

ANDERSON DA SILVA

**RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO PELOS ERROS
COMETIDOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Edward Rocha de Carvalho

**CURITIBA
2006**

ANDERSON DA SILVA

**RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO PELOS ERROS
COMETIDOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO**

**CURITIBA
2006**

Sem ter o escopo de enumerar todas as pessoas que contribuíram para a consecução do presente trabalho, dedico esta monografia:

Aos meus pais, pelo incentivo prestado.

Aos meus amigos, principalmente ao pessoal da república, bem como aos amigos da faculdade (“os galo veio”) pelo apoio étílico concedido.

À Karina, amiga e namorada, pela compreensão e pelo carinho demonstrados.

Ao meu orientador, Prof. Edward, pelo seu empenho e dedicação.

Juramento de Hipócrates
(forma simplificada):

“Prometo que, ao exercer a arte de curar, mostrar-me-ei sempre fiel aos preceitos da honestidade, da caridade e da ciência. Penetrando no interior dos lares, meus olhos serão cegos, minha língua calará os segredos que me forem revelados, o que terei como preceito de honra. Nunca me servirei da profissão para corromper os costumes ou favorecer o crime.

Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu, para sempre, a minha vida e a minha arte, com boa reputação entre os homens. Se o infringir ou dele afastar-me, suceda-me o contrário.”

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1. INTRODUÇÃO.....	1
2 – BREVE HISTÓRICO.....	3
3 – DIREITO E MEDICINA.....	9
4 – O PROBLEMA DO CRIME IMPRUDENTE NO MODERNO DIREITO PENAL.....	15
4.1 O CRIME IMPRUDENTE NA ESTRUTURA DO TIPO.....	18
4.2 ELEMENTOS DO CRIME IMPRUDENTE.....	20
4.2.1 DEVER OBJETIVO DE CUIDADO.....	27
4.2.2 TIPO SUBJETIVO NO CRIME IMPRUDENTE.....	30
5 – ERRO MÉDICO E O DIREITO PENAL.....	33
5.1. DESCUMPRIMENTO DA <i>LEX ARTIS</i>	35
5.2 IDENTIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA.....	37
5.2.1 O MÉDICO COMO AGENTE DO CRIME IMPRUDENTE.....	39
5.2.2 IMPRUDÊNCIA MÉDICA.....	44
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

RESUMO

A primeira premissa do presente estudo é a delimitação da linha de pesquisa. Considera-se a responsabilidade dos médicos por erros cometidos no exercício da função de uma maneira mais restrita que a maioria dos autores. Isto se põe na medida em que se acredita que englobar no estudo dos erros médicos a responsabilidade dos médicos por crimes que não se relacionam com o exercício da profissão é um equívoco de grande monta que deturpa o real sentido do conceito de erro médico e faz com que se perca o foco de estudo.

Erro médico é a conduta imprudente do médico que acaba acarretando prejuízos para seus pacientes. O presente estudo foca a questão sob a ótica penal. Então é a conduta imprudente que tenha conseqüências para a ordem jurídico penal, acarretando a ofensa a bens jurídicos tutelados pela lei penal, excluindo-se a atitude dolosa pois acredita-se que a conduta com dolo afronta o próprio conceito de erro médico.

Para análise da responsabilidade médica na ótica penal especificamente, é necessária uma breve abordagem da teoria do crime imprudente em geral. No particular aspecto da conduta do médico sua responsabilização por conduta imprudente pode se verificar caso este profissional não utilize todos os meios de que dispõe para a cura do paciente, não cabendo em tese qualquer incriminação, nos casos em que a própria limitação da ciência médica em face da complexidade do corpo humano importa em lesão a vítima.

Devido a tantas peculiaridades na atuação do médico é que assume especial importância a atuação do Juiz no caso concreto, devendo este analisar com cuidado as provas dos autos, para não condenar injustamente o profissional da medicina que atue adotando todas as cautelas que estão ao seu alcance simplesmente porque não propicia o resultado esperado pelo paciente.

O Magistrado no exame do caso concreto deve averiguar se as condutas praticadas pelo médico infringiram a *lex artis*, ou seja, as regras e procedimentos que devem guiar o bom profissional de medicina, utilizando-se para formar seu convencimento da prova pericial, das provas testemunhais, da consulta à literatura médica e demais procedimentos a serem adotados visando identificar se o profissional de medicina violou o dever de cuidado objetivo e, se há nexos de causalidade de sua conduta com o resultado adverso ocorrido.

Não se pode olvidar que nos casos em que não ficar cabalmente demonstrada a conduta imprudente do médico, deve ser aplicado o princípio basilar do direito penal e processual penal, qual seja, o *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: responsabilidade penal, erro médico, prova pericial, *lex artis*, crime imprudente e *in dubio pro reo*.

1. INTRODUÇÃO

Diante das mudanças ocorridas com a própria evolução da sociedade, a questão da responsabilização do profissional da saúde clama mais atenção por parte da doutrina.

Apesar de se encontrar no contexto do estudo da responsabilidade (*lato sensu*), acredita-se que a peculiaridade desse tema se situa na própria natureza da atividade exercida pelos profissionais em questão. Por lidarem com bens de tanta relevância: a vida, a integridade física, ou em outras palavras, o bem estar em geral, seja físico ou psíquico; a atividade médica sempre despertou muita atenção.

E este quadro ganha ares diferenciados com o advento da crise na relação entre médico e paciente que modifica substancialmente uma relação que em outros tempos era de caráter pessoal e praticamente familiar, para uma relação de cunho obrigacional.

Diante do fato de que a doutrina se dedica com muito mais veemência ao estudo da responsabilidade civil do médico, deixando relegada a responsabilidade penal, o presente estudo, obviamente não almejando preencher a lacuna doutrinária existente, tem como escopo levar a visão moderna do estudo da responsabilidade penal para a área médica.

Destarte, a justificativa precípua para a escolha do presente tema se relaciona com a ausência de um estudo que amolde a análise da moderna teoria do fato punível aos erros médicos.

E este quadro lacunoso é resultado de vários fatores, dentre os quais há que se destacar a maior dificuldade na configuração da responsabilidade penal, diante da própria função do direito penal, abarcando apenas os casos

em que há ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, tudo isto situado no sistema de garantismo jurídico existente no direito penal brasileiro.

A culpa profissional do médico como bem adverte Avecone, citado por Miguel Kfourri Neto, constitui um dos problemas científicos e deontológicos, antes que jurídicos, mais antigos, objeto de debates potencialmente infinitos, dada a natureza particular da atividade médica.¹

Outro ponto a ser analisado é que a atividade médica, sendo uma atividade de risco, deve ser analisada no contexto em que se insere, ou seja, na sociedade de risco. Assim, a atividade médica é considerada como risco permitido, desde que o médico atue respeitando os procedimentos e regulamentos que guiam a boa prática médica (*lex artis*).

Em suma, o que se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho é o caráter peculiar dos erros derivados da imprudência médica dentro do estudo dos delitos imprudentes.

¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, p. 34.

2 – BREVE HISTÓRICO

A obrigação dos médicos de responderem pelos erros cometidos no exercício da função nem sempre foi aceita de modo pacífico, como ocorre nos tempos hodiernos.

As doenças e as dores nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou ele de predispor os meios necessários para combater ambos os males.²

As primeiras atividades médicas não se direcionavam ao estudo das patologias, mas sim à sua cura. Em sua fase mais antiga, o médico era considerado um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais.³

O documento mais antigo que trata da responsabilidade médica é o Código de Hamurabi, que data do ano de 1914 a.C. Em seu artigo 218, prescrevia que o médico que tratando de alguém com lanceta de bronze acabasse matando seu paciente ou cegando seu olho, deveria ter suas mãos cortadas.⁴ Como bem assevera Ernani Silva Alves: “É de crer que leis tão severas limitassem muito o número de operações perigosas. Com efeito, os doentes, nessa época, eram, na sua maioria, tratados com exorcismos, ervas e amuletos destinados a afastar os demônios”.⁵

No Direito Romano, firmou-se o conceito de que a grande negligência médica importava em culpa e a negligência excessiva em grande culpa, equiparava-se ao dolo. Porém, tudo indica que àquele tempo, as condenações por imperícia ou negligência não eram muito freqüentes, chegando a tal ponto de Plínio afirmar que os médicos eram os únicos que podiam matar impunemente⁶. No mesmo sentido, há a afirmação de

² KFOURI NETO, M. Idem, p. 45.

³ KFOURI NETO, M. Idem, ibidem.

⁴ ALVES, Ernani Silva. **Medicina Legal e Deontologia**, p. 46.

⁵ ALVES, E. S. Idem, ibidem.

⁶ ALVES, E. S. Idem, ibidem.

Montesquieu, descrevendo os privilégios dos médicos, cujos sucessos o sol ilumina e cujos erros a terra encobre.⁷

No Egito os médicos só eram responsabilizados se não seguissem à risca o disposto no livro de Hermes-Toth (Livro Sagrado) que continha as regras de obediência obrigatória aos profissionais da medicina. Se houvesse insucesso em uma operação, era suficiente demonstrar que haviam observado as prescrições do texto (por exemplo, o médico não podia atender o doente antes de três dias do aparecimento da moléstia). Em se afastando da *lex artis*, porém, e ocorrendo a morte do paciente, aplicava-se a pena capital ao médico acusado de ter praticado enganosas e temerárias experiências curativas.⁸

Na Idade Média, firmou-se o entendimento de que nunca se presume a responsabilidade do médico pelo simples fato de morrer um paciente. No século XVII, surge na França a teoria da irresponsabilidade médica. A Academia de Paris, no ano de 1829, proclamou a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar. Tal decisão pretendia consagrar uma situação especial de imunidade: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-se falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia. Conforme aduz Miguel Kfoury Neto: “Conseqüentemente, só se poderia responsabilizar os médicos por negligência ou torpeza que qualquer homem pudesse cometer, não aquela em que pudesse incorrer exclusivamente o servidor da medicina. A culpa médica haveria de ser, como visto, grave, inescusável, advinda de erro grosseiro, elementar. O ônus da prova sempre incumbiria ao paciente.”⁹

Em 02/10/1834, notórios médicos de Paris, reunidos em Assembléia, lançam o seguinte manifesto:

Do momento em que se admite o princípio da responsabilidade médica, o exercício livre, consciencioso, progressivo e útil, da arte de curar torna-se impraticável e a humanidade estará sempre correndo perigo. O médico ver-se-á diante de um dilema: cruzar os braços e abandonar

⁷ ALVES, E. S. Idem, *ibidem*.

⁸ KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 49.

⁹ KFOURI NETO, M. Idem, p. 51.

os doentes à ação infalível de suas doenças ou tentar tratamentos, operações, sem dúvida benéficos, mas tais que em certos casos incalculáveis e imprevisíveis eles poderiam comprometer sua honra, sua reputação, seu destino.

Observemos, todavia, acrescentavam eles, que não se quer de maneira alguma impedir atos que possam ser acusados de negligência, má-fé, má intenção ou erro criminoso. É evidente que todos os erros que não podem ser atribuídos pela razão às incertezas da ciência e às dificuldades da profissão devem ser reprimidos; os outros todos só são passíveis de julgamento da opinião pública.¹⁰

O autor francês Briand et Chaude, citado por Wanderby Lacerda Panasco, já afirmava nos idos de 1863:

A irresponsabilidade total é um exagero absurdo; a responsabilidade com demasiada latitude seria igualmente absurda e mais funesta ainda. Ela deve restringir-se a casos extremamente raros e, por assim dizer, excepcionais. Sem dúvida, os médicos não são responsáveis pelos erros que possam cometer no exercício normal e consciencioso de sua profissão. Assinalando uma expressão de Favard de Langlade: “É certo que os pequenos erros não lhes devem ser imputados, porque em tudo há que se levar em conta a fraqueza humana. Mas desde que se trate de um fato que não passaria despercebido à observação e a inteligência de qualquer homem comum, então eles são responsáveis, *quia non intellexerunt quod omnes intelligunt* (porque não entenderam aquilo que todos entendem)”. Esses médicos devem atribuir a si próprios a responsabilidade de exercer uma profissão da qual negligenciam os deveres essenciais. Os juízes devem então condená-los se tiverem cometido um erro grosseiro, uma grande negligência; mas deverão declará-los isentos de qualquer responsabilidade se se tratar de uma negligência que pode ser atribuída à fraqueza humana.¹¹

Os argumentos principais que embasam esta doutrina são os seguintes: a) a idoneidade conferida pelo diploma universitário ao médico; b) a responsabilização do médico entrava o progresso da Medicina e prejudica os próprios pacientes; c) a impossibilidade dos juízes poderem apreciar questões de ordem médica de caráter puramente técnico.¹²

Nenhum dos argumentos pode prevalecer para sustentar a tese da irresponsabilidade médica. O diploma universitário confere, na realidade, uma presunção de idoneidade. Ainda mais nos tempos modernos, com a crise vivida no âmbito médico, com a proliferação de Escolas de Medicina e com a desvalorização da Medicina, este argumento não prevalece. O diploma universitário não tem o condão de assegurar que o

¹⁰ PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**, p 42.

¹¹ PANASCO, W. L. Idem, p 33.

¹² ALVES, Ernani Silva. Obra citada, p. 48.

médico exercerá a profissão com perícia, prudência, zelo e dedicação. A responsabilização do profissional igualmente não é um entrave à evolução da medicina, nem prejudica os pacientes. Os médicos não deixarão de tentar procedimentos de alto risco, desde que sejam essenciais para salvar a vida do paciente, por temerem sua responsabilização pois, neste caso, a atitude omissiva deve ser punida. Conforme citação de Gualter Lutz, em referência extraída de Wanderby Lacerda:

Erram aqueles que pretendem que os profissionais se deixariam acobardar pela possibilidade de um processo. O médico que primeiramente ousou praticar a ablação dos ovários foi um clínico de roça dos EE.UU. 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 curar.¹³

Finalmente, o último argumento, de que o juiz não tem capacidade para analisar quando há imprudência por parte dos médicos, não deve prevalecer na medida em que este pode se servir de peritos para dirimir esta falta de conhecimento das questões técnicas e médico-legais¹⁴. Neste ponto, aparece a questão do corporativismo da classe médica, situação que dificulta a configuração da responsabilidade médica em algumas situações, haja vista que sendo o perito médico legal um médico que analisa outro médico, a questão do espírito de corpo e de corporação, em alguns casos, se põe como um óbice para a emissão de um parecer demonstrando a imprudência de um colega de profissão. Nesse sentido, cita-se trecho do livro de Wanderby Lacerda Panasco: “É forçoso reconhecer, aliás, que os médicos-peritos têm a tendência indiscutível de isentar seus colegas de culpa e, sob este ponto de vista, pode-se afirmar com certa razão que, na realidade, seria preciso haver um erro profissional grave para que a responsabilidade de um médico fosse atestado no laudo oficial dos peritos.”¹⁵

¹³ PANASCO, W. L. Idem, p 4.

¹⁴ PANASCO, W. L. Idem, ibidem.

¹⁵ PANASCO, W. L. Idem, p 6.

Mas essa dificuldade na configuração do erro médico, nas palavras de Miguel Kfourri Neto, não deve constituir fator de renúncia, mas sim representar um estímulo e intensa disposição à busca da verdade.¹⁶

Como assevera Afrânio Peixoto, o respeito que a sociedade deve à profissão médica só continuará justificado se, além de a sentir capaz, a souber responsável¹⁷.

Complementa o mesmo autor que:

é da perícia que depende, pois, o julgamento da imprudência, negligência, da imperícia, para elucidação da justiça. Não haverá aqui mais do que o cumprimento estrito do dever, apurando explicitamente, com ciência e boa fé, a culpa cometida. O perito, emissário da Justiça, deve esquecer que é pessoalmente médico (*invidia medicorum pessima*), tampouco que não tem o direito de possuir o espírito de classe (*emulatio curiarum pessima*) pois simplesmente serve à causa comum, que lhe confiou uma delicada função.¹⁸

Entretanto, a constatação de que em certos casos o corporativismo da classe médica impeça a apuração e punição de profissionais que cometem crimes no exercício da medicina, tanto no âmbito do Conselho, quanto no campo jurídico-penal, já que o juiz depende de perícia técnica para a apuração da imprudência, não pode levar à adoção de uma política de repressão que não leve em conta as peculiaridades da ciência médica.

Eventual flexibilização da apuração da culpa *in concreto* na esfera da responsabilidade civil, adotando-se a teoria do risco ou da culpa presumida para impor ao profissional a responsabilidade de reparar os danos que causou, não pode ser transplantada para o campo do direito penal, já que a caracterização da responsabilidade penal parte de premissas diversas das que norteiam a responsabilidade civil.

Dupin, procurador-geral da Corte de Paris e, segundo Wanderby Lacerda Panasco, o verdadeiro pioneiro nas legislações modernas no estudo da responsabilidade médica, refutando a doutrina da irresponsabilidade médica dizia: “Em verdade seria

¹⁶ KFOURI, NETO. Miguel. Obra citada, p. 34.

¹⁷ PEIXOTO, Afrânio. **Elementos de Medicina Legal**, p. 537.

¹⁸ PEIXOTO, A. Idem, *ibidem*.

injusto e absurdo pretender que um médico ou cirurgião respondessem indefinidamente pelos resultados que atribuísem à sua imperícia; mas, reciprocamente, seria também injusto e perigoso para a sociedade proclamar como princípio absoluto que em nenhum caso podem os médicos ser responsáveis no exercício de sua arte.”¹⁹

E em outra passagem do livro de Wanderby Lacerda, colhe-se nova citação das palavras do procurador-geral da Corte de Cassação Francesa, que é digna de nota:

Os médicos podem se sentir confortados, pois o exercício de sua arte não está em perigo, a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não estão comprometidas pela falta de um homem que desprestigiou o título de doutor. Não se colhem conclusões ou se conclui mal do particular ao geral e de um caso isolado a casos que não oferecem nada de particular. Cada profissão encerra em seu seio homens dos quais ela se orgulha e outros dos quais ela renega.²⁰

A crítica que se fez à responsabilização profissional buscando fundamento no fato de que a ciência médica não pode conviver com o constante temor de punições, sob pena de estagnação, não pode ser levada em consideração. Isso porque, em que pese a atividade médica necessitar de certa independência para seu desenvolvimento, não é propriamente o insucesso que é punido pelo Estado, mas o profissional desatento, aventureiro e com poucos conhecimentos acerca da teoria e da prática médica. O que se quer não é o profissional infalível, algo impossível ao ser humano, mas o profissional prudente que, mesmo no caso extremo de morte de seu paciente, não possa ser responsabilizado por ter agido conforme as normas inerentes a sua profissão (*lex artis*) e buscado todos os meios de que dispunha para a cura do paciente.

Vale a pena aqui citar trecho de voto proferido pelo Juiz Alexandre Victor de Carvalho, em acórdão exarado em sede de apelação interposta na 2ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “(...) nunca é demais lembrar que a responsabilidade médica, seja penal, cível ou administrativa, visa exatamente proteger a

¹⁹ PANASCO, Wanderby Lacerda. Obra citada, p. 34.

²⁰ PANASCO, W. L. Idem, p. 44.

Medicina, evitando que se estacione, sem evolução e sem bons profissionais, constituindo-se num perigo para a própria sociedade.”²¹

3 – DIREITO E MEDICINA

*Errare humanum est, perserverare autem diabolicum!*²² O velho brocárdio latino tantas vezes repetido tem plena razão de ser; afinal, o erro é uma contingência admissível nas atividades humanas. Entretanto, em certas atividades, o erro se torna importante e ganha conseqüências diferenciadas, devido ao próprio objeto com as quais se ocupam, sendo praticadas com certa sensibilidade e em busca de um perfeccionismo, de modo a tentar baixar a margem de erro que é inerente a toda prática humana. E é esse o caso da medicina.

Há 20 anos, Niklas Luhmann havia observado o fato de que, até então, fora da literatura sociológica, era muito comum definir o risco como a medida de um perigo. Assim, o citado autor procurou distinguir rigorosamente perigo e risco, considerando assim o perigo como qualquer possibilidade considerável de um prejuízo, ressaltando, por outro lado, que se deve falar de risco somente quando a própria decisão é um motivo indispensável da possível ocorrência de um prejuízo, quando, portanto, com uma outra decisão este prejuízo não ocorreria. Com isso a decisão passou a ser pressuposto de um risco e, igualmente, como vivemos sob o estímulo de decisões arriscadas, a sociedade inteira passou a se orientar pela idéia de risco.²³

Ademais, ressalta Luhmann que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não há critérios nem instâncias que

²¹ Processo nº 2.0000.00.275781-5/000(1), Relator Erony da Silva, Publicado em 24/08/1999, 2ª Câmara Criminal do extinto TA de MG.

²² Errar é humano, persistir no erro soa diabólico. tradução livre.

²³ AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46, p. 77.

se possam afirmar como indubitáveis, de forma que não existe segurança além do momento. Somente a segurança pode ser representada como duradoura e isto conduz à indeterminação do futuro, que por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público.²⁴

Já Ulrich Beck, citado por Pablo Rodrigo Aflen da Silva, em artigo intitulado “Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco”, publicado na Revista Brasileira de Ciência Criminais, parte da premissa de que o surgimento dos riscos é resultado da industrialização e conduz a um novo tipo de sociedade, a qual denomina de Risikogesellschaft (sociedade de risco). Além disso, observa que na modernidade a produção social de riquezas acompanha sistematicamente a produção social dos riscos.²⁵

Conquanto o citado autor ressalta que os riscos atuais se diferenciam fundamentalmente dos de época passadas, principalmente em razão da globalidade de sua ameaça e por suas causas modernas: eles são um produto global da maquinaria do progresso industrial e são aguçados sistematicamente com o seu desenvolvimento ulterior.²⁶

Pablo Rodrigo Aflen da Silva, em seu artigo já citado, aduz sobre o tema:

Os riscos que havia anteriormente eram riscos pessoais, contudo os riscos na “sociedade reflexiva” ultrapassam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais de tal maneira que se forem produzidos em uma região podem afetar outras. De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo gera a impossibilidade de escapar de suas conseqüências. Esta “sociedade mundial do risco” (Weltrisikogesellschaft) trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que se caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, **e cuja reflexividade torna a maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos.**²⁷ (grifo nosso).

²⁴ AFLEN DA SILVA, P. R. Idem, ibidem.

²⁵ AFLEN DA SILVA, P. R. Obra citada, p. 78.

²⁶ AFLEN DA SILVA, P. R. Idem, ibidem.

²⁷ AFLEN DA SILVA, P. R. Idem, p. 79.

No particular aspecto da atividade médica, situado na acima delineada sociedade de risco, a questão da reflexividade referida pelo autor supra citado, ganha suma importância, haja vista que o advento de novas informações e conhecimentos relacionados à área médica possui caráter frenético.

Inicialmente cumpre ressaltar que tais profissionais desenvolvem um dos trabalhos mais nobres e necessários ao bem estar da sociedade: zelam pela saúde do ser humano. Porém, embora o direito à saúde seja garantido constitucionalmente a todos os cidadãos (art. 6º da CF), o fato é que a adequada prestação de serviços médicos depende intimamente do grau de capacitação dos profissionais ligados a essa área.

Assim, é dever de todo médico ter o mínimo que seja de aptidão técnica para intervir na saúde do ser humano.²⁸ De fato, os riscos fazem parte do exercício da medicina e, embora devam ser calculados, avaliados pelo profissional, quando opta por determinada conduta (comissiva ou omissiva) no trato do paciente, nem sempre se tem um absoluto controle do resultado almejado. O insucesso faz parte da atividade médica, haja vista que esta é atividade meio, e não fim.

Como bem assevera Clóvis Meira: “Os médicos assumem o compromisso de dar o melhor de si em favor dos que assistem, mas não são infalíveis nas suas conclusões e na escolha das medidas mais adequadas a serem aplicadas aos seus pacientes. Também não podem ser obrigados à onisciência, a serem todos sábios e a penetrarem em todos os ramos da medicina contemporânea. Em certas e determinadas situações, ninguém ignora isso, a medicina nada pode oferecer.”²⁹

²⁸ Dispõe o artigo 2º do Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina): o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. Outrossim, o artigo 5º do citado código, prevê que o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

²⁹ MEIRA, Clóvis. **Temas de Ética Médica e Medicina Legal**, p. 109.

A medicina não é uma ciência exata, em que o cientista tem sob seu controle absoluto tanto a ação por ele praticada quanto os resultados que decorrerão desta ação. Se compararmos o trabalho do engenheiro, ao construir um edifício, com o do médico, ao diagnosticar e tratar um paciente temos que o insucesso do engenheiro, se o edifício ruir, acarreta indiscutivelmente sua responsabilização, onde cabível (excetuando os casos de caso fortuito ou força maior). Já o insucesso do médico, se o paciente vier a falecer, não enseja automaticamente a responsabilização do profissional.

O profissional da medicina não trabalha com a promessa de êxito. Não se podem desconsiderar fatores externos, tais como a reação de cada paciente ao tratamento, as circunstâncias em que foi solicitada sua intervenção, os meios de que dispunha para intervir, etc.

Antônio Evaristo de Moraes Filho observa que “a medicina encontra-se em estado permanente de experimentação, não se podendo dela exigir que sempre triunfe sobre algumas leis fatais da natureza.”³⁰

Consigne-se ainda a lição de Lafayette Pondé, citado por Paulo Affonso Leme Machado:

Na relação entre o médico e o doente, aquele tem a seu cargo uma obrigação de diligência ou de meios, e não uma obrigação determinada ou de resultado. Pelo fato de tratar o doente, o médico assume a obrigação de dar a este um tratamento adequado, isto é, um tratamento conforme os dados atuais da ciência, compatíveis com os recursos locais, de que possa dispor e com as condições específicas e pessoais do próprio cliente.³¹

Outro aspecto da ciência médica diz respeito à experimentação, à atividade de pesquisa necessária ao avanço da ciência. Assim, o uso de novas técnicas, cuja eficiência ainda não foi plenamente demonstrada deve ser precedido de consentimento do paciente.

³⁰ MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. **Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico**, in Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996, p. 45.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **A Responsabilidade Médica Perante a Justiça**, in Revista dos Tribunais, 494/245, p. 13.

Paul Monzhein³² assenta o problema na necessária contraposição entre “o direito de tentar”, entendido como uma liberdade fundamental do médico e o “direito do paciente de não ser transformado em objeto de experiência.”

A informação ao paciente, de modo que ele possa dar “um consentimento simultaneamente livre e esclarecido”, é de importância fundamental para a exclusão da responsabilidade do médico em caso de dano. Observe-se que a plena informação do paciente a respeito do “diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento” é direito assegurado no Código de Ética médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, no uso de suas atribuições legais (Resolução CFM 1246/88, de 8.1.88). É vedado ao médico, ademais, “negar ao paciente acesso ao seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar as explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros” (artigos. 59 e 70, do Código de Ética Médica).

A conduta do médico em absoluta consonância com o as normas que regem o exercício da medicina, somada à atuação conforme a *lex artis*, são geralmente apontadas como fatores suficientes para a exclusão da responsabilidade penal do médico. Não obstante, a questão de se apurar no caso concreto tal responsabilidade não é tão simples quanto parece. Por um lado, porque definir o que seja conduta conforme a *lex artis* pode ensejar dificuldades e controvérsias, considerando-se as peculiaridades de cada caso. Por outro lado, é preciso enfrentar a situação inversa: o descumprimento dos regulamentos e da *lex artis*, por si só, autoriza, como conseqüência automática, tal responsabilização? Há responsabilidade presumida, decorrente da má conduta, no moderno direito penal?³³

³² MONZHEIN, Paul, **A responsabilidade penal do médico** - (Considerações sobre a responsabilidade do médico ao longo dos últimos decênios), traduzido por Alcides Amaral Salles, *in* Revista JUSTITIA, v. 35, n. 81, abr/jun. 1973, p. 67.

³³ SCHREIBER, Simone. **Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7271>, acesso em 20/07/2006.

Procuraremos abordar, neste breve estudo, em uma primeira etapa, o conceito de imprudência, e seus requisitos de configuração, já que a caracterização da imprudência é pressuposto necessário à responsabilização penal pelos erros cometidos na seara médica. A seguir, veremos como identificar a imprudência na conduta do médico, abordando a questão da atuação do médico conforme a *lex artis*, ou seja, da responsabilidade penal decorrente do desrespeito aos regulamentos que devem nortear o exercício da medicina.

Aqui vale ressaltar que excluiríamos do presente estudo a responsabilidade penal do médico decorrente de atitudes praticadas de forma dolosa, haja vista que o foco de estudo encontra-se na possibilidade de responsabilização do profissional da medicina por erros cometidos, importando para tanto, a análise das condutas praticadas de forma imprudente.

Ademais, outra questão a ser abordada é a crise existente nos meios médicos, sobre este tema o autor E. A. Hay, citado por Wanderby Lacerda Panasco, já aduzia nos idos de 1925: “O público vê agora no médico um comerciante que vende sua ciência, sua arte, em fatias, como o dono do armazém vende seu café em pacotes. Da mesma forma que o freguês confere seu troco ao sair da loja, o doente procura certificar-se de que o tratamento dispensado pelo médico valeu realmente o preço que lhe foi cobrado pois já não existe mais uma confiança ilimitada no médico.”³⁴

Fato é que o homem moderno, acostumado aos milagres dos antibióticos, às técnicas de reanimação, ao enxerto de órgãos e a tantas outras conquistas da medicina, convenceu-se da curabilidade de todos os males e não aceita tranquilamente o insucesso médico.³⁵

³⁴ PANASCO, W. L. Obra citada, p. 39.

³⁵ OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, Erro médico e Direito penal**, p. 120.

4 – O PROBLEMA DO CRIME IMPRUDENTE NO MODERNO DIREITO PENAL

Conforme ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt: “Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível.”³⁶

A estrutura do tipo de injusto imprudente é diferente da do tipo de injusto doloso: neste, é punida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto que no ilícito imprudente se pune a conduta mal dirigida, normalmente, a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito. O núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente realizada e a que deveria ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado.³⁷

Nas palavras de Francisco Muñoz Conde:

Relativamente até há pouco tempo, o delito negligente ocupava um lugar secundário no Direito Penal, consagrado fundamentalmente ao delito doloso, a cuja estrutura correspondiam os delitos mais graves e qualitativamente mais importantes. O delito negligente era apenas um *cuasi delictum*, mais afim ao Direito Civil do que propriamente ao Direito Penal.

O processo de industrialização que começa com a revolução industrial no século XIX, e que continua e aumenta no século XX, pressupõe a manipulação de máquinas e meios perigosos para a vida, a saúde, a integridade física e o patrimônio das pessoas. O tráfego automobilístico representa atualmente uma das fontes principais para o perigo para a vida e a integridade física, com suas seqüelas de mortes, lesões e danos. Não é assim, estranhável, que as negligências neste setor constituam estatisticamente, hoje em dia, a parte mais importante do número de crimes apreciados pelos tribunais nos finais de ano.

Frente ao aumento quantitativo dessa espécie de delinquência, a doutrina não estava preparada para resolver tecnicamente os problemas jurídicos que se propunham; as teorias penais e a dogmática se haviam desenvolvido sobre o delito doloso, deixando praticamente abandonado o delito negligente.³⁸

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**, p. 104

³⁷ BITENCOURT, C. R., *Idem*, *ibidem*.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**, p. 69/70.

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos os crimes cometidos por imprudência constituem, do ponto de vista da definição legal, exceções à regra da criminalidade dolosa, aparecendo na lei penal como hipóteses acessórias de menor significação.

Contudo, do ponto de vista de sua frequência real, afirma o citado autor, os crimes de homicídio e lesão corporal imprudentes representam a maioria absoluta dos fatos puníveis e, do ponto de vista dos bens jurídicos lesionados, integram a criminalidade mais relevante, de modo que se pode dizer que a antiga exceção é, atualmente, a regra da criminalidade.³⁹

Em 1930, o penalista alemão Engisch destacou que entre a pura conexão causal da ação negligente com o resultado e a culpabilidade (então, os únicos elementos exigidos) havia um terceiro elemento importantíssimo, sem o qual não se poderia fundamentar o tipo de injusto do delito imprudente: o dever objetivo de cuidado.⁴⁰

Conforme institui o art. 18, II do CP, diz-se crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

- Imperícia: deriva do Latim *imperitia* de *imperitus* (ignorante, inábil, inexperiente, incompetente), entende - se como falta de prática ou ausência de conhecimento, que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte;
- Negligência: deriva do Latim - *negligentia* é um descuido, desleixo, uma falta de diligência, incúria, preguiça, desatenção, um profundo menosprezo;
- Imprudência: deriva do Latim *imprudencia*, significa inconveniência, falta de cuidado, ignorância, falta de reflexão.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do fato punível**, p. 95.

⁴⁰ MUNOZ CONDE, F. Obra citada, p. 70.

Vale a pena aqui transcrever a conceituação feita por Cezar Roberto Bitencourt, a respeito das modalidades do delito imprudente previstas no nosso ordenamento jurídico penal:

Imprudência é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa, e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (*culpa in faciundo* ou *in committingo*). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação. Imprudente será, por exemplo, o motorista que, embriagado, viaja dirigindo seu veículo automotor, com visível diminuição de seus reflexos e acentuada liberação de seus freios inibitórios.

Se o agente houvesse sido mais atento, poderia prever o resultado, alterando e utilizando seus freios inibitórios e assim não realizar a ação lesiva.

Negligência é a discrepância no agir, a falta de preocupação, a indiferença do agente, que podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (*culpa in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito. Negligente será, por exemplo, o motorista de ônibus que trafegar com as portas do coletivo abertas, causando a queda e morte de um passageiro.

Em outros termos, a negligência não é um fato psicológico, mas um juízo de apreciação, exclusivamente: a comprovação que se faz de que o agente tinha possibilidade de prever as conseqüências de sua ação (previsibilidade objetiva). Enfim, o autor de um crime cometido por negligência não pensa na possibilidade do resultado. Este fica fora de seu pensamento.

Imperícia é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício.⁴¹

A negligência, no caso da medicina, ocorre quando o profissional não observa os deveres a ele impostos ao executar qualquer ato, tratando com descaso ou pouco interesse os compromissos com o paciente e/ou com o estabelecimento ou unidade de saúde. A omissão de socorro, o abandono do paciente, o esquecimento de objetos em cavidades cirúrgicas, a violação do dever de diligência e a impontualidade do médico seriam exemplos de negligência. Assim, negligente é o médico que despreza as normas técnicas que os demais profissionais observam.

Já a imprudência seria a falta de cautela do profissional de medicina, o descuido que leva à prática de ação irrefletida ou precipitada, causada pela não previsão por parte do agente de resultado que podia e devia pressupor. Trata-se de precipitação ou afoiteza no exercer a atividade médica.

⁴¹ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 109/110.

Imperito é o médico que se mostra ignorante daquilo que uma pessoa habilitada ao exercício da medicina deveria saber.

A utilidade da distinção acima feita é meramente didática. Assim entende Cezar Roberto Bitencourt: “Ao estabelecer as modalidades de culpa o legislador brasileiro esmerou-se em preciosismos técnicos, que apresentam pouco ou quase nenhum resultado prático. Tanto na imprudência quanto na negligência há a inobservância de cuidados recomendados pela experiência comum no exercício dinâmico do cotidiano humano. E a imperícia, por sua vez, não deixa de ser somente uma forma especial de imprudência ou de negligência.”⁴²

Ademais, além da distinção feita pelo Código das modalidades do crime culposo ser desnecessária, parte da doutrina critica a própria terminologia utilizada para tais delitos. Juarez Cirino dos Santos prefere denominá-los como crimes de imprudência, diante da seguinte fundamentação:

O substantivo culpa e o adjetivo culposo são inadequados por varias razões: primeiro, confundem culpa, modalidade subjetiva do tipo, com culpabilidade, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de culpa em sentido estrito e culpa em sentido amplo, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual crime culposo parece mais grave que crime doloso, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo imprudência e o adjetivo imprudente exprimem a idéia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes culpa e culposo; quarto, a dogmática alemã usa o termo Fahlassigkeit, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como imprudência.⁴³

4.1 O CRIME IMPRUDENTE NA ESTRUTURA DO TIPO

Muito se discutiu na doutrina acerca do crime imprudente e da sua essência, estando muito longe de se tornar tema pacífico entre os penalistas. É de se destacar que, entre os clássicos, valorizava-se sobremaneira, aspectos atinentes ao resultado, ou seja, o

⁴² BITENCOURT, C. R. Idem, p. 109.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p. 95.

crime imprudente se caracterizaria como, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, um “desvalor do resultado”⁴⁴. Além disso, ainda na esteira do ilustre criminalista, a essência da imprudência estaria, segundo a errônea concepção clássica, em um plano psicológico.

Tradicionalmente, o dolo e a imprudência eram concebidos como formas de culpabilidade, ou inclusive como a própria culpabilidade, considerando-se que era uma questão valorativa, mas não dogmática, a que obrigava a fazer a respectiva distinção. Logo se observou, contudo, que a distinção dolo-imprudência era algo mais do que um problema de culpabilidade.⁴⁵

Desse modo, o que hodiernamente se afirma é que a imprudência tem existência meramente normativa, sendo, portanto, elemento do tipo. Tome-se como exemplo clássico o homicídio que expressamente prevê uma modalidade imprudente (artigo 121, § 3º do CP⁴⁶), não existindo tal previsão para o caso do delito de furto (art. 155 do CP⁴⁷).

Diferentemente do delito doloso, o delito imprudente, isto é, a realização imprudente dos elementos de um tipo de delito, não é punido em qualquer caso. O princípio da intervenção mínima que guia o Direito Penal obriga uma dupla restrição, selecionando, por um lado, aqueles comportamentos imprudentes que afetam bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e saúde) e punindo, por outro, dentre todos esses comportamentos aqueles que chegam a produzir realmente um resultado lesivo aqueles bens jurídicos tutelados.

Até certo ponto, é lógico que isto aconteça, porque a penalização indiscriminada de todo comportamento imprudente qualquer que seja o bem jurídico tutelado ou

⁴⁴ FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal**: parte geral, p. 219.

⁴⁵ MUNOZ CONDE, F. Obra citada, p. 70.

⁴⁶ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20(vinte) anos.

(...) § 3º Se o homicídio é culposo: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁴⁷ Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

independente do resultado que produza, suporia uma enorme inflação do Direito Penal e uma paralisação da vida social.

Uma vez mais se deve dizer que o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques aos bens jurídicos mais importantes e na medida em que os meios jurídicos menos radicais, sejam insuficientes para lhe proteger.⁴⁸

Essa idéia conduz a que, no moderno Direito Penal, o delito imprudente seja punido apenas nos casos em que tal modalidade de comissão de um tipo delitivo esteja expressamente prevista na lei (art. 18, II, § único do CP).

A conduta do agente se adequará ao tipo no momento em que se observar que este agiu sem o cuidado exigível a qualquer pessoa na vida em relação, causando um dano, situação esta que seria evitada se este tivesse agido com prudência. Nos crimes imprudentes, pelo fato, de possuírem, um tipo aberto, torna-se de vital importância a observância pelo juiz, na aferição da tipicidade da conduta do sujeito ativo, de uma certa conduta ensinada por Welzel, qual seja, “a ação real do autor deve ser comparada ao conteúdo do cuidado necessário no tráfego, toda ação que não se amolde a esta conduta adequada ou correta é típica – no sentido dos delitos culposos.”⁴⁹

4.2 ELEMENTOS DO CRIME IMPRUDENTE

Conforme aduz Cezar Roberto Bitencourt, o delito imprudente tem os seguintes elementos constitutivos: inobservância do cuidado objetivo devido, produção de um resultado e nexos causal, previsibilidade objetiva do resultado e conexão interna entre o desvalor do resultado e o desvalor da ação.⁵⁰

⁴⁸ MUNOZ CONDE, F. Obra citada, p. 71.

⁴⁹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista, p. 81.

⁵⁰ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 106.

Nos delitos imprudentes, a ação típica não vem determinada com precisão na lei. Cabe ao juiz determinar o conteúdo da ação imprudente. Estes são tipos abertos, não causando tal fato, nenhuma ofensa ao princípio da legalidade, de vez que a própria natureza das coisas impede que se possam descrever com maior exatidão na lei todos os comportamentos negligentes suscetíveis de ocorrer ou realizar-se.

Discordando do entendimento de que os crimes imprudentes são tipos abertos, vale citar o entendimento de Juarez Tavares, exposto em sua bela obra *Direito penal da negligência*:

a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo dos delitos culposos, isto é, da comprovação acerca da conduta perigosa, da lesão aos deveres de cuidado e da imputação, não significa um juízo positivo da ilicitude, mas exclusivamente uma tarefa relativa à confrontação entre tipo e normas permissivas, que figuram, desde logo, como elementos objetivos de valoração. Isto, evidentemente, não conduz à conclusão que se trate de tipos abertos, nos quais o julgador se encarregaria de complementá-los segundo seus próprios critérios. Trata-se de tipos fechados, nos quais há, primeiramente, uma previsão legal sobre a forma de sua realização, se dolosa ou culposa; depois, a verificação empírica de uma condição para a sua afirmação, resultante da análise das normas de cuidado e dos critérios normativos de imputação que delimitam a conduta perigosa.⁵¹

O núcleo do tipo de injusto do delito imprudente consiste pois, na divergência entre a ação realmente realizada e a que deveria ter sido realizada em virtude do dever de cuidado objetivo que era necessário observar.

O Direito Penal não só proíbe ações em que o fim pretendido pelo autor ou os efeitos concomitantes por ele admitidos coincidam com a realização dos elementos objetivos de um tipo de delito, senão também aquelas ações cuja finalidade é muitas vezes penalmente irrelevante, mas que são realizadas sem o cuidado necessário produzindo, por consequência, um resultado proibido.⁵²

Nos delitos imprudentes a desaprovação jurídica recai sobre a forma de realização da ação ou sobre os meios em que esta foi realizada.

⁵¹ TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**, p. 267/268.

⁵² MUNOZ CONDE, F. Obra citada, p.73.

Como primeira condição para a configuração dos delitos imprudentes, tem-se a tipicidade. Como já asseverado anteriormente, só é possível se falar em crime imprudente se houver previsão legal expressa para essa modalidade de ilícito. A regra contida no Código Penal (art. 18, II, § único) é a de que todo crime seja doloso, somente se falando em delito imprudente quando a lei penal expressamente fizer essa ressalva. O dolo é a regra; a imprudência, a exceção. Isto, porque de acordo com o princípio da intervenção mínima somente as infrações penais mais graves é que merecerão a atenção da lei penal. No crime de dano, por exemplo, o legislador somente cuidou de proibir, sob a ameaça de uma sanção, a conduta dolosa que viesse a destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia. Caso o agente destrua de forma imprudente coisa alheia, tal fato merecerá a atenção de outros ramos do Direito que não o Penal, uma vez que no art. 163 do CP não houve previsão para essa modalidade de conduta.⁵³

Outro elemento do crime imprudente a se analisar é a voluntariedade da prática da conduta, que pode ser comissiva ou omissiva. Isso porque, ao contrário do que se poderia vislumbrar em uma análise perfunctória do delito imprudente, a conduta do agente, assim como nos crimes dolosos, é sim dirigida a um fim, que não raro, é lícito. Contudo, como afirmado anteriormente, por um atuar imprudente ocorre um evento não desejado pelo sujeito ativo.

Heleno Cláudio Fragoso, com efeito, sintetiza o problema, afirmando que “nos crimes culposos também há ação dirigida finalisticamente a um resultado, que se situa, no entanto, fora do tipo”.⁵⁴

No mesmo sentido, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

o tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque na forma em que se obtém essa finalidade viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A

⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**: parte geral, p. 220.

⁵⁴ FRAGOSO, Heleno. Obra citada, p. 220.

circunstância de que o tipo não individualize a conduta culposa pela finalidade em si mesmo não significa que a conduta não tenha finalidade, o que parece terem entendido muitos autores.⁵⁵

O resultado integra o injusto imprudente. Este não tem existência real sem o resultado. A produção do resultado é o componente de azar dos delitos negligentes, porque só quando este ocorre há a caracterização do delito. Havendo a inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime. Assim, a norma de cuidado pode ser violada, a conduta pode ter sido temerária, mas por felicidade, pode não se configurar o crime, por lhe faltar o resultado que o tipifica.⁵⁶

Como bem assevera o eminente Luiz Alberto Machado:

Como condição objetiva de punibilidade do crime culposos, neste passo, só se pune a infração do dever de cautela quando o resultado configure morte, lesão corporal etc. A formulação do tipo objetivo culposos é inferência não expressa, supralegal, da parte geral do Código Penal. **O resultado natural, dano ou perigo de dano, obrigatoriamente existente para a punição da conduta culposa, é a condição objetiva de punibilidade.**⁵⁷ (grifo nosso)

Como exemplo, tem-se que para que haja a configuração do homicídio imprudente (artigo 121, § 3º do CP), deve haver a caracterização do resultado morte (dano). Já para a configuração dos crimes de perigo comum, em sua modalidade imprudente (por exemplo, artigos 252, § único e 251, §3º do CP), o perigo de dano como resultado é um dos elementos necessários para a configuração do tipo objetivo.

Outro elemento imprescindível para a configuração do delito imprudente é a previsibilidade objetiva, que é a capacidade de previsão do resultado danoso. Se tal evento não for previsível, a conduta não será valorada pelo direito.

Assim, além de haver um resultado, este deve ser objetivamente previsível. O aferimento da ação típica deve obedecer às condições concretas, existentes no momento do fato e da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio R; PIRANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, p. 509.

⁵⁶ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 107.

⁵⁷ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p. 104/105.

A previsibilidade objetiva se determina mediante um juízo levado a cabo colocando-se o observador na posição do autor no momento da ação, e levando em consideração as condições do caso concreto cognoscíveis por uma pessoa prudente, mais as conhecidas pelo autor e a experiência comum da época sobre os cursos causais.⁵⁸

Sendo, no entanto, imprevisível o resultado não haverá delito algum, pois se tratará do mero acaso, do caso fortuito, que constituem exatamente a negação da imprudência.

Uma arma municiada e destravada sendo limpa levemente por um indivíduo em local público pode obviamente ser deflagrada acidentalmente e ferir ou matar um transeunte. Depreende-se assim, do exemplo exposto, que o resultado lesão ou morte é objetivamente previsível, pois se deduz que tal conduta é potencialmente perigosa.

Além disso, deve o juiz verificar a previsibilidade subjetiva, esta analisada sob o prisma da culpabilidade e não mais da tipicidade. Nesse sentido, a reprovabilidade da conduta do sujeito estará condicionada à sua capacidade pessoal, as condições internas do indivíduo de prever um possível dano através de sua conduta.

Somando-se aos elementos já citados, deve haver nexos de causalidade entre o dever objetivo de cuidado infringido pela conduta imprudente do agente e o resultado objetivamente previsível atingido.

Assim, para a configuração do delito imprudente, a conduta leviana do agente deve ter sido a causa do resultado danoso, não sendo necessária somente a causalidade pura e simples entre o agir do indivíduo e a consequência não esperada. Como afirma Cezar Roberto Bitencourt: “quando observado o dever de cautelar, e ainda assim o resultado ocorrer, não se poderá falar em crime culposos. Atribuir-se, nessa hipótese, a

⁵⁸ BITENCOURT, C. R. Idem, p. 108.

responsabilidade ao agente cauteloso constituirá autêntica responsabilidade objetiva, pela ausência de nexos causal. A inevitabilidade do resultado exclui a própria tipicidade.”⁵⁹

A propósito, vale a pena transcrever o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que não consideram correta a terminologia relação de causalidade, preferindo denominar este elemento do crime imprudente como relação de determinação entre o descumprimento do dever de cuidado e a produção do resultado:

A relação de determinação não é, de modo algum, uma relação de causalidade. Há causalidade quando a conduta de dirigir um veículo causa a morte de alguém, haja ou não a violação do dever de cuidado. O que aqui se requer é que, numa conduta que tenha causado o resultado, e que seja violadora de um dever de cuidado, o resultado venha determinado pela violação do dever de cuidado. Para estabelecer essa relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a produção do resultado, deve-se recorrer a uma hipótese mental: devemos imaginar a conduta culposa no caso concreto e, se o resultado não tivesse sobrevivido, haverá uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e o resultado; ao contrário, se, ainda neste caso, resultado tivesse ocorrido, não existirá relação de determinação entre a violação do cuidado devido e o resultado.⁶⁰

Outrossim, como bem observa Rogério Greco, a tipicidade material também deverá ser analisada nos crimes imprudentes. Assim, o princípio da insignificância é perfeitamente aplicável ao delito imprudente. Exemplifica o citado autor, narrando a hipótese em que o agente esteja numa imensa fila de espera carregando uma pesada pasta e, ao ouvir seu nome ser convocado pelo auto-falante, venha a se movimentar de forma brusca e atinja uma pessoa, causando-lhe um pequeno arranhão de aproximadamente um centímetro de extensão. Apesar de haver nesse caso hipotético, uma conduta imprudente, um resultado naturalístico e um nexos de causalidade entre a conduta e esse resultado, o fato cometido é atípico, uma vez que não se vislumbra a presença da tipicidade material, necessária a caracterização de qualquer infração penal, tendo em vista que a agressão, por sua insignificância não chega a causar ofensa ao bem jurídico tutelado.⁶¹

⁵⁹ BITENCOURT, C. R. *Idem*, p. 107.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Obra citada*, p. 513.

⁶¹ GRECO, R. *Idem*, *ibidem*.

Conforme observam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, fica claro que a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limita. Consequentemente, afirmam os citados autores, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha sido afetado o bem jurídico tutelado.⁶²

O essencial no tipo de injusto imprudente não é a simples causação do resultado, mas sim a forma em que a ação causadora se realizou. Por isso, a inobservância do dever de cuidado objetivo, isto é, a falta de diligência devida, constitui o elemento fundamental do tipo de injusto imprudente, cuja análise constitui uma questão preliminar para a configuração dessa modalidade de ilícito.

A inobservância do cuidado objetivamente devido resulta da comparação da direção finalista real com a direção finalista exigida para evitar as lesões dos bens jurídicos. A infração desse dever de cuidado representa o injusto típico dos crimes imprudentes. No entanto, é indispensável investigar o que teria sido *in concreto*, para o agente, o dever de cuidado. E, como segunda indagação, se a ação do agente correspondeu a esse comportamento adequado exigível.

Conforme ensinamento do autor Muñoz Conde, o conceito de cuidado objetivo é um conceito objetivo e normativo:

É objetivo, porquanto não lhe interessa estabelecer qual o cuidado que no caso concreto o autor tomou ou podia tomar, de vez que esta seria uma questão de culpabilidade; interessa-lhe determinar qual o cuidado requerido na vida de relação social no tocante à sua realização. Isto pressupõe um juízo normativo que surge da comparação entre a conduta que um homem prudente e racional houvesse realizado na situação do autor e aquela conduta realmente por ele praticada.⁶³

E mais a frente aduz:

Se da comparação entre o dever de cuidado objetivo e a ação concretamente realizada resultar que a ação ficou aquém do que o cuidado exigia, se haverá lesado esse cuidado e a ação será

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 533.

⁶³ MUNOZ CONDE, F. Obra citada, p. 73.

típica para o efeito de constituir o tipo de injusto de um delito negligente. Se, pelo contrário, a ação realizada é conforme ao cuidado requerido, não será típica. O Direito Penal não pode obrigar ninguém a observar o cuidado mais além do que objetivamente era exigido no caso concreto a quem se encontrasse nessa situação. Só a lesão do dever de cuidado converte a ação em ação negligente.⁶⁴

Diante da importância do estudo do descumprimento do dever objetivo de cuidado, dentro da estrutura do tipo imprudente, torna-se necessário analisar mais detidamente este elemento.

4.2.1 DEVER OBJETIVO DE CUIDADO

Na inobservância do dever de cuidado, aparece o núcleo basilar de todo o arcabouço normativo do tipo objetivo imprudente, componente hoje amplamente reconhecido como prioritário e decisivo por maior parte da doutrina moderna.⁶⁵

Para a comprovação de que houve descumprimento ao dever objetivo de cuidado, exige-se a determinação de qual era o cuidado devido, para o que se deve recorrer à análise das regras de cuidado. As regras de cuidado, frequentemente, estarão estabelecidas na própria legislação, como ocorre com as atividades regulamentadas, servindo de exemplo o Código de Transito Brasileiro.

Em tais hipóteses, a violação dos preceitos regulamentares constitui indício grave da violação do dever de cuidado. Porém, como bem observa José Henrique Pierangeli, é de se ter em conta que uma infração administrativa não constitui um delito e que nem sempre a violação de uma norma administrativa significa violação de um dever de cuidado. E continua o autor, consignando que nenhuma regulamentação esgota todas as possibilidades possíveis de se violar o dever de cuidado. Assim, deve-se recorrer também

⁶⁴ MUNOZ CONDE, F. Idem, p.74.

⁶⁵ PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**, p. 38.

as normas sociais de conduta, onde se estabelece a adequação ou não da conduta às regras socialmente aceitas e adequadas.⁶⁶

Conforme bem sintetiza Juarez Cirino dos Santos:

A literatura jurídico-penal contemporânea trabalha, também, como dois critérios principais para definir imprudência: a) o critério fundado no conceito de dever de cuidado próprio da posição dominante desde WELZEL até JESCHECK/WEIGEND, que define imprudência como lesão do dever de cuidado objetivo; b) o critério fundado no conceito de risco permitido, relacionado à teoria da elevação do risco desenvolvida por ROXIN, que define imprudência como criação ou realização de risco não permitido. As abordagens do fenômeno da imprudência promovidas por esses critérios são complementares e, por isso, a divergência é mais aparente do que real: o conceito de dever de cuidado define imprudência do ponto de vista do autor individual e indica a atitude exigida para situar a conduta nos limites do risco permitido; o conceito de risco permitido define imprudência do ponto de vista do ordenamento jurídico e indica os limites objetivos que condicionam o dever de cuidado do autor individual. Assim, pode-se dizer que o risco permitido, definido pelo ordenamento jurídico, constitui a moldura típica primária de adequação do dever de cuidado, de modo que a lesão do dever de cuidado sempre aparece sob a forma de criação ou de realização do risco permitido. Como se vê esses critérios não se excluem, mas se integram em uma unidade superior, e sua utilização combinada parece contribuir para melhor compreensão do conceito de imprudência.⁶⁷

No mesmo sentido, entende o autor português Jorge de Figueiredo Dias:

Julgamos dever em princípio reconhecer-se que, de um ponto de vista prático-normativo, as duas formulações são equivalentes. Ao menos no sentido de que, sempre que o agente, com o seu comportamento, não tenha criado um perigo não permitido, também aí não será possível divisar a violação de qualquer dever objectivo de cuidado e, inversamente, sempre que o agente crie com a sua conduta um perigo não permitido, tanto parece bastar para que possa comprovar-se a violação do cuidado objectivamente devido. (...)

Sempre se dirá, em todo caso, que a fórmula da violação do cuidado objectivamente imposto terá sobre a da criação de um risco não permitido a vantagem de dar logo claramente a entender que também nos delitos negligentes o tipo de ilícito encerra um indiscutível desvalor da acção e se não esgota no (ou não equivale completamente ao) problema da imputação objectiva do resultado à conduta.⁶⁸

E o citado autor conceitua a violação do dever objetivo de cuidado, como a ofensa às exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito

⁶⁶ PIERANGELI, J. H. Idem, *ibidem*.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p. 100.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I questões fundamentais – a doutrina geral do crime, p. 638/639.

requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objetivo de ilícito.⁶⁹

Para a caracterização da inobservância do dever de cuidado objetivo, vários critérios são utilizados, tais como o modelo do homem prudente, a análise do descumprimento das normas regulamentares, o princípio da confiança, as normas jurídicas de tráfego e de comportamento.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o homem prudente é capaz de reconhecer e avaliar situações de perigo para bens jurídicos protegidos, mediante observação das condições da realização da ação e reflexão sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo. Observa ainda o autor que o problema principal reside na dificuldade de definir o modelo adequado, em geral influenciado pelas experiências e distorções do intérprete e, assim, evitar exigências excessivas, porque ações socialmente perigosas são normais dentro de determinados limites e, portanto, lesões do dever de cuidado somente são admissíveis em hipóteses de excedência do risco permitido.⁷⁰

A violação das normas jurídicas de comportamento constitui indício de uma contrariedade ao cuidado objetivamente devido, mas não pode em caso algum fundamentá-la definitivamente: quando o perigo típico de um comportamento pressuposto pela norma jurídica falte excepcionalmente, em virtude da especial configuração do caso concreto não pode um tal comportamento ser considerado como contrário ao cuidado objetivamente devido.⁷¹

As normas corporativas e de tráfego são normas escritas de comportamento fixadas ou aceitas por certos círculos profissionais, destinando-se a conformar as

⁶⁹ DIAS, J. de F. *Idem*, p. 641.

⁷⁰ SANTOS, J. C. dos. *Obra citada*, p. 103.

⁷¹ DIAS, J. de F. *Obra citada*, p. 642.

respectivas dentro de padrões de qualidade e, nomeadamente a evitar a concretização de perigos para bens jurídicos de que de tais atividades pode resultar.⁷²

Já o princípio da confiança significa a expectativa, por quem se conduz nos limites do risco permitido, de comportamentos alheios adequados ao cuidado objetivo, exceto indicações concretas em contrário.⁷³ Assim, desenvolve-se de acordo com o dever de cuidado a conduta daquele que, em qualquer atividade compartilhada, mantém a confiança que o outro se comportará conforme ao dever de cuidado, enquanto não tenha razão suficiente para dúvidas ou para acreditar no contrário.

4.2.2 TIPO SUBJETIVO NO CRIME IMPRUDENTE

Alguns autores, consideram que o injusto imprudente tem uma estrutura completamente diferente do injusto doloso, não contendo o chamado tipo subjetivo, em razão da natureza normativa do elemento imprudência.⁷⁴ Já para outros, como Juarez Cirino dos Santos: “uma estrutura de tipo objetivo e tipo subjetivo nos crimes de imprudência, homogênea à estrutura dos crimes dolosos, é admissível na imprudência consciente, mas é objeto de controvérsia na imprudência inconsciente.”⁷⁵ E prossegue o citado autor:

A imprudência consciente possui um tipo objetivo constituído pela causação e pela imputação do resultado, e um tipo subjetivo integrado pela representação das circunstâncias de fato e pela previsão do resultado, no nível intelectual, e pela confiança na ausência do resultado, no nível emocional – a contrapartida típica em relação ao dolo eventual. A imprudência inconsciente possui idêntico tipo objetivo, mas a questão do tipo subjetivo é controvertida: a opinião majoritária nega a existência de tipo subjetivo, pela ausência de representação do tipo objetivo; um segmento minoritário afirma a existência de tipo subjetivo, consistente na previsibilidade de realização do tipo objetivo, ou no reconhecimento dos fatores formadores do risco – nunca das circunstâncias de fato do tipo objetivo. A crítica argumenta que o conhecimento dos fatores fundamentadores do risco pode ser frequente, mas não necessário, como nos casos comuns de

⁷² DIAS, J. de F. Idem, p. 643.

⁷³ SANTOS, J. C. dos. Obra citada, p. 105.

⁷⁴ BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 106. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, p. 380.

⁷⁵ SANTOS, J. C. dos. Obra citada, p. 122.

inconsciência do excesso de velocidade ou da invasão de sinal vermelho, além das hipóteses de simples esquecimento. Contudo, a inconsciência ou o esquecimento de ações socialmente perigosas são atos psíquicos que configuram uma atitude subjetiva em face da possibilidade representável – mas não representada – de lesão de bens jurídicos; essa atitude subjetiva constitui um estado psíquico necessariamente diferente da disposição psicológica e emocional do dolo e da imprudência consciente, mas suscetível de ser definido como tipo subjetivo da imprudência inconsciente.⁷⁶

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o tipo subjetivo dos delitos imprudentes integra-se em um aspecto volitivo e um aspecto intelectual ou cognoscitivo. O aspecto volitivo é a vontade de realizar a conduta final de que se trate com os meios escolhidos. Já o aspecto cognoscitivo ou intelectual da imprudência é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria para os bens jurídicos alheios, e de prever a possibilidade do resultado em conformidade com este conhecimento. Este aspecto é a previsibilidade.⁷⁷

Tratando do aspecto subjetivo do delito imprudente, torna-se primordial enfrentar a questão da distinção entre imprudência consciente e imprudência inconsciente, haja vista que a representação da ocorrência da lesão objetiva ao dever de cuidado obviamente faz parte do tipo subjetivo do delito imprudente.

Assim, a previsibilidade é um dos elementos do crime imprudente. Quando o agente deixa de prever o resultado que lhe era previsível, fala-se em imprudência inconsciente ou imprudência comum. Imprudência consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia em sua não ocorrência.⁷⁸

A imprudência inconsciente distingue-se da consciente justamente no que diz respeito à previsão do resultado, naquela, o resultado embora previsível, não foi previsto pelo agente; nesta, o resultado é previsto, mas o agente confiando em si mesmo, nas suas

⁷⁶ SANTOS, J. C. dos. *Idem*, *ibidem*.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Obra citada*, p. 515.

⁷⁸ GRECO, Rogério. *Obra citada*, p. 223.

habilidades pessoais, acredita sinceramente que este não venha a ocorrer. A imprudência inconsciente é a imprudência sem previsão, já a imprudência consciente é a imprudência com previsão. Em ambas as hipóteses, ressalta-se deve haver a presença da previsibilidade objetiva, já citada supra, elemento indispensável para a configuração do tipo do injusto imprudente.

Cabe aqui fazer a distinção entre a imprudência consciente e o dolo eventual. Neste o sujeito prevê a ocorrência do resultado danoso e aceita a realização do mesmo. Já na imprudência consciente o agente mesmo prevendo a ocorrência, acredita que o resultado não se consumará.

Na definição de Zaffaroni:

chama-se culpa com representação, ou culpa consciente, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora a tenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evitá-lo ou simplesmente ele não ocorrerá. Este é o limite entre a culpa consciente e o dolo eventual. Aqui há um conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos, que não se deve confundir com a aceitação da possibilidade da produção do resultado, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual. Na culpa com representação a única coisa que se conhece efetivamente é o perigo.⁷⁹

E em outra passagem de sua obra, novamente bem observa o citado autor:

O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*.⁸⁰

Tomando como exemplo a conduta de quem conduz um veículo automotor com excesso de velocidade, por uma rua percorrida por crianças que saem da escola, o agente pode não representar a possibilidade de atropelar algum infante, caso em que haverá imprudência inconsciente; pode representar a possibilidade lesiva, mas confiar que a

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 517.

⁸⁰ ZAFFARONI, E. R. Idem, p. 499.

evitará, caso em que haverá imprudência consciente. Por outro lado, se, ao representar para si a possibilidade do resultado, aceita a sua ocorrência (“pouco me importa”), o caso seria de dolo eventual.⁸¹

5 – ERRO MÉDICO E O DIREITO PENAL

A responsabilidade profissional do médico nada mais é do que um caso particular dentro das regras gerais de responsabilidade, seja na área cível ou criminal, que têm como destinatário qualquer pessoa.

Assim, do mesmo modo que a responsabilidade imprudente *lato sensu* se configura, a responsabilidade penal dos profissionais da medicina pelos erros cometidos no exercício da função necessita dos requisitos acima elencados: a) inobservância do dever objetivo de cuidado; b) produção de um resultado – ofensa a um bem jurídico tutelado pela norma penal; c) nexo de causalidade (ou nexo de determinação como prefere denominar Zaffaroni) entre a conduta imprudente e o resultado atingido; d) previsibilidade do evento danoso; e) tipicidade da conduta imprudente, ou seja, deve haver previsão legal abarcando o tipo penal em sua modalidade imprudente.

Entende-se que a conduta imprudente do médico que preencha os requisitos acima descritos pode ser denominada de erro médico.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 29, define o erro médico “como a prática de ato profissional danoso que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência”. Analisando o citado código, é possível identificar proibições que fornecem elementos a serem agregados ao conceito de erro médico, como por exemplo, ao médico é proibido deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente (art. 57).

⁸¹ ZAFFARONI, E. R. *Idem*, p. 517.

Na definição de Irany Novah Moraes, a responsabilidade médica se configura com “a ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente. Somente lhe pode ser imputado o erro se for comprovado o nexo de causa e efeito entre a falha do médico e o mau resultado para o doente (...) o Erro médico foge do confronto com o acerto para se apoiar exclusivamente no fator responsabilidade por ação ou omissão. O problema é abrangente, pois não se restringe apenas ao médico mas envolve toda a equipe médica e atinge também o hospital.”⁸²

A peculiaridade da responsabilidade médica é que o exercício dessa arte não pode ser enquadrado num regulamento; o médico deve gozar de uma razoável autonomia. Evidentemente não deve ele desprezar, por comodismo ou teimosia, aqueles ensinamentos e aquelas práticas que estão assentadas na ciência médica.

Conquanto, seja reconhecida como legítima a mais ampla liberdade do médico em assuntos de diagnóstico e terapêutica, há certos ensinamentos que constituem a bagagem intelectual de qualquer profissional de medicina e não podem ser desprezados sem o risco de se agir de forma imprudente.

Para avaliar a culpa do médico é necessário ter em conta as circunstâncias em que o profissional agiu e isso só é plenamente cabível com o exame do fato concreto e pela pesquisa de seus pormenores.

Sobre este tema afirma Edmundo Oliveira que:

A culpa do médico deve ser olhada com largueza de vistas; em medicina não existem métodos obrigatórios de exame e de tratamento. Deve reconhecer-se ao profissional certa discricção que lhe permita agir conforme as circunstâncias. Essas, aliás, podem apresentar-se de improviso e exigir solução imediata. Nessas condições, o médico deve poder agir segundo as regras de experiência, aceitas como idôneas, para a consecução do fim almejado. Na escolha do caminho a seguir é que o médico vai revelar sua prudência, perícia e sua diligência. Deve ele fazer o que a experiência recomenda e evitar o que ela desaconselha.⁸³

⁸² MORAES, Irany Novah. **Erro médico**, p. 35.

⁸³ OLIVEIRA, Edmundo. Obra citada, p. 68.

Para a caracterização da responsabilidade penal derivada de erros médicos, impõe-se a análise da questão já enfrentada da inobservância do dever objetivo de cuidado, só que agora sob o prisma da responsabilização médica, o que traz à luz o exame o tema da *lex artis*, bem como das regras procedimentais/regulamentares da medicina.

5.1. DESCUMPRIMENTO DA *LEX ARTIS*

A *lex artis*, ou seja, as regras que, em consonância com o estágio do saber atual de determinada ciência, marcam as pautas dentro das quais os profissionais exercerão suas atividades, serve de parâmetro não só para a verificação da imprudência no caso concreto (correção da escolha do meio mais adequado para atingimento do fim perseguido + perquirição da previsibilidade do evento danoso), mas também para exame de outros elementos formais do crime, como por exemplo, se o agente agiu no exercício regular de um direito (o que exclui a ilicitude, apesar do dano; onde “regular” = “conforme a *lex artis*”).

A rigor, toda intervenção cirúrgica importa em lesão corporal. Mas tal lesão não será ilícita se praticada pelo profissional no exercício regular do direito de exercer a medicina. Ao contrário, caracterizada estará a ilicitude se a lesão não estiver abrangida nos casos aconselhados pela arte médica.

Vê-se que a exclusão da responsabilidade penal do médico que age seguindo os comandos da *lex artis*, a princípio, não enseja dúvidas. Consigne-se, todavia, que o exercício da medicina conforme a *lex artis* exclui, em tese, tão somente a imperícia, sendo possível a responsabilização decorrente da caracterização de condutas imprudentes ou negligentes do médico, não ligadas diretamente à perícia profissional.

Discute-se, outrossim, a relevância penal do descumprimento pelo médico das normas regulamentares que regem a profissão. O descumprimento de regulamentos, por si só, autoriza a imputação da responsabilidade penal?

Entende-se que, tanto no que se refere ao descumprimento da *lex artis*, quanto à inobservância de regulamentos (incluídas aí as normas do Código de Ética Médica), apesar de ser indicativo de uma conduta ilícita, não enseja responsabilidade criminal, se não ficar devidamente comprovado o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o resultado lesivo. Assim, não basta invocar descumprimento de disposição regulamentar para extrair presunção de culpa. Deve haver prova: 1. De que o réu agiu de forma imprudente; 2. De que a conduta do médico causou o resultado danoso.

O mero descumprimento de normas regulamentares que regem a medicina não autoriza presunção de responsabilidade por evento danoso provocado pela conduta médica.

Neste sentido, proveitoso esposar o entendimento do professor Juarez Tavares: “A infração à norma regulamentar constitui apenas indício de prova da lesão ao dever de cuidado imposto pela norma penal. O importante é, assim, o que deveria ser concretamente realizado para se evitar o perigo e não a infração abstrata de norma de trânsito ou de regulamento destinado a traçar regras técnicas de profissão, arte ou ofício.”⁸⁴

As condutas vedadas pelo Código de Ética Médica (artigos 29 até 130) quando praticadas pelo profissional de medicina constituem então indícios da inobservância do dever objetivo de cuidado, o que pode acarretar a prática de crime imprudente pelo médico.

Exemplificando o acima exposto, segundo o Código de Ética Médica é vedado ao médico prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente,

⁸⁴ TAVARES, Juarez. Obra citada, p. 292.

salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de fazê-lo imediatamente cessado o impedimento (art. 62), bem como executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente (art. 129).

Entretanto, deve-se observar o ensinamento de Juarez Tavares de que convém sempre alertar que essas regras estão todas subordinadas a um princípio geral, expresso pelo art. 2º do Código de Ética Médica que diz, *in verbis*:

Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Quer dizer que todas as limitações impostas pelos regulamentos médicos, devem ter em vista que o emprego de qualquer terapia, mesmo que constitua uma infração a normas regulamentares, deve ser admitido uma vez que essa forma de terapia seja necessária ou a única possível para salvar a vida do paciente.⁸⁵

Em outras palavras, no caso de iminente risco de morte, com o escopo de salvar a vida do paciente, é aceitável que o médico utilize terapia de risco, descumprindo as regras de procedimento normalmente impostas como básicas na medicina, ou seja, descumprindo normas regulamentares, bem como a *lex artis*.

5.2 IDENTIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

Para que seja possível caracterizar a ocorrência de erro médico, gerando a responsabilidade civil, penal ou administrativa do profissional da medicina, é necessário comprovar a presença de alguns elementos, bem como analisar suas circunstâncias.

Sucintamente, seriam esses os elementos exigidos:

⁸⁵ TAVARES, J. Idem, p. 323.

a) AGENTE – que no caso é o médico. Deve ser profissional legalmente habilitado, inscrito no Conselho Regional de Medicina. Os profissionais que exercem ilegalmente a medicina (curandeiros e charlatões) além de responderem pelos danos que causarem com suas condutas, responderão por crimes específicos (art. 283 e 284 do CP).

b) CONDUTA- é a manifestação, exteriorização da vontade. A conduta pode ser comissiva (comportamento positivo, ação) ou omissiva (comportamento negativo, abstenção, omissão). A conduta médica deve ser lícita, sob pena de não caracterizar o erro médico, haja vista se havia intenção ilícita do agente (dolo direto) ou este assumiu o risco da produção do resultado (dolo eventual), não há conduta imprudente, nem erro médico pelo conceito adotado.

c) IMPRUDÊNCIA- este elemento já delineado linhas acima, no estudo dos requisitos para a configuração do crime imprudente, ganha ares peculiares no caso de erro médico e, esta peculiaridade já foi enfrentada na análise da inobservância dos regulamentos e da *lex artis* por parte do profissional da medicina. Assim, a inobservância ao dever de cuidado objetivo deve restar configurada, bem como os demais requisitos já analisados no ponto 4.2 do presente trabalho.

d) RESULTADO – para fins de responsabilização por erro médico, o resultado deve ser danoso, causando um prejuízo, uma lesão, o agravamento de uma doença, o óbito do paciente, em outras palavras, deve haver como resultado a ofensa a um bem jurídico tutelado pela lei penal, causada por uma conduta imprudente do médico, desbocando em um resultado previsível, haja vista que os resultados decorrentes de força maior ou caso fortuito não podem ser imputados ao profissional da medicina.

e) NEXO DE CAUSALIDADE – é a relação de causa e efeito entre o ato e o dano. Para a configuração do delito imprudente, a conduta leviana do agente deve ter sido a causa do resultado danoso, não sendo necessária somente, a causalidade pura e simples entre o agir do indivíduo e a consequência não esperada.

5.2.1 O MÉDICO COMO AGENTE DO CRIME IMPRUDENTE

O especial interesse que surge no estudo da responsabilidade penal médica se deve ao fato de ser esta profissão de importância única para os indivíduos, que não raro, confiam ao médico sua vida, tornando-o pessoa com idoneidade quase que inquestionável.

Contudo, a conduta irresponsável do médico, deve ser responsabilizada no aspecto cível, criminal e deontológico.

Sem embargo da necessidade de haver um certo controle sobre os profissionais da medicina imprudentes, é certo que a possibilidade de recomposição civil dos danos e a repressão penal não podem tolher o avanço da ciência médica e nem coibir os médicos a adotar técnicas inteiramente novas com o escopo de salvar vidas humanas. Sendo assim, deve ser garantida a atividade médica um certo grau de liberdade, não podendo se chegar ao radicalismo de se tentar responsabilizar o profissional sempre que de sua atuação resulte danos ao paciente.

Com as crescentes demandas judiciais contra os profissionais da medicina, observa-se que a antiga relação existente entre médico e o paciente, já não é mais a mesma. Tempos atrás, o médico tratava toda uma família em sua própria residência, tornando quase íntima a convivência. Dessa relação pessoal com o paciente, sendo o facultativo um verdadeiro “médico de família”, advinha a crença de que este nunca errava, sendo um profissional cuja atuação não era passível de dúvidas, especificamente quanto a sua competência e à qualidade dos meios empregados.

Hodiernamente, a relação médico-paciente é marcada pela contratualidade e está sujeita, não se diferenciando dos demais profissionais liberais, ao Código de Defesa do Consumidor.

O relacionamento do médico com o paciente, dessa forma, é muito mais impessoal, mormente diante do fato de que a população está cada vez mais ciente da possibilidade de erro por parte dos médicos e dos seus direitos resultantes das lesões causadas pelos maus profissionais.

Entretanto, consigne-se que a mutação na natureza e na estrutura da relação entre médico e paciente, de relação pessoal para relação contratual, não tem o condão de fazer com que se pense na responsabilização objetiva destes profissionais. Em outras palavras, é imprescindível que os demais elementos para a caracterização da responsabilidade médica estejam presentes, não sendo suficiente a ocorrência do dano para a responsabilização do profissional da medicina. Ainda mais se pensarmos na seara penal, que exige especificamente a ofensa a um bem jurídico tutelado expressamente por uma lei penal, além dos demais elementos exigidos para a configuração da imprudência ou do dolo do médico, exigindo-se ademais, que a conduta dolosa ou imprudente seja culpável.

Fato é que a medicina não é uma ciência exata, é uma arte, e como tal sua avaliação é subjetiva. As decisões médicas baseiam-se em probabilidades, as quais são, ao mesmo tempo, necessárias e perigosas.

Há situações entretanto, que o erro grosseiro é facilmente desvendado (ex: uso de medicamento impróprio, aplicação de tratamento notoriamente condenado ou esquecimento de pinça no abdômen do paciente durante ato cirúrgico).

Em outras hipóteses, é demandado do intérprete o conhecimento de sutis aspectos técnicos ou procedimentais.

Conforme bem aduz José D`Amico Bauab, o médico insere-se nos três setores básicos de qualquer hospital: o de pronto atendimento, o de internamento e o de atendimento ambulatorial.⁸⁶

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**, p. 88.

No setor de pronto atendimento (ou pronto-socorro), o facultativo canaliza seus esforços no sentido de prestar os primeiros cuidados clínicos. Se o indivíduo tiver dado entrada em estado de risco iminente de vida (melhor dizer risco iminente de morte), importará apenas a manutenção ou o restabelecimento de seus sinais vitais. Para tanto, como bem assevera novamente José D`Amico Bauab⁸⁷, há certas medidas que todo médico tem de saber aplicar, tais como:

a) proteção das vias aéreas (efetuando-se, em casos agudos, a desobstrução da traquéia);

b) ressuscitação de urgência através da respiração boca a boca ou da sístole cardíaca manual externa (massagem realizada no tórax da pessoa vitimada), ou através da utilização de desfibrilador;

c) combate a hemorragias graves por meio de torniquetes ou compressões;

d) rápida avaliação da extensão das lesões para logo iniciar o tratamento.

O setor de internamento comporta uma subdivisão: a unidade de terapia intensiva, em que se colocam os pacientes em estado grave ou egressos de cirurgia que lhes debilitou fortemente o organismo; a ala de enfermagem, onde se concentram os casos de internamento de pequeno risco e os de fácil convalescença; e a sala cirúrgica.

Já o setor ambulatorial é utilizado basicamente para a realização de consultas regulares e exames rotineiros.

A respeito das formas de atuar do profissional da medicina, mais uma vez cabe aqui citar o ensinamento de José D`Amico Bauab, que afirma que as principais formas de atuação do profissional da medicina poderiam ser intituladas como: a) consulta; b) tratamento; c) operação; e finalmente, e não menos importante, d) internação e manutenção do paciente no hospital.

⁸⁷ BITTAR, C. A. Idem, p. 89.

O relacionamento profissional entre o médico e seu paciente⁸⁸ inaugura-se através da consulta, cujo fito essencial é a apuração de eventuais sintomas (evidências de distúrbio fisiológico na pessoa que se examina) para obter-se um diagnóstico (determinação da doença pelos sintomas) e um prognóstico (juízo médico acerca da evolução da doença) precisos, e estabelecer-se, por conseguinte, qual a melhor terapêutica a ser adotada.

Na consulta, insere-se, se necessário para o convencimento do médico, a requisição de exames subsidiários ou complementares, tais como: exames radiológicos, ultra-sonografia, raio-X, ressonância magnética e endoscopia, entre tantos outros exames disponíveis no atual mundo da era tecnológica em que vivemos.

Fixado o diagnóstico e previsto o prognóstico, estabelece-se o tratamento a ser ministrado ao doente. A terapêutica prescrita, nas palavras de José D'Amico Bauab “é o caminho a ser palmilhado pelo paciente para debelar o mal que o atormenta.”⁸⁹

A prática cirúrgica é certamente o procedimento que mais coloca à prova toda a capacidade técnica do médico, bem como o seu poder de decisão.

Toda cirurgia é uma agressão com conseqüências físicas e psíquicas. Daí sua divisão em três fases distintas, mas intimamente conexas: a pré-operatória, a operatória e a pós-operatória.

O ato cirúrgico, sem dúvida, é uma das atividades médicas de maior risco, devendo o profissional da medicina agir com prudência, bem como a sua equipe, além de ser dotado dos conhecimentos técnicos suficientes para conduzir de maneira acertada a intervenção cirúrgica.

Como ressalta Jorge Henrique Schaefer Martins o médico, com exceção das cirurgias plásticas de ordem estética, não está obrigado a obter o resultado esperado, a sua

⁸⁸ Que, como já vimos, antigamente consistia numa relação de cunho pessoal, ao qual passou a hodiernamente consistir numa relação meramente contratual e impessoal.

⁸⁹ BITTAR, C. A. (coord.). Obra citada, p 91.

obrigação é de se valer de todos os meios e técnicas de que dispõe para a obtenção do resultado (cura do doente), não se cogitando em responsabilidade contratual e/ou penal no caso do facultativo ter cumprido com sua obrigação.⁹⁰ Tal afirmação leva à ilação de que a obrigação do profissional da medicina é de ser prudente, diligente e perito, como bem expõe a jurisprudência nacional:

Não há obrigação por risco profissional, pois os serviços prestados são de meios e não de resultado. A responsabilidade civil do médico é idêntica a dos outros profissionais, já que sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. A vida e a saúde humanas são ditadas por conceitos não exatos.

A responsabilidade dos médicos é contratual, mas baseada fundamentalmente na culpa. A obrigação assumida não é de resultado, mas de meios, ou de prudência e diligência.⁹¹

Fabrcio Zamprogna Matielo esclarece o significado da obrigação de meios, a qual está vinculado o facultativo:

Obrigação de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos. O médico não fica adstrito a um resultado final, mas tem de envidar todos os esforços e utilizar-se dos aparatos técnicos que estiverem razoavelmente ao seu alcance. A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado, mesmo porque a reação dos pacientes é particular ante tratamentos estritamente iguais; o que para um representa a cura, para outro nada resolve. Isso é fruto das diferenças orgânicas e funcionais, variáveis entre indivíduos que, aparentemente, portam mal idêntico; porém, uma vez ministrado o tratamento, podem tanto chegar à cura como falecer, ou ainda manter o quadro inicial.

A existência de obrigação de meios é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional da saúde, pois se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubada até mesmo a teoria da contratualidade das relações médico/paciente, haja vista o fato de que muitas doenças são ainda incuráveis e todo esforço contra elas despendido nada mais será do que a tentativa de minimizar o sofrimento e melhorar a qualidade durante o tempo de vida que resta.⁹²

Em suma, entende o citado autor que o objeto do contrato médico é a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico; mantendo-se dentro dos parâmetros apontados

⁹⁰ MARTINS, Jorge H. S. **A responsabilidade penal por erro médico**. Revista jurídica da FURB, Blumenau, n. 3, p. 55, junho 1998, p. 14.

⁹¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara Cível, Embargos infringentes RJTJSP, 68/227.

⁹² MATIELO, Fabrcio Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**, p. 53.

pela ciência, em consonância com o estágio de desenvolvimento da mesma à época da prestação do serviço.⁹³

5.2.2 IMPRUDÊNCIA MÉDICA

Como asseverado a obrigação do médico é de utilizar todos os meios que dispõe em busca da cura de seu paciente.

Conforme estipula o artigo 1º do Código de Ética Médica: “a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza”.

No artigo 2º do citado código, tem-se que o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

O profissional da medicina que desempenha suas funções observando o disposto no Código de Ética⁹⁴, bem como as demais regras que norteiam o bom exercício de sua profissão, agindo com prudência e utilizando todos os meios que dispõe para a cura de seu paciente, sob a ótica do direito penal, *a priori*, não violará com suas atitudes, o dever objetivo de cuidado, pressuposto para a configuração de qualquer ilícito em sua modalidade imprudente por parte do médico.

Assim, o médico que se empenha no seu atuar, e age com cautela e conforme a *lex artis*, a princípio, não será responsabilizado por qualquer dano que vier a ocorrer com seu paciente no curso do tratamento.

⁹³ MATIELO, F. Z. Idem, *ibidem*.

⁹⁴ O artigo 21 do Código de Ética Médica estipula que é direito de todo médico, indicar livremente o procedimento adequado ao paciente, observando-se todavia, as práticas reconhecidamente aceitas em sua arte, bem como respeitando as normas legais vigentes no País.

Ademais, o juízo de valoração sobre qualquer ação ou procedimento executado pelo facultativo, a fim de testificar-se a sua respectiva responsabilização, deve estar fundamentado nos avanços cada vez mais céleres da Medicina. Destes avanços exurgirão os princípios técnicos ou científicos cuja observância assume caráter impositivo na prática médica.

Na avaliação da imprudência, qualquer enfoque radical há de ser preterido. Assim, não se permite afirmar que somente o dano proveniente de erro grosseiro e inescusável enseja a caracterização da responsabilidade médica, como também não se pode exigir do magistrado que ausculte qual a melhor opção médica para este ou aquele problema que se lhe apresenta, quando houver divergência até mesmo entre os estudiosos da área. Compete-lhe, sim, verificar se o profissional da medicina agiu dentro do procedimento comum e tomou as cautelas devidas, se mantendo atualizado cientificamente (o aprimoramento científico, aliás, é dever imposto pelo Código de Ética Médica, em seu artigo 5º) e, tendo no caso concreto, utilizado todos os meios que dispunha em busca do melhor resultado para seu paciente⁹⁵.

Como bem assevera José D`Amico Bauab:

Hodiernamente, o médico já pode desfrutar dos benefícios que a tecnologia lhe oferece, como a utilização de aparelhos computadorizados de alta precisão. Com o passar dos anos, é muito provável que os procedimentos que hoje são aplicados se tornem obsoletos. Mas enquanto a máquina não vier a substituir o médico no poder de decidir sobre a saúde do paciente, a análise dos múltiplos aspectos de sua responsabilização persistirá no âmago de nossas preocupações ético-jurídicas.⁹⁶

De forma antípoda ao que o senso comum pode levar a pensar, nem sempre a conduta errônea do profissional da medicina deve ser penalmente responsabilizada.

⁹⁵ Como já asseverado neste trabalho, excetuando o caso da cirurgia de ordem estética, a atividade exercida pelo médico é de meio e não de resultado, assim a cura do paciente, como resultado, não é a obrigação do médico, sua obrigação é se esforçar, empenhar todos seus esforços em busca dessa cura, mas no caso desta não ser alcançada, não há automaticamente, ou em termos objetivos, a caracterização de erro médico, culpa ou responsabilidade médica.

⁹⁶ BITTAR, C. R. (coord.). Obra citada, p. 105.

Genival Veloso de França comunga desta idéia, adotando como exemplo o erro de diagnóstico, uma vez que a complexidade de cada individuo não permite a adoção do mesmo tratamento para todos – ainda mais diante da variedade de enfermidades com sintomas extremamente semelhantes e da natural falibilidade do homem – o que torna a responsabilização do médico, devido ao equívoco de diagnóstico, prejudicada, embora não impossível.⁹⁷

Erro de diagnóstico, nas palavras de Miguel Kfoury Neto: “Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso”.⁹⁸

Além da conhecida falibilidade do homem, outros fatores tais como a própria limitação da ciência médica em face de certas doenças, bem como a omissão do paciente em fornecer informações para a obtenção do correto tratamento, contribuem para a configuração do chamado erro de diagnóstico.

De mais a mais, o que deve ser aferido na avaliação da efetiva ocorrência de crime imprudente praticado pelo médico é o mesmo o que é feito na análise do delito imprudente praticado por qualquer pessoa: a presença ou não, na conduta examinada, do cuidado exigível a todos na vida em relação. Portanto, o juiz deverá verificar se, nas mesmas condições a que se submeteu o médico acusado, o profissional médico, prudente, estaria sujeito a semelhante erro de diagnóstico, tendo em vista a complexidade do corpo humano e as próprias limitações da ciência médica.

Por outro lado, torna-se dispicienda tal avaliação se o erro cometido pelo médico é grosseiro, crasso.

Nessa linha, o julgador deverá verificar se o médico efetivamente se utilizou de todos os meios de que dispunha, ou seja, realizou todas as avaliações que estavam a seu

⁹⁷ FRANÇA, Genival Veloso. Obra citada, p. 6.

⁹⁸ KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 90.

alcance para a correta emissão do juízo acerca da moléstia que acometia o paciente. Obviamente, se ficar claro que, mesmo dispondo de todos os equipamentos necessários para a descoberta daquela doença em particular, o médico se mostrou desidioso, acabando por adotar uma linha de tratamento errônea em razão disso, com a conseqüente lesão à vítima, o profissional deverá sofrer as sanções previstas na legislação criminal, sem embargo da necessidade de reparar o dano ao paciente (indenização na esfera cível).

Sobre o tema, aliás, já se decidiu:

HOMICÍDIO CULPOSO - Responsabilidade penal - Erro de diagnóstico e terapia - Omissão de procedimentos recomendados ante os sintomas exibidos pelo paciente - Responsabilidade médica caracterizada - Condenação mantida - Inteligência do art. 13, § 2º, do CP. Ementa Oficial : 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, b, do CP e só pode ser excluído da cadeia causal se houver prova plena de que não comprometeu as chances de vida e integridade da vítima." (TARS - 3ª Câ.m.Crim. - Ap. 293.102.406 - j. 17/8/93 - Rel. Juiz FERNANDO MOTTOLA).

Apropriada à espécie a lição da doutrina especializada:

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos ou laboratoriais - tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais - bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.⁹⁹

Vale consignar que deve ficar plenamente caracterizado o erro por parte do médico. Na dúvida, absolve-se, aplicando o princípio e postulado básico do direito penal, inserido num Estado Democrático de Direito, qual seja, o *in dubio pro reo* (art. 386, VI do CPP). Neste sentido, vale transcrever o seguinte julgado:

Penal - Homicídio qualificado - Erro médico - Negligência/imperícia - Existência de dúvida - Absolvição. - Havendo dúvida sobre o quadro clínico da vítima, sobre os sintomas evidentes do paciente - com apalpação para verificação da apendicite aguda -, transparecendo adequados os procedimentos médicos tomados, sem a realização de ato cirúrgico imediato, não se detectando omissão dos acusados, nem diagnóstico efetivamente equivocado, quando muito evidenciado o "erro honesto", não resta configurada concretamente a negligência ou imperícia médica, tendo

⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 91.

procedência o decreto absolutório. (TA/MG-2ª Câm. Crim., processo nº 2.0000.00.275781-5/000(1)- j. 03/02/2000, Relator: Erony da Silva).

Assume papel vital no reconhecimento da responsabilidade criminal dos médicos, o conjunto probatório formador do convencimento do magistrado acerca da efetiva ocorrência dos fatos trazidos à Juízo, bem como da existência ou não do nexo de causalidade entre a conduta imprudente e o resultado lesivo.

Prova, segundo Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha, “é o conjunto dos elementos e fatos apurados no decorrer da instrução criminal, por meio da atividade das partes e, supletivamente pelo juiz, dando a este condições de externar seu convencimento sobre a matéria em julgamento, condenando, absolvendo ou julgando extinta a punibilidade do agente.”¹⁰⁰

E entre as inúmeras provas admitidas, no caso da responsabilidade médica, destaca-se a prova pericial.

O juiz, como leigo na ciência médica, muitas vezes, para o deslinde da questão, se vale da opinião qualificada dos médicos peritos, que avaliam, entre outras questões, a lesão sofrida pela vítima, a sua extensão, os instrumentos eventualmente utilizados pelo suposto criminoso durante o ato cirúrgico, por exemplo, qual deveria ser a aparelhagem adequada, enfim, elucidam ao magistrado, acerca de qual seria a conduta adequada para a hipótese posta em Juízo.

Segundo Tourinho Filho perícia é o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los.¹⁰¹

Não é de se olvidar, além disso, que o exame pericial, em especial, o de corpo de delito, é de produção obrigatória nos crimes que deixam vestígios, regra de extrema relevância, ainda mais se considerarmos os crimes de homicídio e de lesão corporal

¹⁰⁰ ROCHA, Francisco de A. do R. M. **Curso de Direito processual penal**, p. 318.

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Processo penal**, vol. 3, p.221.

imprudentes praticados por médico, os quais somente se caracterizam pela ocorrência do resultado lesivo (regra dos delitos imprudentes, que comportam crimes de perigo, apenas como exceção). Contudo, é relevante considerar a ressalva do artigo 167 do CPP, o qual prescreve que no caso de não ser possível a produção do exame do corpo delicto, por haverem desaparecido os vestígios do crime, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Por outro lado, deve-se levar em conta a falibilidade também da prova pericial, fato que deve ser considerado pelo juiz, o qual tem inteira liberdade na apreciação e valoração das provas, conforme dita o princípio do livre convencimento do magistrado. Depreende-se, portanto, que todas as provas são relativas, nenhuma delas, terá, *ex vi legis*, valor absoluto. Além disso, o juiz não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material.¹⁰²

As afirmações acima feitas são importantes no particular aspecto da caracterização da imprudência e do nexo de causalidade da atuação supostamente lesiva do médico, na medida em que é comum o espírito corporativista impregnar os laudos periciais feitos por peritos que também são médicos, os quais se vêem compelidos a fazer afirmações contra seus colegas, o que torna a prova pericial inclinada a isentar o médico de responsabilidade criminal.

Dessa forma, torna-se de importância basilar a concorrência das demais provas produzidas na instrução processual para a formação do convencimento do juiz, o qual em determinadas circunstâncias deverá decidir contra as conclusões dos peritos e se valer desses outros meios de prova para fundamentar sua decisão.

Entende-se com efeito, que o juiz, deve consultar material de doutrina médica, deve estudar o caso *sub judice*, se aprofundando muitas vezes em questões técnicas, através da consulta a opinião de doutores da área da medicina, para decidir até mesmo

¹⁰² TOURINHO FILHO, F. da C. *Idem*, *ibidem*.

pela inconveniência daquele método utilizado pelo réu (o médico), ou considerar até mesmo considerar a conclusão do perito errônea, desde que tenha elementos para tanto, responsabilizando o profissional pelo resultado lesivo causado.

Ademais, na avaliação da ocorrência de imprudência por parte do médico, é necessário também ter em conta circunstâncias de caso fortuito ou de força maior, que excluem o dolo ou a imprudência. No ensinamento de Edmundo Olivieira: “Caso fortuito é o acontecimento que escapa a uma previsibilidade normal, isto é, que não pode ser previsto pela prudência de nenhum homem. Força maior é o fato a que não se pode resistir, que pode gerar um dano previsível, mas inevitável.”¹⁰³

Em caso de erro médico, se o resultado de uma manobra era imprevisível, configura-se o caso fortuito. Se o dano era previsível, mas inevitável, surge a força maior. Os dois casos tornam a conduta atípica, proibindo a responsabilização do médico no âmbito penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli entendem que, apesar de parte da doutrina afirmar inexistir ação no caso fortuito, na realidade este é a base de um resultado que se produz fora do controle da vontade, não se podendo aduzir que toda hipótese de caso fortuito deva ser considerada como de ausência de conduta porque, na maior parte das vezes, se apresenta uma conduta, só que esta não pode ser considerada típica, posto que a causalidade que a mesma põe em movimento não possa ser abrangida no tipo sob a forma de imprudência e muito menos de dolo. Em conseqüência, os citados autores, consideram que o caso fortuito deva ser considerado como uma situação de atipicidade e não de ausência de conduta.¹⁰⁴

¹⁰³ OLIVEIRA, Edmundo. Obra citada, p. 168.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Obra citada, p. 410.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade do médico pelos erros cometidos por imprudência no exercício da função possui aspectos específicos, que a diferenciam no estudo da responsabilidade por imprudência *lato sensu*.

As questões relativas à importância da prova pericial nos casos penais de ordem médica, bem como as consequências do descumprimento da *lex artis* e dos regulamentos que regem a boa prática médica, na configuração da desobediência ao dever objetivo de cuidado, foram pontos analisados que demonstraram a peculiaridade que há no estudo da responsabilidade penal médica por crimes imprudentes.

A possibilidade de ocorrência de erro no âmbito médico é perfeitamente aceitável. A atividade médica é uma atividade humana e, assim sendo, a falibilidade dessa atividade é uma consequência natural.

Ocorre que diante do próprio objeto com qual se ocupa tal ciência (bem estar físico e psíquico, ou mais especificamente vida e integridade física), a idéia da possibilidade de erro advinda dos profissionais da medicina não é aceita pela maioria da população, tornando-se um tema polêmico.

Ademais, diante do fato de que o médico é uma figura que representa tanta importância no meio social em que atua, o que, analisando sob o prisma psicológico do paciente faz despertar vários sentimentos, como esperança na cura (ou de melhora em geral), não se tornando exagero se falar que o paciente chega a ver nesta figura de branco um verdadeiro anjo enviado por Deus à Terra, possuindo o condão hipotético de aliviar todos os males que assolam os que o procuram.

Aqui soa digno de nota passagem do livro de Edmundo Oliveira:

Conforme enfatizamos desde a introdução do trabalho, não se deve pregar a apologia do erro médico, porém, em julgamento de cada caso concreto, é preciso levar em conta a certeza de que a natureza humana é sempre sujeita a imprevisíveis vicissitudes, daí por que nem sempre o erro

médico se traduz numa atitude criminosa. Se o mau profissional é realmente culpado, ele terá de ser responsabilizado com precisão, todavia somente após a mais ampla investigação de todas as circunstâncias e elementos de prova vinculados ao processo. **A ciência médica não é matemática; é conjectural e em permanente renovação.** (grifo nosso)¹⁰⁵

Em suma, deve haver responsabilização médica na esfera penal, pelos erros advindos da imprudência do profissional da medicina. E é com esses erros que o Direito Penal deve ser preocupar, atuando basicamente quando a imprudência médica cause ou lesão corporal (art. 129, § 6º do CP) ou homicídio (art. 121, § 3º do CP).

Assim, o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal se impõe, só sendo chamado a atuar quando há ofensa a bens jurídicos tutelados pela lei penal. E no caso de crimes cometidos por imprudência, deve haver previsão expressa da modalidade imprudente (art. 18, § único do CP).

Fato é que a medicina não é uma ciência exata, é uma arte e, como tal, sua avaliação é subjetiva. As decisões médicas baseiam-se em probabilidades, as quais são ao mesmo tempo necessárias e perigosas.¹⁰⁶

A atividade médica é uma atividade de risco. Porém, esta se situa no risco permitido, haja vista a necessidade da prática da atividade médica, a imprescindibilidade de tal atividade faz com que se permita a sua prática, mesmo sendo uma atividade arriscada.

É o chamado binômio risco/utilidade na avaliação de ações perigosas. Assim entende de modo arguto Juarez Cirino dos Santos:

As sociedades contemporâneas não podem sobreviver sem a realização permanente de ações normalmente perigosas, como o funcionamento de máquinas pesadas na indústria, a utilização de meios de transporte rápidos, as pistas autorizadas de alta velocidade, o uso de medicamentos tóxicos na medicina, a difusão dos defensivos agrícolas, a crescente utilização de energia nuclear, etc., cujo funcionamento, produção ou emprego deve observar o necessário cuidado, controle ou vigilância para excluir ou minimizar os perigos correlacionados. Contudo, algumas ações extremamente perigosas são autorizadas, ainda que fora dos limites normais do risco permitido, tendo em vista sua significação social, como a prioridade de trânsito e livre circulação de ambulâncias, veículos de bombeiro ou carros de polícia no tráfego urbano, por exemplo, cuja

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Edmundo. Idem, p. 165.

¹⁰⁶ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico**: inversão do ônus da prova, p. 87.

necessidade e utilidade social são indiscutíveis. A permissibilidade de ações perigosas depende do significado da correlação risco/utilidade: se o risco tem utilidade social, então o maior risco pode ser permitido; se o risco tem utilidade meramente individual, então o menor risco é proibido. Nesse sentido, é interessante o critério que classifica as ações perigosas em ações de luxo ou supérfluas, cuja realização pode configurar risco não permitido, e ações socialmente úteis ou necessárias, normalmente abrangidas pelo risco permitido.¹⁰⁷

E utilizando essa classificação citada por Juarez Cirino dos Santos entre ações perigosas de luxo ou supérfluas e ações perigosas socialmente necessárias ou úteis, pode-se considerar que a atividade médica é uma atividade socialmente perigosa necessária, útil, não sendo exagero chamá-la de imprescindível para a sociedade.¹⁰⁸

Ademais, conforme aponta Irany Novah Moraes, “o erro campeia no país e o erro médico não seria exceção. O problema não é tão só punir, mas de preferência evitá-lo.”¹⁰⁹

A problemática do erro médico é estrutural, e está relacionada ao baixo nível de formação dos profissionais de medicina (diante da proliferação de Escolas de Medicina no país) e ao precário estado do Sistema Público de Saúde.

Consoante observa Consuelo Taques Ferreira Salamancha:

Em setembro de 2002, no jornal Gazeta Mercantil, o presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular, Jarbas Dinkhuysen, informou que 50 mil cirurgias cardiovasculares eram realizadas no país, quando a demanda variava de 150 mil a 200 mil operações, salientando que, na realidade, havia falta de vagas nos hospitais públicos brasileiros para operar pacientes cardíacos. Segundo Dinkhuysen, 32% dos pacientes que necessitavam de um transplante de coração morriam na fila de espera. Só em São Paulo, mais de mil crianças esperavam por uma cirurgia. O que agrava o problema é a falta de estrutura no sistema de saúde e sua crônica falta de investimentos. Como consequência, o médico se obriga a trabalhar, longe das condições ideais e, às vezes, em situações caóticas. Obviamente que a possibilidade de o paciente sofrer algum tipo de dano é maior quando não há aparelhagem, remédios, enfim, recursos necessários. No atendimento público, o paciente quase sempre não conhece o médico e, muitas vezes, este sequer conhece aquele. As filas enormes para o atendimento tiram do médico a chance de um cuidado maior e mais adequado ao paciente e este, por sua vez, sequer pode eleger o profissional de sua confiança. Esses fatores contribuem em muito para a deterioração do relacionamento médico-paciente.¹¹⁰

¹⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p. 104.

¹⁰⁸ Especialmente o processo cirúrgico (excetuando os casos de cirurgia de ordem meramente estética), que só é praticado quando não há outro meio menos agressivo para o fim almejado (salvação da vida do paciente, ou melhora/proteção de sua integridade física).

¹⁰⁹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**, p. 39.

¹¹⁰ SALAMANCHA, C. T. F. Obra citada, p. 92/93.

Com respeito à problemática da baixa qualificação dos profissionais de medicina, merece citação passagem do livro de Miguel Kfourri Neto:

No Brasil, proliferam as escolas médicas. Existem, hoje, mais de 100 faculdades de medicina, além de outras vinte, à espera de autorização de funcionamento. Formam-se ao redor de 10 mil médicos por ano, que se juntam aos quase 250.000 já em atividade. O baixo nível qualitativo do ensino médico – verificável, de resto, em todos os demais cursos – vem se refletindo incisivamente na formação e no conseqüente desempenho dos discípulos de Hipócrates. Apenas à guisa de ilustração, relatava um professor titular de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Capital de um dos maiores Estados da Federação, que para ensinar aos alunos determinada técnica de sutura, via-se compelido a desenhar no quadro-negro a agulha que seria utilizada, pois não se dispunha de recursos para a aquisição de pelo menos uma daquelas agulhas. A constatação, todavia, torna-se dramática, à medida que se tem a integridade física da pessoa, sua própria vida, como valores postos nas mãos de despreparados profissionais.¹¹¹

Assim, apenas com uma reforma no Sistema Público de Saúde, com mais investimentos neste setor básico, bem como no ensino médico, com uma maior fiscalização nas Escolas médicas privadas e, investimento nas públicas, é que este quadro de proliferação e disseminação dos casos de erro médico deixará de ser ascendente.

Logicamente, não se pretende afirmar que o erro médico desaparecerá com uma reformulação e reforma do sistema médico e educacional.

O erro faz parte da atividade médica pois esta é atividade humana. Assim, não há como se extinguir tal problema. Entretanto, a reforma acima citada é clamada para evitar o erro médico generalizado, que tenha raízes nas más condições tanto do sistema de saúde quanto do sistema educacional brasileiro.

E este é o contexto em que deve ser analisando o problema do erro médico no país.

Ultimando o presente trabalho, vale citar passagem do livro de Miguel Kfourri Neto, que tão bem se encaixa no quadro acima delineado:

Dentre tantos Brasis que por aí existem – o Brasil do Norte e o Brasil do Sul, o Brasil dos carros importados e o das favelas, da telefonia celular e da fome – também há o Brasil da medicina de primeiro mundo e o Brasil sem medicina.

¹¹¹ KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p. 23.

Quando se suscita a questão da responsabilidade médica, invariavelmente surge a objeção centrada em que, antes, deve-se discutir a saúde do brasileiro – que, como é sabido, encontra-se em fase terminal. Remuneram-se de modo ridículo os profissionais que atendem à Previdência. Os recursos materiais inexistem. Exames complementares, que poderiam levar a um diagnóstico preciso, não são realizados: ou falta aparelho ou os materiais necessários – ou o operador da máquina. As condições de trabalho, enfim, são extremamente adversas. Aos aplicadores da lei, em especial, incumbe considerar os injustos queixumes dos médicos, quando tais fatores intervêm — e condicionam — a conduta médica.¹¹²

¹¹² KFOURI NETO, Miguel. Obra citada, p 34.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco**, in Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 46, janeiro-fevereiro de 2004.
- ALVES, Ernani Simas. **Medicina Legal e Deontologia**. Curitiba: Ed. UFPR, 1965.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo Saraiva, 1991.
- BLOISE, WALTER. **A responsabilidade civil e o dano médico**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito penal: parte geral** tomo I. Coimbra Editora, 2004.
- FRAGOSO, Heleno C. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 5ª ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1992.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEAL, Rosana Pérez de. **Responsabilidad civil del médico: tendencias clásicas y modernas**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Deise. **Erro médico: a luta pela vida**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, **A Responsabilidade Médica Perante a Justiça**, in Revista dos Tribunais, 494/245.
- MARTINS, Jorge H. S. **A responsabilidade penal por erro médico**. Revista Jurídica da FURB, Blumenau, n. 3, junho 1998.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 1998.

MEIRA, Clóvis. **Temas de Ética Médica e Medicina Legal**. Belém: Cejup, 1989.

MONZHEIN, Paul. **A responsabilidade penal do médico** - (Considerações sobre a responsabilidade do médico ao longo dos últimos decênios), traduzido por Alcides Amaral Salles, *in* Revista JUSTITIA, v. 35, n. 81, abr/jun. 1973.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico**. São Paulo: Ed. Santos-Maltese, 1991.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. **Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico**, *in* Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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. 1984.

PEIXOTO, Afrânio. **Elementos de Medicina Legal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: L. Francisco Alves, 1914.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**. Vol. I: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**. Vol. II: parte especial – arts. 121 a 183. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005

ROCHA, Francisco de A. do R. M. **Curso de Direito Processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 1986.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Ed. Juruá, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3ª ed. Curitiba: Ed. Fórum, 2004.

SCHREIBER, Simone. **Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7271>, acesso em 20/07/2006.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Processo Penal**. v. 3, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YUNGANO, Arturo Ricardo. et al. **Responsabilidad profesional de los médicos**: cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio R; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito penal brasileiro**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.