de homicídios culposos atos médicos que causem a morte em decorrência de erro em anestesia, troca de medicação, abandono de corpo estranho no corpo do paciente, omissão de tratamento, abandono do paciente, entre outros.

6.2.2 LESÃO CORPORAL

Art. 129: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena: detenção de três meses a um ano.

(...)

§ 6º - Se a lesão é culposa:

Pena: detenção, de dois meses a um ano.

§ 7º - Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121 § 4º.

A lesão corporal é constituída a partir de uma situação jurídica definida, na qual se avalia a ocorrência de culpa nos atos do profissional. Entre as lesões apresentadas, é

possível destacar a debilidade, a perda ou a inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, entre tantas outras.

Conforme afirmado previamente, não será realizada a análise dos homicídios e lesões corporais ocorridos em condições dolosas diretas, tendo em vista que se trata de exercício ilegal da medicina. O profissional, nesses casos, excede os limites da arte médica, v.g., em casos de cirurgias plásticas deformadoras da identidade física ou retirada de impressões digitais.

7 ERRO MÉDICO: PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Erro é um ato não intencional, em que não se alcança o resultado desejado porque não se procedeu de modo adequado ou se usou uma técnica não adequada à prática daquele ato.

Considerando o aspecto legal, José Geraldo de Freitas Drumond afirmou que “Erro médico é todo desvio da conduta profissional que determina dano ou agravo à saúde do paciente, caracterizado por negligência, imperícia ou imprudência”.⁷⁷

Como outras atividades desenvolvidas socialmente, o exercício da medicina está sujeito a normas emanadas pelo Estado, com o objetivo de regular a conduta profissional dos médicos, obrigando-os a certos deveres, sob pena de responsabilização. O médico pode ser responsabilizado por seus erros em quatro esferas, que são: a) administrativa, perante órgãos estatais e paraestatais, no caso de funcionários públicos; b) ética, perante os conselhos reguladores da atividade; c) cível, por intermédio de ações reparatórias de danos; e d) criminal, em decorrência da tipificação de crimes previstos na legislação.

Administrativamente, o médico, se for funcionário público, pode responder a sindicâncias e processos administrativos. Respeitados os institutos do contraditório e da legítima defesa, se comprovada a infração a dever funcional, podem ser aplicadas penalidades de advertência, suspensão ou demissão, dependendo da gravidade do ato praticado.

⁷⁷ DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *Erro Médico*. Conferência realizada em 28/06/2000, na abertura do II Fórum Jurídico Nacional sobre Erro Médico, Responsabilidade Civil, Criminal e Bioética.

Do ponto de vista ético, não se exige a ocorrência de um dano para que haja responsabilização, sendo esta uma das diferenças entre o julgamento dos conselhos de medicina e o do Judiciário.

No conselho de medicina, avalia-se se o profissional agiu segundo os princípios que norteiam o exercício da profissão, se agiu de acordo com as normas da arte médica, se não faltou com os deveres de diligência, de atualização, de abstenção de abuso, se seguiu as condutas conhecidas e adequadas para a execução do ato, podendo ser caracterizado o erro mesmo que não tenha produzido dano.

As penalidades aplicáveis são de advertência confidencial, censura confidencial, censura pública, suspensão por 30 (trinta) dias ou cassação.

Judicialmente, o erro médico é caracterizado, em tese, pela presença de quatro requisitos: a ação do médico, o dano ao doente, o nexos de causalidade entre o procedimento médico e o dano causado e que o médico tenha agido com culpa.

Segundo Delton Croce, para caracterização da responsabilidade médica, tanto civil quanto penal, são necessários:

- a) O agente, que teria de ser o médico responsável, em posse de suas faculdades mentais, visto que, se o dano for produzido por pessoa sem habilitação técnica ou legal, além da responsabilidade civil, deverá responder criminalmente por curandeirismo ou exercício ilegal da medicina e, se doente mental, a pessoa está sujeita apenas a medidas de segurança;
- b) O ato. O dano deverá ser conseqüente a um ato médico lícito e voluntário. Caso o médico utilize a sua profissão para praticar um ato ilícito (aborto criminoso, charlatanismo etc.), “responderá independentemente de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza do mister”.⁷⁸

⁷⁸ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 9/17.

- c) A culpa, ou inobservância do cuidado devido, manifestada pela negligência, imprudência ou imperícia, que são fundamentos jurídicos da responsabilidade médica.
- d) O dano. Para haver tipicidade do crime culposo, deve haver o resultado lesivo, ou seja, dano real, como a lesão corporal, a debilidade funcional, a deformidade permanente ou a morte, aliado à violação de um dever de cuidado e à previsibilidade objetiva, que consiste na antevisão do que possa normalmente ocorrer e condiciona a ilicitude da ação culposa.
- e) O nexo de causalidade. “É a relação de causa e efeito entre a ação ou a omissão do agente e o *damnum* verificado”. Dessa forma, se houver o dano, mas sua causa não for resultado do comportamento do agente, ou se não ficar demonstrada a relação de causalidade, falta um dos requisitos para a responsabilização do médico.⁷⁹

De passagem, convém observar que o consentimento do paciente ou, na impossibilidade, de seu representante legal tem grande relevância na discussão do tema. Entende-se que o médico, em determinadas circunstâncias, pode prescindir da anuência do paciente, como no caso de iminente perigo de morte, uma vez que o profissional pode ser responsabilizado – sua não-atuação pode constituir omissão delituosa.

8 TIPOS DE ERROS MÉDICOS

Segundo Edmundo Oliveira, a prestação de serviço médico ao paciente passa por três fases: a formulação do diagnóstico; a escolha da terapêutica e a execução do tratamento. O autor afirma que um procedimento culposo pode existir: a) na formulação do diagnóstico, por imperícia ou negligência; b) na escolha da terapêutica, por imperícia ou imprudência; ou c) na execução do tratamento, por imperícia, negligência ou imprudência. Faz a seguinte observação:

Nas hipóteses a e b, pode surgir apenas um perigo para a saúde ou à integridade física ou mental do paciente.

⁷⁹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 9/17.

Já na hipótese c, pode advir um dano para a sua sanidade ou até para a sua vida.

Para a configuração de um crime doloso, pode haver a necessidade de um resultado danoso (crimes de dano) ou pode bastar a existência do perigo de dano (crimes de perigo). Mas, para a concretização de um crime culposos, é sempre necessário um resultado danoso. Daí se conclui que não pode haver crime culposos do médico, no exercício de sua profissão, a não ser na fase do tratamento, o que confirma o que foi dito acima.⁸⁰

Considerando a necessidade de ocorrência do dano real e efetivo no caso de crimes culposos, percebe-se a aparente dificuldade de ocorrência do dano na fase de formulação do diagnóstico. Entretanto, é possível a responsabilização do médico mesmo que sua atuação tenha-se dado apenas no diagnóstico.

A maioria dos erros médicos ocorre em razão de atos comissivos por omissão, que serão analisados em detalhes posteriormente. Ao médico é imputada a ocorrência de uma lesão em virtude de sua abstenção, quando era esperado que agisse.

Não se exige dos médicos a perfeição em sua conduta. Não se pode esperar que acerte sempre um diagnóstico e que o tratamento proposto seja sempre o mais conveniente, tendo em vista as variáveis envolvidas nessa avaliação. Entretanto, há casos em que sintomatologias claras tornam possível a qualquer profissional habilitado a detecção da patologia a ser tratada, e esse diagnóstico não é feito.

Casos como o de um paciente que procura um pronto-socorro após uma queda, com traumatismo crânio-encefálico não diagnosticado, e que, após atendimento, realização de diagnóstico e escolha de terapêutica morre em casa podem gerar a responsabilização do médico por não ter evitado a ocorrência do resultado.

A observação de Edmundo Oliveira de que a ocorrência de lesões se daria apenas no nível do tratamento é uma tentativa de orientação para a análise desses casos. Entretanto, essa classificação é muito simplista. Tentar enquadrar a ocorrência dos erros médicos em um padrão pré-definido seria limitar a análise.

⁸⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

A avaliação tem que ser feita caso a caso, visto que as especificidades inerentes a cada circunstância podem alterar completamente a identificação do ato médico arbitrário. A classificação quanto aos tipos de erros deve servir não para propor fórmulas de avaliação, mas para possibilitar uma melhor compreensão das particularidades do ato médico.

8.1 ERRO DE DIAGNÓSTICO E DE TRATAMENTO

Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, e desse diagnóstico depende a escolha do tratamento adequado.

Entende Edmundo Oliveira que o erro de diagnóstico ocorre em duas hipóteses: 1^a) quando o médico não consegue enquadrar os sintomas que se lhe apresentam numa moldura das doenças conhecidas pela ciência médica; 2^a) quando ele os encaixa num esquema falso.⁸¹

O supracitado autor afirmou, ainda, quanto à forma de elaboração de diagnósticos, que, até o início do nosso século, os médicos se guiavam mais pela intuição e que, com o progresso das ciências, o tom conjectural foi substituído pela técnica. Criticou, entretanto, essa posição e afirmou que a diagnose não se pode basear apenas em resultados de exames, que são, na maioria das vezes, dados a serem interpretados pelo médico. Não restam dúvidas de que, aliados aos resultados dos exames técnicos, o conhecimento e a experiência do médico devem sempre influenciar na identificação de problemas em função dos sintomas apresentados.

Cabe ressaltar, nesse ponto, a importância de uma anamnese bem feita, visto que são determinantes as informações pedidas pelo médico ao paciente na avaliação do caso e no diagnóstico. Sem se utilizar de termos muito técnicos que impossibilitem a compreensão do paciente, o médico deve ser preciso e analítico em suas perguntas e deve avaliar sintomas, antecedentes, entre outros aspectos relevantes, de forma minuciosa.

⁸¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93.

Do médico, exige-se capacidade científica e técnica, atualização, saúde física e psíquica, atenção e memória. Dessa forma, fica explícita a fragilidade da segurança dos diagnósticos. Inany Novah Moares afirma que “o diagnóstico deve ser genérico, pois, até hoje são desconhecidas as causas de, pelo menos, um terço das doenças catalogadas, ressaltando que o médico não pode errar a conduta, embora dispondo de diagnósticos genéricos e de probabilidade”. Afirma, ainda, que,

De fato, distingue-se no decurso de toda a evolução da doença a importância da conduta a cada momento, devendo ela depender das respostas a cada procedimento. O diagnóstico não só pode como deve ser corrigido a cada passo, sempre que possível em tempo real, para que o desvio da rota seja menor, possibilitando retorno ao caminho certo mais facilmente e com menores seqüelas.⁸²

Garante Miguel Kfoury Neto que, por adentrar em um campo muito técnico, é difícil a responsabilização do médico por erro de diagnóstico. Obviamente, a infalibilidade médica não pode ser admitida em termos absolutos, e determinadas condições pessoais do paciente podem determinar tais erros. O erro de diagnóstico caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso.⁸³

Da mesma forma que foi afirmado no início do capítulo precedente, percebe-se, na doutrina, com exceção de Kfoury Neto, que fez algumas ressalvas, uma certa tendência em não imputar ao profissional de saúde a responsabilidade pelo erro no diagnóstico.

Realmente a responsabilização, nesses casos, só é possível em situações que não gerariam dúvidas à grande maioria dos profissionais. Nos casos em que o diagnóstico não se mostra de forma evidente, obviamente não se pode responsabilizar o médico.

No entanto, se, nas circunstâncias em que se encontrava o profissional, com os meios de que dispunha, não se desviou drasticamente da conduta prevista para aquele caso, inexistirá culpa, mas, se o médico não utilizou todos os recursos à sua disposição para elevar o grau de certeza diagnóstica, é possível a responsabilização. Ressalte-se que não é

⁸² MORAES, Inany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Lejus, 1998. p. 321.

⁸³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 81.

propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao Juiz analisar, mas se o médico incorreu em culpa quando fez o diagnóstico, se recorreu aos meios ao seu alcance para investigar o mal.

Reforçando esse entendimento, é relevante indicar julgados que dispõem no sentido de que o erro de diagnóstico e terapia, provocado pela omissão de procedimentos recomendados ante os sintomas exibidos pelo paciente, acarreta responsabilidade médica, nos termos do art. 13, § 2º, alínea *b*, do Código Penal. O profissional só pode ser excluído de responsabilidade se houver prova plena de que não comprometeu as chances de vida e integridade da vítima (JTAERGS 87/143, RT 710/334). De outro lado, como já afirmado, se a moléstia é de difícil diagnóstico, por ausência de sintomas específicos, não pode ser responsabilizado quem atuou de forma a socorrer devidamente a vítima (RT 709/307).

8.2 ERRO ESCUSÁVEL OU ERRO PROFISSIONAL E ERRO GROTESCO

O erro grosseiro é a conduta profissional que fere o entendimento do profissional comum. É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro, como quando o anestesista causa a morte de paciente por superdosagem, o ginecologista contamina a paciente por falta de assepsia do instrumental utilizado, entre outros.

Ao contrário do erro grosseiro, que é evidente, o erro profissional não ocorre em razão da falta de observação das regras e dos princípios que a ciência sugere e, sim, em razão da imperfeição da medicina e da precariedade dos conhecimentos humanos. Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e as regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, mesmo que possa daí advir um resultado de dano ou de perigo.

A distinção do erro como erro médico ou erro profissional, segundo Delton Croce, tem sido feita essencialmente pelos juízes, que costumam caracterizar o erro profissional como sendo aquele que decorre de falha não imputável ao médico, seja por limitações da medicina, seja por ter havido omissão ou sonegação de informações por parte do paciente ou por falta de colaboração com o tratamento. O autor especifica ainda que, “diante

de tais situações relacionadas, o erro existe, é intrínseco às deficiências da profissão e da natureza humana do paciente e ocorre no exercício da profissão, mas a culpa não pode ser atribuída ao médico. Tais erros são também chamados escusáveis”.⁸⁴

Para que o erro médico seja considerado escusável, no entender de Delton Croce, exigem-se os seguintes elementos:

que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia;

que a má resultância seja conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico;

que, no estabelecimento desse diagnóstico, tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados;

que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja a habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado;

que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.⁸⁵

9 ASPECTOS RELEVANTES NA AVALIAÇÃO DE ATOS MÉDICOS ARBITRÁRIOS

9.1 AÇÃO E OMISSÃO

Ação é o comportamento humano voluntário e consciente avaliado pelo Direito. No Direito Penal, a palavra ação é empregada no sentido amplo, abrangendo tanto ação propriamente dita quanto omissão.

Os crimes praticados por intermédio de uma ação positiva, de um fazer, são denominado comissivos. Os crimes omissivos caracterizam-se por uma abstenção e dividem-se em omissivos próprios (ou omissivos puros) e comissivos por omissão (omissivos impróprios).

⁸⁴ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 25.

Damásio de Jesus afirma que:

A ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade.

A maioria dos núcleos dos tipos se consubstancia em modos positivos de agir, como matar, apropriar-se, destruir, danificar, etc. Quando o crime é praticado por essa forma positiva de agir diz-se que foi praticado mediante comissão. Quando, não obstante o verbo indicar um modo positivo, o crime pode ser praticado mediante omissão, fala-se em crime comissivo por omissão. Ex: a mãe mata o filho mediante privação de alimentos.⁸⁶

Os crimes omissivos próprios ou omissivos puros são crimes de mera conduta, ou de simples atividade, e a lei pune a própria omissão independentemente de qualquer resultado, como no caso da omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou na omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal). Os dispositivos do Código Penal são genéricos. São crimes imputados a qualquer pessoa.

Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios são crimes de resultado e só podem ser praticados por pessoas determinadas que, por lei, têm o dever de impedir o resultado e a obrigação de proteção e vigilância em relação a alguém.

Segundo Damásio de Jesus,

chamam-se omissivos impróprios porque não se confundem com os omissivos puros. Nestes últimos, a conduta negativa é descrita em lei. Nos omissivos espúrios, ao contrário, a figura típica não define a omissão. O tipo não descreve condutas proibidas, deixando ao exegeta a tarefa de indicar se, em face do ordenamento jurídico, o omitente pode ser equiparado ao agente e, em consequência, sofrer a imposição de sanção contida no preceito secundário da lei incriminadora.⁸⁷

⁸⁵ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 25.

⁸⁶ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 207.

⁸⁷ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 207.

A responsabilidade nos crimes comissivos por omissão pode ser atribuída a título de dolo ou culpa, e a característica principal desse tipo de crime é ter a descrição, ou o tipo, de crimes de ação, sendo praticado, entretanto, por meio de uma omissão.

A relevância da omissão, que representa os crimes comissivos por omissão, está disposta no art. 13, § 2º, do Código Penal, *verbis*:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigiância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Edmundo Oliveira exemplifica as três situações acima dispostas da seguinte forma:

primeira situação (art. 13, § 2º, alínea *a*): a mãe deixa de alimentar o filho menor que vem a falecer de inanição (obrigação determinada pelo art. 385 do Código Civil). A obrigação de cuidado, proteção ou vigilância advém das vinculações de pátrio poder, casamento, família, tutela, curatela, adoção e outras admitidas pela lei civil;

segunda situação (art. 13, § 2º, alínea *b*): não há exigência de um dever estabelecido em lei, mas o agente, em geral através de contrato profissional, assume encargos. Exemplos: médico em relação ao paciente, enfermeiro em relação ao doente. Colocando-se o sujeito na posição de garantir a não-ocorrência do resultado lesivo, se o mesmo vier a ocorrer, o agente será responsabilizado pela falta do dever de agir. Exemplo: o cirurgião não retira a pinça que, ao fazer uma laparotomia, esqueceu no abdômen do paciente, vindo este, em consequência, a morrer;

terceira situação (art. 13, § 2º, alínea *c*): o agente assume o compromisso de impedir o resultado danoso oriundo de uma situação de perigo que ele gerou para a vítima. Dois exemplos: 1) um ótimo nadador convida alguém para nadar e, em determinado instante, vendo que o principiante está perdendo as forças, não o acode, deixando-o morrer; 2) o agente, tendo retido uma pessoa em cárcere privado, deixa-a morrer por falta de alimento.⁸⁸

Considerando-se os exemplos citados acima, é possível concluir que, quando o médico se omite de alguma forma e provoca a morte de um paciente, estando

presentes todos os requisitos necessários para a responsabilização, é geralmente enquadrado no art. 13, § 2º, alínea *b*, do Código Penal. Entretanto, antes de concluirmos dessa forma, faz-se necessária a análise comparativa da estrutura do crime comissivo por omissão e do crime de omissão de socorro.

Nos casos em que o médico deixa de atuar quando lhe era exigível fazê-lo, há divergências quanto à capitulação da infração criminal cometida. Uma corrente entende que o médico pratica omissão de socorro e outra, considerando sua posição de garantidor, afirma que o médico comete um crime comissivo por omissão, respondendo pelo resultado lesivo a título de culpa, conforme é possível se depreender da análise de ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, *verbis*:

Comete crime de omissão de socorro o médico que, em condições de prestar auxílio, se nega a atender de imediato paciente enfermo, sob a alegação de não se trata de risco de vida iminente, uma vez que, para a configuração do delito, não exige a lei penal a gravidade da lesão. Inexistindo prova segura do nexo de causalidade entre a omissão de socorro e a morte da vítima, não é de se aplicar a agravante prevista no parágrafo único, do art. 135, do Código Penal. (Ap. Crim. n. 106.779-6, Rel. Juiz Campos de Oliveira, 1ª Cam. Crim.).

O médico que se omite, recusando-se a atender paciente enfermo, que vem a falecer, responde por homicídio culposo, porquanto impõe-se àquele o dever jurídico de impedir a superveniência do resultado, não havendo que se falar em nexo de causalidade, inexistente nos crimes omissivos. (Ap. Crim. n. 107.239-1, Rel. Juiz Francisco Brito, 2ª Câm. Crim.).

O Código de Ética Médica, em seu art. 58, como vedação ao médico impõe: “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

Avaliando o sentido penal e ético da omissão, Edmundo Oliveira afirma que, “perante o Código de Ética (art. 58), não comete falta o médico que vê o paciente na rua, necessitando de assistência, e não o socorre por não ter sido procurado por ele. Ao contrário

⁸⁸ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 79-80.

disso, pratica falta de ética o médico que não acode ao paciente, quando é procurado ou chamado para atender nos casos caracterizados como de emergência”.⁸⁹

Quanto ao crime de omissão de socorro do Código Penal, o autor afirma que qualquer pessoa tem obrigação de socorrer um necessitado, em situação de perigo, desde que não haja risco pessoal, e o que caracteriza o crime é a indiferença, o egoísmo, o sadismo ou a simples pressa de não ter tempo a perder. O núcleo do tipo é não fazer. O médico pode deixar de prestar socorro, mas este não é um crime próprio do médico.

Vale ressaltar a posição de Wanderby Panasco, que entende que, no caso de omissão de socorro, o médico tem agravada sua ilicitude e que, embora não haja uma reserva legal impondo o atendimento a todos os casos, há casos em que sua recusa se traduz em omissão de socorro, tendo em vista os recursos da região ou a distância até outro profissional.⁹⁰

Wanderby Panasco exemplifica como omissão de socorro a situação em que o médico abandona o paciente após o início do tratamento, de forma arbitrária e sem justa causa. Outra situação analisada é a do médico em trabalho hospitalar. Estando ele atendendo a determinados casos clínicos, caso se omita do atendimento por fatores ligados ao próprio trabalho, a responsabilidade não é do médico, mas do hospital, que não mobilizou sua equipe dentro de observação de necessidades. Entretanto, se o médico estiver disponível no hospital, não havendo especialista, é obrigado a prestar o atendimento inicial, mesmo que atue em área diversa.

Avaliando as especificidades da omissão de socorro no Código Penal, Edmundo Oliveira avalia ainda:

Como se trata de crime de pura omissão, não cabe tentativa, ou seja, não se tem como identificar um começo de execução parcial, pois o simples fato de o agente se abster já consuma o crime.

⁸⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

⁹⁰ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 174/176.

O crime de omissão de socorro só é punível pela forma de dolo, não podendo ser imputado a título de culpa. Acrescente-se que o erro exclui a configuração do dolo. Por conseguinte, não se pode de modo algum responsabilizar um médico que passa sem acudir uma pessoa, achando que ela está apenas repousando, quando, na verdade, a pessoa havia tentado o suicídio. Nessa hipótese, o médico atuou com erro sobre a ilicitude do fato, ou seja, com erro de proibição. Agora, na hipótese de o médico presenciar o paciente dar cabo da própria vida (...) pode haver omissão de socorro do médico, se ficar caracterizado o dolo.⁹¹

A omissão de socorro que abrange médicos, quase sempre, confunde-se com a negligência, mas, na omissão, o crime é doloso e, na negligência, culposo.

Em que pese à controvérsia existente, é possível considerar que o médico possui, em decorrência de seu *status* de garantidor, um dever específico de proteção, característico dos crimes comissivos por omissão, e não um dever genérico de proteção, como no caso do delito de omissão de socorro, que é atribuível a todos que vivem em sociedade. Entretanto, havendo a omissão de socorro por parte de um médico, especialmente se decorrer da não-existência de contraprestação pecuniária, o fato agrava-se.

Outro aspecto a ser analisado é a existência, ou não, de causalidade na omissão. Nos termos da lei (art. 13 do Código Penal), existe causalidade na omissão, pois considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Grande parte da doutrina entende que não há nexos causal entre a omissão e o resultado, e, sim, uma avaliação normativa. O agente responderia pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu mediante a realização da conduta a que estava obrigado.

Os doutrinadores indagam se o não impedir o resultado equivale a causá-lo e afirmam que o resultado não se produz pela omissão, mas por forças naturais que operam paralelamente, razão pela qual seria incorreto falar em causalidade omissiva.

Magalhães Noronha afirma que a omissão é tão real quanto a ação, pois é expressão de vontade do omitente.⁹² Tendo conteúdo real, não é um nada, como afirmam

⁹¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37.

⁹² NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 114.

alguns autores, mas algo suscetível à determinação e à percepção. Como tal pode dar lugar a um processo causal.

Álvaro Mayrink da Costa, de modo contrário, afirma que “a doutrina se pacifica ao assumir que entre a omissão e o resultado típico inexistente um nexo de causalidade” e que não há que se admitir o desencadeamento de um processo causal real. Acrescenta, contudo, que, “a despeito da evolução doutrinária, não se pode prescindir dos processos causais hipotéticos com o objetivo de avaliar se o autor típico teria ou não podido evitar a produção do resultado com o seu atuar” e que “a posição de garante, como questão situada no tipo dos injustos de comissão por omissão, torna-se válvula de escape para sua punição”.⁹³

Dessa forma, o que ficou claro é que, mesmo que se considere a causalidade omissiva somente pelo ângulo normativo, haverá responsabilização do agente que se tenha omitido apesar do dever de agir, e a discussão doutrinária quanto à natureza dessa relação de causalidade não tem resultados práticos significativos.

A lei considera que o não-fazer tem o mesmo valor do fazer. Entretanto, não ocorrerá a responsabilização do agente nos casos em que o resultado aconteceria mesmo que ele tivesse agido.

Cabe ressaltar que, quando é feita referência a erro médico, pretende-se abranger não só a conduta culposa positiva do profissional da área médica que venha a causar danos aos seus pacientes, mas também a negação da prestação de seus serviços, quando lhe era exigível atuar.

9.2 O NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 13 – Relação de causalidade

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁹³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 2. 6. ed. atual.e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1198.

§ 1º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação, quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O art. 13 do Código Penal só alude aos crimes em que haja resultado, ou seja, aos crimes materiais. Nos crimes materiais, é necessário um liame entre a ação e o resultado para que a infração seja configurada. Os crimes formais, em contrapartida, consumam-se com a ação. Dessa forma, nesses crimes, que se classificam em crimes de mera conduta ou de conduta específica, a causalidade está afastada.

Magalhães Noronha afirma que a ação e a omissão causais devem estar acompanhadas do contingente subjetivo, ou seja, deve estar presente a vontade. Nos casos de inconsciência ou coação, por exemplo, não há que se falar em ação. Afirma, ainda, que a ação é causa quando sem ela o resultado não teria ocorrido, ou seja, quando entre ela e o resultado houver uma relação de causa e efeito.⁹⁴

No que se refere à causalidade na omissão, conforme afirmado no capítulo anterior, não há pacificação na doutrina quanto à existência de nexos causal, mas a omissão deve ser considerada como causa somente quando o agente tiver o dever de agir, ou seja, quando tiver o dever de impedir o resultado, em conformidade com o § 2º do art. 13 do Código Penal.

O resultado, segundo Magalhães Noronha, “sob o ponto de vista naturalista ou material, é a modificação que se opera no mundo exterior em consequência da ação. Sob o

⁹⁴ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 114.

aspecto jurídico ou formal é quando ele é considerado pela lei, fazendo parte integrante do tipo”.⁹⁵ (Grifos no original).

Após as considerações realizadas acerca da ação em sentido amplo (compreendendo a omissão) e o resultado, é necessário analisar quando a ação é elevada à categoria de causa. Giuseppe Bettiol conceitua causa como sendo “o conjunto de todas as condições necessárias e suficientes para a produção de um evento”.⁹⁶ (Grifos no original).

A teoria adotada pelo Código Penal, que tem suas raízes filosóficas em ensinamentos de Stuart Mill, é a da equivalência dos antecedentes causais. Também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, caracteriza-se por não distinguir condição e causa. Tudo o que contribui para o resultado é causa, ou seja, todos os antecedentes do resultado, qualquer ação ou omissão, têm relevância causal, desde que imprescindíveis ao aparecimento do resultado.

Para saber se um componente da ação é causa do resultado, devemos utilizar o “procedimento hipotético de eliminação”, que é um raciocínio segundo o qual excluímos mentalmente a ação da série de elementos que compõem a causa. Se, com a exclusão, o resultado teria deixado de acontecer, esse componente é causa; caso contrário, não é causa.

A grande extensão do conceito de causa, que apresenta um critério lógico bastante vasto, tem sido a principal crítica endereçada à teoria da *conditio sine qua non*, porque a ampla investigação das causas levaria à responsabilização de todos os agentes que tiveram qualquer relação com o crime.

Para evitar o que se denomina *regressus ad infinitum*, que faria com que fossem punidos todos quantos houvessem física ou materialmente concorrido para o evento, deve ser considerada a causalidade subjetiva, ou seja, a presença de culpa (em sentido amplo). Ninguém é punido porque teve algum tipo de ligação com o fato, mas, sim, porque direcionou a conduta para a ocorrência do crime.

⁹⁵ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115.

⁹⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 295.

Dessa forma, ao incluir elementos de fato no conceito de evento, o jurista deve ter uma visão normativa e deve evitar a “exasperação” da causalidade, característica que a teoria da equivalência traz em si.

Além da conduta do agente, devem ser consideradas as causas e as concausas preexistentes, concomitantes e supervenientes, que podem apresentar-se como absoluta ou relativamente independentes da conduta inicialmente avaliada e que podem romper ou não o nexo de causalidade. Na relação de causalidade iniciada pelo comportamento do agente, pode-se interferir outra condição, que se sobrepõe à primeira, conduzindo os fatos para outro resultado e iniciando nova cadeia causal ou desviando o curso causal inicial.

O que interessa é saber se o acontecimento se explica completamente pela análise da última ocorrência. Se a nova condição basta, sem recorrer à condição anterior para explicar o resultado, ou seja, se a causa superveniente encontra-se inteiramente fora da corrente causal, se é absolutamente independente da ação do agente, em conformidade com o *caput* do art. 13 do Código Penal, não se considera a condição inicial, e o ciclo causal se fecha entre a nova condição e o resultado ocorrido. A responsabilidade pelo evento mais danoso só pode ser excluída quando ela advém de uma causa absolutamente independente, que não tenha ligação com o ato praticado.

Entretanto, surgem dificuldades quando a causa superveniente é relativamente independente, ou seja, quando se insere na linha de causalidade provocada pela ação ou omissão do sujeito, dando nova direção ao curso dos acontecimentos e atuando como se iniciasse uma outra corrente causal. Nesse caso, deve-se considerar o parágrafo único do art. 13 do Código Penal, que determina uma limitação à teoria da equivalência das condições e dispõe que a superveniência de causa relativamente independente relativiza a imputação, desde que, por si só, produza o resultado. O agente causador do primeiro fato responde apenas pelos fatos anteriores, se estes estiverem definidos na lei como crimes.

Poderia ser citado para ilustrar essa situação o exemplo clássico de homicídio tentado, em que a morte da vítima ferida se dá em decorrência de incêndio ou desabamento no hospital. Obviamente, o ferimento é causa, visto que, sem ele, a vítima não teria sido internada no hospital, mas o incêndio foi causa independente, que inaugurou outro

curso causal. Houve rompimento do nexu causal com a ocorrência de uma concausa relativamente independente, não podendo o resultado ser imputado ao agente, que responderá pelos fatos anteriores. Entretanto, se o ferido morre em decorrência de terremoto que atingiu parte da cidade, não subsiste nenhum nexu de causalidade entre a ação precedente e a morte.

Dessa forma, percebe-se que a ação humana, sob o perfil jurídico, desfruta de importância causal enquanto determinar normalmente o evento. Se o evento for uma concausa por um coeficiente causal que o agente não podia calcular, ou seja, um acontecimento excepcional, ainda que a ação humana, sob um aspecto lógico-naturalístico deva ser entendida como causa do evento, não poderá ser considerada como tal sob o aspecto jurídico.

Em termos médicos, Edmundo Oliveira exemplifica a superveniência de causa relativamente independente com a seguinte hipótese:

um médico dá uma injeção no doente sem esterilizar a seringa, embora isso fosse possível (se não fosse, dada a urgência de evitar a morte, caracterizar-se-ia o estado de necessidade e a ação do médico seria lícita (Código Penal, art. 24)). Em consequência, surge um abscesso. Chamado o cirurgião para o talho, esse corta um nervo, daí resultando graves distúrbios sensitivos e motores. Nesse caso, a culpa do primeiro médico é limitada à produção da infecção localizada que, por si só, não levaria à rescisão de um nervo. O primeiro médico responde somente pela infecção. A ação errada do segundo médico inseriu uma nova causa lesiva, que, por si só, era suficiente para levar à morte.⁹⁷

Percebe-se o rompimento do nexu de causalidade inicial, visto que o tratamento do segundo médico não se encontra na linha de desdobramento físico do primeiro.

Podem ocorrer situações em que não há rompimento do nexu causal mesmo com o surgimento de causa superveniente. É o que se observa, *v.g.*, quando o agente, pretendendo matar um inimigo, provoca-lhe lesão e, em tratamento médico, a vítima adquire uma infecção grave e morre. A morte ocorre em decorrência da infecção, mas esta se situa na linha de desdobramento do perigo causado pela lesão. Nesse caso, o agente responderia por homicídio consumado.

⁹⁷ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 70.

O estado patológico da vítima, que conjuntamente com o agente contribuiu para o evento lesivo, não exclui a relação de causalidade entre a ação ou a omissão e o evento. Dessa forma, se uma anomalia orgânica do sujeito torna mortal uma simples ferida, a responsabilidade é do agente.

Da avaliação dos casos acima, percebe-se que determinar como os eventos ocorreram é matéria de fato, e não de direito, e tudo depende das provas apresentadas.

Magalhães Noronha afirma que a teoria da equivalência dos antecedentes se situa exclusivamente no terreno do elemento físico ou material do delito e, por isso, não pode, por si só, satisfazer à punibilidade.⁹⁸

No mesmo sentido, Aníbal Bruno defende que nem todo nexo causal é relevante para o direito. Somente interessa aquele em que a ação praticada pelo sujeito se reveste de características do fato punível. A imputação do fato não inclui o agente na categoria de autor, acarretando o ônus da responsabilidade penal. É necessário que sejam considerados os outros aspectos do fato punível, como a tipicidade, a antijuridicidade, e, especificamente em relação ao agente, a sua imputabilidade e a sua culpabilidade.⁹⁹

Giuseppe Bettioli considera que o erro fundamental da teoria da *conditio sine qua non* consiste no nivelamento das condições. Afirma que “equiparar a ação humana a um fator meramente mecânico é desnaturar a ação naquilo que ela tem de peculiar: a possibilidade de erigir-se sobre todos os demais fatores e de coordená-los para um determinado fim”. Conclui seu pensamento afirmando que, apesar de a relação causal não significar afirmação de responsabilidade, tendo em vista a exigência de outros requisitos, a ação humana estaria sempre violentada em sua natureza, esquematizada no seu coeficiente físico, apesar de ter um caráter valorativo-finalístico.¹⁰⁰

Não obstante a crítica apresentada, Bettioli entende que a teoria da equivalência das condições pode-nos oferecer algum critério na determinação de existência do

⁹⁸NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 118.

⁹⁹BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 331.

¹⁰⁰BETTIOLI, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 297.

nexo de causalidade e é a única que pode emprestar fundamento ao problema causal. Ela não serve quando se quer caracterizar como causa uma ação humana, mas tem, sobretudo,

função de limite, visto que fora do âmbito de validade da *conditio sine qua non*, é inútil indagar se uma ação humana pode ser considerada causa de um evento lesivo. Isso significa que a ação humana deve ser *conditio sine qua non* do evento, mas deve apresentar alguma característica ulterior para que possa assumir a qualificação de causa.¹⁰¹

Avaliando a causalidade na conduta médica culposa, Arinda Fernandes afirma que,

para que uma conduta, originada por uma das modalidades da culpa, possa ser erigida à categoria de causa relativamente a certo resultado, torna-se necessário que a falta de diligência e as circunstâncias concretas revelem que o fato não teria ocorrido se o agente se comportasse com a devida atenção,

E conclui afirmando que “tudo gira em torno daquilo que o agente poderia evitar ou realizar para impedir uma lesão ao bem juridicamente tutelado”.¹⁰²

São excludentes da responsabilidade médica a conduta culposa da vítima (paciente inadimplente), o fato de terceiros (ação dolosa ou culposa de outrem que não o médico), o caso fortuito e a força maior (anomalias), que alteram a relação de causalidade.

9.3 CONCURSO DE PESSOAS

A realização de um tipo penal pode ser produto da ação de um ou vários indivíduos. A medicina a cada dia é mais complexa e exigente de especialização, razão pela qual vem obrigando o comprometimento de vários profissionais de saúde na realização dos procedimentos médicos.

Na avaliação das condutas de cada profissional na realização conjunta de um ato médico, vários conceitos doutrinários devem ser considerados.

¹⁰¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 298.

¹⁰² FERNANDES, Arinda. *Crimes Médicos*. (Tese de doutorado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 1982, p. 54.

Segundo José Frederico Marques, para que haja concurso de agentes, exigem-se os seguintes requisitos: pluralidade de suas condutas, relevância causal de cada conduta, vínculo subjetivo ligando cada sujeito às diversas condutas e identidade de infração para todos os agentes.¹⁰³

Obviamente, concorrendo mais de uma pessoa para a prática de um delito, cada uma terá uma conduta específica. Embora todos os agentes queiram contribuir com sua conduta para a realização do fato criminoso, não o fazem da mesma forma nem em igualdade de condições. A contribuição pessoal pode ser prestada de maneira física ou moral, comissiva ou omissiva, direta ou indireta, antes ou durante a execução. A participação após a execução, para caracterizar concurso de pessoas, só será possível caso haja ajuste prévio.

O princípio da causalidade, conforme avalia José Frederico Marques, é a base da construção dogmática da co-delinquência, uma vez que a causalidade é o vínculo que estreita todas as condutas e as engloba na estruturação do delito único. É necessário que a conduta tenha sido eficaz para provocar ou facilitar o surgimento de outra e que cada uma das condutas individuais se insira na corrente causal, influenciando sobre o resultado.¹⁰⁴

Outro requisito é que haja cooperação voluntária e consciente e um nexo psicológico com a ação típica do delinquentes principal. Para se caracterizar o concurso de pessoas, todos os agentes devem agir com culpa ou com dolo. Havendo heterogeneidade do elemento subjetivo, no tocante a cada um dos co-delinquentes, não se considera a ocorrência de concurso de pessoas. Cada um dos sujeitos responde pelo delito a título de dolo ou culpa, independentemente de consideração sobre o outro concorrente.¹⁰⁵

Cabe ressaltar que cada um dos agentes responde pelo mesmo crime – tentado ou consumado –, e as circunstâncias pessoais, quando elementares do crime, se comunicam.

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 405.

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 407.

¹⁰⁵ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 422.

Três teorias avaliam a natureza jurídica do concurso de agentes para determinar se, dada a colaboração diversa dos agentes, há um ou mais delitos: as teorias monista, pluralista e dualística. A teoria monista considera que, no concurso de pessoas, há um só crime; a pluralista, que há vários crimes, e a dualística, que há um crime em relação aos autores e outro em relação aos partícipes.

Em conformidade com o artigo 29 do Código Penal, no Brasil, foi adotada a teoria monista, equiparando autores e partícipes. O fundamento dessa teoria é a unidade do crime. O crime é considerado único e igual relativamente a todos os que dele participem. Apesar da multiplicidade de agentes e da diversidade de suas condutas, cada conduta é considerada como parte integrante de um todo.

O concurso de pessoas pode-se dar na forma da autoria, da co-autoria e da participação. Há várias teorias sobre co-autores e partícipes, e a diferenciação entre elas ocorre em função de considerar, ou não, a acessoriedade da participação. A teoria adotada pelo Código Penal é a teoria causal, que traz à categoria de autores todos os que tenham concorrido para a prática do delito.

A pena é graduada na medida da culpabilidade de cada agente, e o Código Penal deu tratamento especial à participação de menor importância, reduzindo a pena de um sexto a um terço.

É absoluta a concordância doutrinária no sentido de que autor é quem realiza a conduta típica. Entretanto, quanto à co-autoria e à participação, há vários posicionamentos divergentes. Uma corrente doutrinária entende que, para haver a co-autoria, deve haver cooperação consciente recíproca e que, na participação, a cooperação pode ser unilateral, desde que haja vontade livre e consciente de colaborar na ação delituosa de outrem. O entendimento diverso é no sentido de que, tanto na participação quanto na co-autoria, não há necessidade de acordo, bastando a consciência unilateral do co-autor ou do partícipe de contribuir para o fato de outrem.

Magalhães Noronha parece pertencer à primeira corrente, visto que entende que tem-se a co-autoria quando a execução é praticada por duas ou mais pessoas

conscientemente e em cooperação. Noronha conceitua o partícipe como sendo quem adere ao crime, praticando atos diversos dele.¹⁰⁶

O partícipe comete uma ação que, analisada isoladamente, não constitui elemento do tipo delituoso. Entretanto sua conduta, ainda que não típica, incide nas penas cominadas ao crime por ser acessória ou subordinada à considerada no tipo, em conformidade com o art. 29 do Código Penal. O alargamento do âmbito da norma incriminadora é justificado pelo fato de que, “na defesa dos interesses sociais, a lei amplia o âmbito do delito para compreender não só a ação que integra a figura delitiva como também outras que a ela se agregam e são necessárias para sua efetivação”.¹⁰⁷

Ultrapassados os conceitos fundamentais, aspectos relevantes no caso do crime médico, considerando o concurso de pessoas, é a avaliação da participação nos crimes culposos, nos crimes omissivos e a participação por omissão.

Há grande divergência doutrinária quanto à possibilidade de ocorrência de concurso de pessoas nos crimes culposos. Entende-se que a vontade de uma pessoa pode-se conjugar à do autor principal também no crime culposos. Mesmo que ambos não queiram nem prevejam o resultado, desejam a ação de que decorreu o evento. Dessa forma, configura-se o concurso de pessoas no crime culposos, se o resultado, embora previsível, não é previsto ou, se previsto, não é evitado. A vontade comum se dirige à conduta imprudente.

Considera-se incontestável a hipótese de concurso de pessoas no crime culposos na forma da co-autoria, como no caso da realização de uma cirurgia por médicos imperitos. A participação parece, em tese, descabida no crime culposos, uma vez que a colaboração consciente para o resultado só existe no crime doloso.

José Frederico Marques ressalta que, antes de 1984, o concurso de pessoas era tratado como co-autoria e que se dizia, antes da reforma, que cabia co-autoria em crime culposos. Entretanto, atualmente, com a diferenciação feita pelo código entre co-autor e

¹⁰⁶ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*: introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 208.

¹⁰⁷ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, introdução e parte geral. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 208.

partícipe, afirma que o correto é sustentar que cabe co-autoria no crime culposo, mas não cabe participação, pois a este ficou reservada a conduta acessória. No entender do autor, na culpa, quando alguém presta auxílio ou instiga outrem a descumprir o dever de cuidado objetivo, está igualmente infringindo o mesmo dever e agindo de forma imprudente, negligente e/ou imperita, de modo que é co-autor, e não mero partícipe.¹⁰⁸

Ampliando o entendimento quanto à possibilidade de ocorrência do concurso no crime culposo, Magalhães Noronha afirma que nada impede sua caracterização desde que haja vontade na ação e na previsibilidade do evento. O autor exemplifica que, “se, v.g., uma pessoa instiga o condutor de um automóvel a dirigi-lo a toda velocidade, disso resultando o atropelamento de um pedestre, ambos foram causa culposa do resultado: um instigando, outro executando materialmente o crime”, e cita a cooperação na própria ação como, v.g., se dois operários atiram uma trave na calçada atingindo um transeunte. De toda forma, esses casos são de difícil comprovação.¹⁰⁹

No caso de ações culposas sucessivas ou simultâneas, mas independentes, torna-se ainda mais difícil a configuração do concurso de pessoas.

Avaliando o crime omissivo próprio, considerando que a co-autoria é a divisão de tarefas para a obtenção de um resultado comum e que cada omissão seria completa e autônoma em si, não se detectou a possibilidade de caracterização da co-autoria.

Entretanto, há entendimentos em sentido contrário. Cezar Roberto Bitencourt entende como perfeitamente possível a co-autoria em crime omissivo próprio, exemplificando que,

se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de omissão de socorro. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão co-autoras do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve consciência e vontade de realizar um

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 409.

¹⁰⁹ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. 1 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 221.

empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente.¹¹⁰ (Grifos no original)

A participação no crime omissivo próprio parece possível, especialmente na forma da instigação. No entender de Cezar Roberto Bitencourt,

assim como o crime comissivo admite a participação através de omissão, o crime omissivo também admite a participação através de comissão. O que ocorre – segundo Bustos Ramirez – é a impossibilidade de participação omissiva em crime omissivo, sob a modalidade de instigação. Não se pode instigar através de omissão, pela absoluta falta de eficácia causal dessa inatividade.¹¹¹ (Grifos no original)

Nos crimes propriamente omissivos, como o crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do Código Penal), é fácil a compreensão de que uma pessoa possa induzir outra a manter uma conduta criminosa. Nesse caso, a contribuição causal se realizaria por meio de comissão por parte de quem instiga o autor da omissão. Mais complicada é a participação nos crimes omissivos impróprios.

Cezar Roberto Bitencourt avalia, ainda, que a “participação também pode ocorrer nos chamados “crimes omissivos impróprios” (comissivos por omissão), “mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir”. Se tivesse tal dever, seria igualmente autor ou co-autor, se houvesse a resolução conjunta de se omitir.”¹¹²(Grifos no original).

José Frederico Marques afirma que “a participação pode ocorrer tanto nos delitos omissivos como nos comissivos”, esclarecendo que “o indivíduo que deixa de fazer *quod debeat*, por instigação de terceiro, comete um crime omissivo com a participação deste”. Afirma, ainda, que alguém pode cooperar no crime por meio de comportamento omissivo, desde que a omissão seja *conditio sine qua non* do fato típico. “Na participação mediante omissão basta, do ponto de vista causal, que se não tenha impedido o crime

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 422.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 421.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 422.

deixando de praticar a conduta devida”. Entretanto, é necessário que haja dever de praticar o ato.¹¹³

Dessa forma, percebe-se que só existe participação em delito omissivo impróprio quando o omitente tem o dever de impedir o cometimento do crime, em conformidade com o art. 13, § 2º, do Código Penal. O dever jurídico de evitar o evento torna causal a conduta omissiva. Edmundo Oliveira exemplifica tal possibilidade com situação em que o médico assiste inerte à omissão da mãe que resolve matar o filho por inanição. Afirma que, “se ficar demonstrado que o médico violou a sua obrigação, aderindo ao comportamento negativo da mãe, autora do crime, esse médico será também punido por homicídio culposo”.¹¹⁴

Entretanto, o elemento subjetivo da participação deve ser investigado no próprio campo da tipicidade, visto que o nexu psicológico, que liga o participante ao crime, além dos demais requisitos, é elemento imprescindível para que ação acessória se transforme em fato típico.

Arinda Fernandes cita como exemplo de omissão imprópria uma situação em que um médico é chamado por uma paciente para assistir a uma cirurgia, que, sem a sua presença, não seria realizada, tendo em vista a confiança depositada naquele médico. Sendo bastante experiente e tendo detectado incorreções nas constatações feitas pelo médico que estava realizando a cirurgia, mesmo após ter sido questionado por ele, o médico que acompanhava o procedimento se absteve de dar qualquer opinião.¹¹⁵

Do ato médico resultou lesão de natureza grave. A supracitada autora, analisando o evento, afirma que se esperava do médico que assistiu a cirurgia uma ação, tendo em vista dever jurídico que se lhe impunha. “Calando-se, omitiu-se. Sem a omissão, o

¹¹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, p. 419.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 129.

¹¹⁵ FERNANDES, Arinda. *Crimes Médicos*. (Tese de doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: 1982, p. 111.

resultado não teria ocorrido. Assim, contribuiu, de forma omissiva, para o evento. Foi cúmplice de seu colega”.¹¹⁶

Conforme exposto anteriormente, para a constatação do concurso de pessoas na execução de um tipo penal determinado, faz-se necessária a análise criteriosa das circunstâncias e a constatação de todos os requisitos necessários.

Retomando um desses requisitos, que é a necessidade de vínculo subjetivo ligando cada sujeito às diversas condutas, no caso dos atos de profissionais de saúde, cabe citar exemplificação feita por Giuseppe Bettiol,¹¹⁷ que relata hipótese em que o médico deixa, imprudentemente, de guardar veneno muito perigoso, do qual se sirva a enfermeira, conscientemente, para provocar a morte de paciente internado no hospital. Nesse caso, o médico responderá por homicídio culposo, e a enfermeira por homicídio doloso. Não se pode falar em concurso de pessoas.

A maioria dos problemas relativos ao concurso de pessoas em relação a erros médicos é a identificação da autoria de lesões causadas em decorrência de atos cirúrgicos.

Segundo alguns autores, no juízo cível, surgiria a responsabilidade do chefe da equipe médica, a qual absorveria a dos demais partícipes pela culpa *in eligendo*, uma vez que os auxiliares normalmente são escolhidos pelo médico-chefe. Já no juízo criminal, tem prevalecido o entendimento de que cada membro da equipe responde por seus atos.

Wanderby Panasco ressalta que

houve época, e, principalmente, entre os tribunais franceses, em que toda a responsabilidade do ato cirúrgico cabia ao cirurgião, incluindo, até mesmo, o ato anestésico e a enfermagem, evidenciando a co-autoria para os demais auxiliares, em virtude da dimensão da sua representação hierárquica.

FERNANDES, Arinda. *Crimes Médicos*. (Tese de doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: 1982, p. 113.

¹¹⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 274/275.

Afirma, ainda, que a idéia não cabe mais aos princípios atuais de especialidade, uma vez que, numa equipe, todos trabalham integrados. A ocorrência, portanto, responsabilizaria o agente ou o causador direto do dano, muito embora, por vezes, a equipe cirúrgica leve o nome do cirurgião.¹¹⁸

Segundo o Dr. Aush Morad Amar, a regra acima é válida para os médicos que têm sob seu nome e responsabilidade profissional equipes bem estruturadas, com uma divisão de funções e obrigações de acordo com a especialidade de cada um.

No entanto, há equipes que atuam sem esse gabarito. Nesse caso, ocorrendo acidentes, o responsável é o cirurgião-chefe, tendo como co-responsável o operador. A regra não exime a responsabilidade do médico por acidentes provocados por auxiliares paramédicos. Há sempre um médico responsável, sejam quais forem as circunstâncias do evento danoso.¹¹⁹

10 AVALIAÇÃO JUDICIAL DOS ERROS MÉDICOS

Inicialmente, cabe ressaltar que, sendo a maioria dos casos de erros médicos decorrentes de culpa – em especial lesão corporal culposa –, vem sendo adotada providência que torna desnecessária a avaliação judicial das reclamações apresentadas. A Pró-Vida, desde março de 2001, vem adotando a composição civil dos conflitos antes da oferta da denúncia. Tal procedimento é feito por intermédio da Câmara Técnica de Mediação e Conciliação Prévias em audiência específica. A transação realizada, além de trazer responsabilização financeira aos profissionais de saúde, propicia resultados práticos para as vítimas.

Superada tal providência sem resultados, não sendo caso de transação, suspensão condicional do processo ou tratando-se de crime mais grave, é ofertada a denúncia. Espera-se do julgador a reconstrução dos fatos com os elementos de que dispõe. O primeiro requisito que se apresenta quando se discute a avaliação judicial do erro médico é a exigência de perícia especializada, que é essencial para a compreensão dos fatos *sub judice* na maioria das vezes, tendo em vista as particularidades dos atos médicos.

¹¹⁸ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 114.

¹¹⁹ Apud PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 115.

Na avaliação do erro médico, de forma geral, são indispensáveis o fato de a intervenção médica ter-se realizado, a existência do dano – lesão ou morte –, a existência de culpa do profissional de saúde e o nexo de causalidade. Para identificar a existência dos dois últimos requisitos, o julgador é fortemente desafiado, uma vez que deve considerar as informações trazidas pelas partes aos autos e aquelas que o juízo determinou que fossem produzidas.

Tulio Enrique Espinosa Rodriguez avalia que

incumbirá ao juiz avaliar a perícia, sopesar as explicações e conclusões dos peritos, examinar-lhes a fundamentação (..) e decidir se deve acatar o laudo, não somente porque este provém de técnicos, mas sobretudo pela força persuasiva das razões submetidas ao crivo analítico, autônomo e soberano do julgador.¹²⁰

Miguel Kfoury Neto considera que, mesmo que revestida de caráter técnico e científico, a prova pericial pode apresentar defeitos ou inexatidões como qualquer outro meio de prova, e, de acordo com o princípio da livre convicção, o Juiz, por ser o *peritus peritorum*, pode desprezar suas conclusões. Os laudos deveriam, segundo seu ponto de vista, ser acatados não somente porque provém de técnicos, mas, sobretudo, pela força persuasiva das razões submetidas à avaliação do julgador.¹²¹

Quanto a objeções surgidas no sentido de que tal atitude revelaria desprezo pelo técnico em matérias nas quais seu parecer é indispensável, reforçando sua posição, o autor remete a Frederico Marques, que responde que, se o magistrado tivesse de ficar preso às conclusões do laudo pericial, o perito acabaria transformado em juiz da causa.

Superada a necessidade de ser respeitado o princípio da livre convicção do Juiz, deve ser ressaltado que, especialmente em caso de decisões contrárias a conclusões técnicas, deve haver maior fundamentação dos motivos do posicionamento adotado. O parecer pericial não pode ser absoluto, mas, na maioria das vezes, é relevante.

¹²⁰ Apud KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80.

¹²¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.80.

Questionamentos existem quanto à posição de peritos, tendo em vista o corporativismo do qual são acusados os médicos. Existe certo descrédito quanto à correção das informações prestadas por peritos, estando bastante evidente, inclusive, a dificuldade de obtenção de pareceres que atestem a ocorrência de um procedimento médico incorreto.

Wanderby Panasco considera que o pesquisador deve analisar e avaliar, nas diversas legislações, um posicionamento jurisprudencial que se encontre entre o protecionismo à profissão médica e as doutrinas americanas da *res ipsa loquitor*.¹²²

Dispõe a doutrina da *res ipsa loquitor* ou a do “conhecimento comum”, *common knowledge*, que a prova da negligência profissional pode ser baseada na evidência circunstancial de certas espécies de maus resultados, sem a interveniência de peritos das partes na avaliação processual.

A adoção dessa doutrina é perigosa na medida em que atos que parecem ser obviamente incorretos para a população leiga podem ter peculiaridades que precisam ser consideradas.

Assim, claro está que não se coloca em dúvida a capacidade do juiz de direito para julgar crimes médicos, devendo apenas ser feita a ressalva de que a decisão acerca de crime que envolva um profissional de saúde, sem avaliação pericial, pode promover a injustiça e o afastamento da busca da verdade real.

Havendo divergências, deve-se ouvir mais de uma opinião, uma vez que, mesmo que o laudo não represente a resolução do caso, é uma prova cuja relevância é incontestável.

Tendo em vista a dificuldade de obtenção de laudos para avaliação das reclamações formuladas contra os profissionais de saúde, é importante que haja peritos disponíveis para o apoio ao Ministério Público e ao Judiciário.

¹²² PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 2/3.

Com a avaliação de procedimentos investigativos da ocorrência de erros médicos, é claramente perceptível a complexidade existente na apuração dos fatos, na formulação das denúncias e, obviamente, na avaliação judicial dos casos. Cada caso de culpa médica é singular.

Delton Croce, analisando a avaliação judicial dos erros médicos, afirma:

As denúncias criminais de médicos por imprudência, imperícia e negligência, mor das vezes, terminam em decisões absolutórias, dada a circunstância de não ser a Medicina uma ciência exata, pelo que nem sempre se pode imputar um tratamento médico desfavorável ao profissional que a exerce (...) além do que, com raras exceções, a convicção do honesto julgador só não decai para o *non liquet*, pespegando o consagrado princípio jurídico do “paralelismo” na aplicação da lei *in dubiis benignus interpretandum pro reo*, em face da absoluta certeza da existência de grosseiras ações de marcada imperícia, imprudência ou negligência ensejadoras de responsabilidade criminal. Pois, máxime no processo criminal, a condenação exige a *conscientia subitandi segura*, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, quer de crime, quer de autoria.¹²³

Em termos criminais, a nossa jurisprudência, até hoje, de forma muito tranqüila, só tem interferido em atos médicos quando o erro é de fato notório, aberrante, ferindo a acuidade até do homem comum.

É incontestável a complexidade da avaliação no caso de erros médicos, e não se pretende a apresentação de fórmulas que simplifiquem essa avaliação. Entretanto, é necessário que o assunto seja mais estudado e que suas particularidades sejam compreendidas pelos operadores do direito, de forma a possibilitar uma justa avaliação desses casos, o que vem gradativamente acontecendo.

A partir do momento em que o ato médico passou a ser levado com maior seriedade à avaliação judicial, têm-se detectado argumentações no sentido de que o progresso da medicina estaria sendo barrado pelo temor de responsabilização criminal de médicos, que perderiam até mesmo o estímulo para exercer sua profissão.

¹²³ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 10.

Cabe ressaltar interessante citação feita por Gualter Luiz, que afirma:

Erram aqueles que pretendem que os profissionais se deixariam acovardar pela possibilidade de um processo. O médico que primeiramente ousou praticar a ablação dos ovários foi um clínico de roça dos EEUU. Enquanto o abnegado médico executava a operação, aglomerava-se diante de sua porta uma multidão ignara, na mais ameaçadora das atitudes. O temor do linchamento não deteve o cirurgião americano; não será o temor da eventualidade apenas conjectural de um processo jurídico que deterá os inovadores da arte de criar.¹²⁴

É possível garantir julgamentos justos sem desvalorizar a classe médica, cuja relevância social é incontestável e também disponibilizar uma resposta do Ministério Público e da Justiça ao cidadão que se sinta lesado.

CONCLUSÃO

Durante a realização deste trabalho, pretendeu-se a delimitação do crime médico específico e a conceituação de institutos necessários à análise e à compreensão do erro médico.

Considerando o volume de procedimentos existentes na Pró-Vida e a identificação preponderante de reclamações da prática de crimes culposos, a realização de transação em audiência de transação civil pela Câmara Técnica de Mediação e Conciliação Prévias permite que os acordos realizados garantam efetividade de compensação às vítimas, punição razoável à classe médica e forma de estabilização social, além de impedir a denúncia e a avaliação criminal, que é complexa e longa.

Ultrapassadas as observações iniciais, é relevante uma avaliação global do julgamento do erro médico.

O posicionamento contrário à maior parte da doutrina pesquisada que vale ser ressaltado diz respeito ao entendimento de que o erro médico pode ser detectado tanto no tratamento, quanto na formulação do diagnóstico, quanto na escolha da terapêutica.

Outro aspecto relevante é que alguns especialistas da área médica defendem que os crimes que envolvem profissionais de saúde só teriam um tratamento eficaz, caso houvesse um Tribunal Médico para julgá-los, em decorrência de suas peculiaridades. Defendem que, fora os casos de erro grosseiro, que ferem a acuidade técnica dos médicos, as avaliações judiciais tornam-se temerosas.

Não se questiona que seja muito difícil julgar erros médicos. É complexa a avaliação de decisões tomadas, por exemplo, durante um ato cirúrgico, que podem ter sido necessárias em decorrência das condições orgânicas do paciente. Entretanto, é possível e necessário que o Ministério Público busque, com isenção e estruturação adequadas, identificar os procedimentos médicos adotados e se posicionar acerca da ocorrência de irregularidades.

Pela grande importância social que exerce, a medicina não pode, como se pretendeu em épocas passadas, atribuir a todos os atos médicos a impunibilidade, ou, melhor dizendo, a irresponsabilidade.

O direito não interfere no campo técnico, nem busca negatar os progressos da medicina por meio de sua ação fiscalizadora. Sua atuação é reflexo do desenvolvimento de todos os ramos profissionais, que têm que se moldar à doutrina que rege os direitos e deveres da vida social, de forma a buscar a isonomia. Cuidando do maior bem jurídico do homem, que é a vida, não seria compreensível a omissão fiscalizadora.

Por outro lado, percebe-se claramente a preocupação e o cuidado dos Tribunais na realização dos julgamentos de responsabilidade médica, tendo em vista suas especificidades. Além disso, como a ciência é conjectural e está em permanente renovação, há consciência de que o erro do presente pode ser a verdade do futuro, e vice-versa.

Na avaliação judicial, devem ser consideradas as condições de atendimento de que o médico dispunha, as precariedades de nosso sistema de saúde, as diferentes respostas orgânicas possíveis aos tratamentos ministrados, entre outros aspectos. Os casos denunciados devem apresentar provas e indícios relevantes para questionar o ato médico.

¹²⁴ Apud PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro:

Observadas as cautelas necessárias, a justiça não pode fechar os olhos para os atos médicos que denotem claramente a culpa em seu proceder. Não se pode ignorar a ocorrência dessas falhas e agir como se toda consequência danosa decorrente de atos médicos devesse ser considerada como uma fatalidade.

Na responsabilização judicial do erro médico, tem-se mostrado essencial a disponibilidade de profissionais da área médica para fornecer esclarecimentos e suporte para a elaboração da denúncia pelo Promotor, como também para auxiliar o Juiz em suas decisões. Espera-se que tais profissionais, prescindindo do espírito de corpo, ajam buscando evitar, com o máximo de empenho, a complacência ou a impunidade. Isso para evitar, inclusive, a exclusão da perícia médica dos processos, como tem sido possível nos Estados Unidos, por intermédio da doutrina da *res ipsa loquitur*. A sociedade, buscando a justiça e pressupondo o corporativismo da classe médica, pode causar injustiças.

Em busca da dignidade e da honorabilidade da profissão de médicos, os erros devem ser identificados, visando à justa responsabilização de seus agentes. Não se pretende que um médico competente e dedicado perca toda sua credibilidade, constituída ao longo de anos, em decorrência de algum ato negligente, imprudente ou imperito. Uma condenação não deve representar o fim da carreira de um médico, mas os erros devem ser considerados como forma de alerta e devem servir para fundamentar processos preventivos de sua ocorrência.

Institutos como a transação civil, a suspensão processual e a transação penal permitem que o processo criminal não prossiga. As penas, quando ocorrem, conforme explicitado anteriormente, são indenizatórias ou restritivas de direitos, e, de certa forma, é possível considerá-las adequadas, tendo em vista a prevalência quase absoluta de casos em que o erro decorre de culpa.

Em termos de serviço público ou conveniado, surgem problemas estruturais, dos quais os médicos, em geral, são, muitas vezes, vítimas. Nos hospitais públicos, a falta de infra-estrutura e de pessoal parece ser a maior causa da negligência aos doentes. Os convênios

de saúde, que são os únicos que lucram efetivamente com esse sistema criado, com o baixo repasse do valor das consultas, têm forçado a classe médica a realizar muitos atendimentos por dia, e a limitação no pedido de exames tem causado até mesmo a morte de pacientes.

Na esfera privada, o processo de sofisticação do atendimento causa impactos, surpreende e deslumbra o paciente, mas a posição distante do médico elimina um aspecto essencial para a cura, presente nos antigos médicos de família, que é a concentração de todas as suas atenções no doente, a transmissão de confiança. Até para a eficácia dos tratamentos médicos, é essencial que a relação seja mais amistosa. Ninguém contesta a interligação dos fenômenos psíquicos na esfera somática.

Ideal seria que o relacionamento entre médicos e pacientes fosse mais humanizado, que predominasse mais a confiança. Wanderby Panasco avalia que “os sons altissonantes das conceituações dos primeiros acórdãos sobre a responsabilidade médica, dentro da jurisprudência de todas as legislações, dizem respeito muito menos à Medicina do que à precariedade dos relacionamentos sociais”. Citando Vargas Vila, garante: “Todos os cumes já estão desonrados. Só a solidão é pura.”¹²⁵

Antigamente, o médico tinha segurança para omitir do doente a gravidade de sua situação, buscando evitar que se potencializasse seu sofrimento. Hoje em dia, em face de institutos como o Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação tem sido muito enfatizado. Aspectos como total informação quanto à situação do paciente, autorização do paciente ou da família para a realização dos procedimentos, anotação em prontuário dos sintomas detectados e da terapêutica adotadas tornam-se essenciais ao exercício da medicina.

No Brasil, ainda não se criou a habitualidade do acordo contratual por escrito entre o médico e o paciente, no qual se poderia especificar até que ponto a possibilidade de êxito é real, bem como as eventuais conseqüências pós-operatórias, as debilidades ou as incapacidades resultantes. Falta essa conscientização dentro do programa cirúrgico, como ocorre em outros países. Ainda que menos humanizada, essa rotinização delimita as responsabilidades e reduz os riscos de demandas.

Apesar de a grande maioria dos médicos demonstrar sua relevância para a sociedade, há situações em que o médico, visando à obtenção de maior lucro, induz o paciente a se submeter a determinados procedimentos clínicos e cirúrgicos ou permite que o paciente busque tais tratamentos sem que tenha plena consciência de todos os riscos envolvidos. A vida humana não pode ser avaliada em termos propriamente comerciais.

Por outro lado, há pacientes, e são muitos, que, buscando a justificação da ocorrência de fatalidades ou visando à obtenção de lucro por intermédio da indenização, imputam, de forma dolosa, a prática de atos culposos ao profissional de saúde.

Dessa forma, percebe-se a complexidade da avaliação judicial do ato médico. Entretanto, apesar de a arte médica ter tido, no passado, uma aura de mistério e atualmente continuar com grande prestígio social, como lhe é devido, e de apresentar muitas especificidades que tornam difícil o conhecimento de suas circunstâncias, é definitiva a participação do direito em sua avaliação.

É incontestável a importância dos médicos na sociedade. Em um país como o Brasil, onde a política de saúde pública é precária, considerando a quantidade de intervenções médicas realizadas, é razoável concluir que os médicos erram pouco. Entretanto, podem errar menos. O objetivo com a defesa de responsabilização dos profissionais de saúde é prevenir a ocorrência futura de erros em casos pontuais e, principalmente, possibilitar à sociedade e aos próprios médicos que identifiquem profissionais que não ajam com a dignidade e a honradez que a profissão exige, em benefício da classe e da sociedade.

É possível reduzir a ocorrência de erros médicos com as seguintes medidas: a) melhor infra-estrutura dos hospitais públicos; b) diminuição da mercantilização da medicina nos hospitais privados; c) regulamentação dos planos de saúde, de forma que sejam evitados abusos em suas regras e restrições de utilização; d) capacitação do médico, com forte estímulo – e até mesmo imposição legal – da especialização e atualização profissional; e e) responsabilização no caso de ocorrência do erro médico.

¹²⁵ PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 17.

Acredita-se que o mal-estar inicial causado aos médicos pela atuação de uma promotoria especializada, conforme foi possível perceber pelas manifestações de seus órgãos de classe na mídia, tende a diminuir, em face da coerência detectada na avaliação do ato médico, com grande fundamentação das imputações criminais realizadas e com o arquivamento de muitos casos. Sem um critério elaborado de análise, muitas denúncias, tecnicamente infundadas, gerariam transtornos desnecessários a médicos, que, então, teriam suas condutas questionadas, apesar da evidência técnica de inocorrência do erro, que, aos olhos dos leigos, parece crime.

Dessa forma, como proposto pela hipótese inicial, a existência da Promotoria, com a necessária concorrência de um corpo de peritos, coloca-se como uma proposta bastante efetiva e necessária para a avaliação de atos médicos arbitrários, levando o Direito a melhor servir aos interesses do indivíduo e aos valores da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 2. Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BOTSARIS, Alexandre Spyros. *Sem anesthesia: O desabafo de um médico/ Os bastidores de uma medicina cada vez mais cruel*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Pena: Parte Geral*. Vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Vol. 1, Tomo 2. 6. ed. atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Coimbrês do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *Conferência realizada na abertura do II Fórum Jurídico Nacional sobre Erro Médico, Responsabilidade Civil, Criminal e Bioética*.

FERNANDES, Arinda. *Crimes Médicos*. (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas, FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico*. 2. ed. Montes Claros: Unimontes, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. O erro médico e a Lei n. 9.099/95. *21 JUS – Revista Jurídica do Ministério Público, Defesa dos Direitos Humanos*. Minas Gerais, XXVIII, 1997. tomo 2.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. Tomos 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense.

JAKOBS, Güther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 e 2. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Lejus, 1998.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Vol. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RIBEIRO, Diaulas Costa. A eterna busca da imortalidade humana: a terminalidade da vida e a autonomia. *Revista Bioética*, volume 13, n. 2, 2005.

_____. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Eutanásia. *Revista Consulex*, Brasília, 31 mai. 99

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde. Alegações Finais, autos nº 7303-9/98.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde. Apelação Criminal, autos nº 21.685/95.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SMITH, Mason & McCall. *Law and Medical Ethics*. London: Butterworths, 1999.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 2. ed. Campinas: LZN Editora, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1981.