

CÉSAR MARANHÃO DE LOYOLA FURTADO

RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ÓTICA CRIMINAL

**Monografia apresentada à disciplina de
Direito Penal do Curso de Direito Diurno,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial
para conclusão do curso de Direito.**

Orientador: Prof. Luiz Chemin Guimarães

CURITIBA

2003

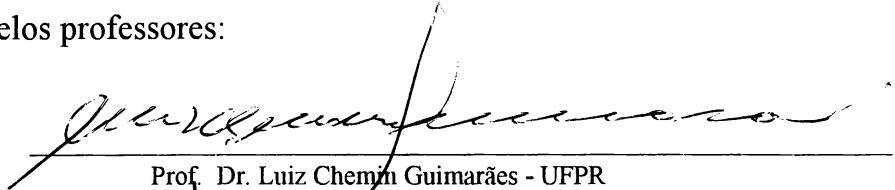
TERMO DE APROVAÇÃO


CÉSAR MARANHÃO DE LOYOLA FURTADO

RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ÓTICA CRIMINAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito diurno do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof. Dr. Luiz Chemin Guimarães - UFPR


Prof. Dr. René Ariel Dotti - UFPR


Prof. Dr. Ricardo Rachid de Oliveira - UFPR

Curitiba, 12 de setembro de 2003.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 TEORIA DO CRIME CULPOSO	3
2.1 O CRIME CULPOSO NA ESTRUTURA DO TIPO.....	3
2.2 ELEMENTOS DO CRIME CULPOSO.....	7
2.3 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA.....	10
2.4 CULPA CONSCIENTE.....	13
2.5 CULPA PRÓPRIA E CULPA IMPRÓPRIA.....	15
2.6 COMPENSAÇÃO E CONCORRÊNCIA DE CULPAS E SUAS GRADUAÇÕES.....	17
3 IDENTIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL MÉDICA	20
3.1 O MÉDICO COMO AGENTE DO CRIME CULPOSO.....	20
3.2 A CULPA MÉDICA.....	23
3.3 DIMENSÕES DO ERRO MÉDICO.....	30
3.4 A AFERIÇÃO DA CULPA E DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	34
3.5 A INTERVENÇÃO MÉDICA E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE.....	41
3.6 O RESULTADO.....	49
4 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	59

RESUMO

Para a análise da responsabilidade médica na ótica criminal especificamente, é necessária uma breve abordagem da teoria do crime culposo em geral. A conduta culposa se observa pela imprudência, negligência ou imperícia do agente delituoso, resultando em lesão a bem jurídico alheio, atuação esta tipificada na norma penal. Observa-se, portanto, que o crime somente será considerado culposo se estiver prevista tal modalidade no tipo penal. Além disso, deve o resultado ser previsível ao homem médio para que a culpa reste caracterizada, previsibilidade esta que pertence ao tipo culposo. A capacidade individual do agente de prever o evento lesivo pertence à culpabilidade. No particular aspecto da conduta do médico, a sua responsabilização por conduta imperita, imprudente ou negligente somente se verifica se o profissional não se utiliza de todos os meios de que dispõe para a cura do paciente, não cabendo qualquer incriminação em casos que a própria limitação da ciência médica em face da complexidade do corpo humano importa em lesão à vítima. Devido a tantas peculiaridades na atuação do médico é que assume especial importância a atuação do juiz no caso concreto que deve analisar com cuidado as provas dos autos, para não condenar injustamente o profissional da medicina que atua adotando todas as cautelas que estão ao seu alcance simplesmente porque não propicia o resultado esperado pelo paciente.

Palavras-chaves: responsabilidade; médico; crime; culpa; erro; diagnóstico; juiz; prova; previsibilidade; imprudência; negligência; imperícia; paciente; vítima; consentimento.

1 INTRODUÇÃO

Tema bastante debatido atualmente, os casos de responsabilização do médico aparecem cada vez mais na prática forense, nas demandas indenizatórias e na seara criminal.

Busca-se com o presente trabalho traçar considerações acerca da responsabilidade criminal do médico no especial enfoque do crime culposos, em que sua conduta imprudente, negligente ou imperita tenha causado resultado lesivo ao paciente. Portanto, não serão analisados os casos de crimes dolosos em que o médico é o sujeito ativo, isto é, os delitos próprios ou inerentes à profissão, como é o caso do artigo 269 do Código Penal, omissão de notificação de doença.

Sendo assim, apresentam-se brevíssimos conceitos gerais acerca da teoria da culpa no Direito Penal, com o escopo de embasar a análise específica da responsabilidade do médico e suas peculiaridades. Não há, assim, o objetivo de realizar um tratamento mais amplo acerca do delito culposos em geral, o qual não é o tema principal a ser analisado.

Na história da humanidade, foram muitos os povos que enfrentaram o tema da responsabilidade médica.

O que parece ser fato coincidente em todas as civilizações primordiais é a inexistência do conceito de culpa, sendo considerado responsável todo profissional que simplesmente não alcançava a cura do paciente. As penas, não raro, eram severas e podiam prever amputação de membros e até mesmo a morte do médico, sem embargo da reparação dos danos sofridos pela vítima.

Em Roma, por outro lado, formou-se o embrião do que hoje as legislações modernas consagram como responsabilidade por imperícia do profissional. Já se cogitava, pois, que o médico imperito pudesse ser responsabilizado, havendo, inclusive, a previsão de delitos praticados exclusivamente pelos profissionais da medicina, como o abandono do doente e os erros advindos da imperícia e das condutas precipitadas do médico.

Embora ainda houvesse povos que tratavam a responsabilidade médica de maneira ultrapassada, atribuindo penas absurdas àqueles que não seguiam as normas de conduta profissional (como é o caso do “Livro Sagrado” dos egípcios), já havia na civilização grega, notório desenvolvimento da arte médica, inclusive com a noção de que o médico não podia ser responsabilizado tão-somente por não alcançar o resultado almejado pelo paciente e sim pela sua conduta, esta podendo se desviar daquilo que se esperava comumente.

O que é importante ressaltar, no entanto, é o costume do homem em atribuir à atividade curativa um caráter quase sagrado. No Egito, por exemplo, o médico possuía posição social próxima a dos sacerdotes. E isso perdurou por séculos, vindo a se alterar somente com a intensa especialização da ciência médica e com a proliferação dos planos de saúde, fatores determinantes do abandono da figura do médico que atendia toda uma família em sua própria residência e por gerações. Nem se cogitava, ao contrário do que ocorre modernamente, em atribuir o insucesso do tratamento à conduta culposa do médico, que era visto como um profissional infalível.

E esta nova postura deve prevalecer. A crítica que se fez à intensa busca pela responsabilização profissional, a ser exposta no desenvolvimento deste trabalho, de que a ciência médica não pode conviver com o constante temor de punições, sob pena de estagnação, embora válida em um certo aspecto, não pode ser levada em consideração. Isso porque, em que pese a atividade médica necessitar de certa independência para o 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 que embasam sua profissão. O que se quer não é o profissional infalível, algo impossível ao ser humano, mas o profissional prudente, que, mesmo com a morte de seu paciente, não possa ser responsabilizado, por ter agido em conformidade com as normas inerentes à sua profissão e buscado todos os meios de que dispunha para a cura do paciente.

2 TEORIA DO CRIME CULPOSO

Nesta seção são tratados diversos enfoques acerca da teoria do crime culposo. De início, apresentam-se o delito culposo na estrutura do tipo e os elementos do crime culposo; em seguida, são enfocados a imprudência, a negligência e a imperícia, culpa própria e culpa imprópria e, por fim, a compensação e concorrência de culpas e suas graduações.

2.1 O CRIME CULPOSO NA ESTRUTURA DO TIPO

Muito se discutiu na doutrina acerca do crime culposo e da sua essência, estando muito longe de se tornar tema pacífico entre os penalistas. É de se destacar que, entre os clássicos, se valorava sobremaneira aspectos atinentes ao resultado, ou seja, o crime culposo caracterizar-se-ia como, nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, um “desvalor do resultado”¹. Além disso, ainda na esteira do ilustre criminalista, a essência da culpa estaria, segundo a errônea concepção clássica, em um plano psicológico.

Desse modo, o que hodiernamente se afirma é que a culpa em seu sentido estrito tem existência meramente normativa, sendo, portanto, elemento do tipo. Tome-se como exemplo clássico o homicídio, que **expressamente** prevê uma modalidade culposa (artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal), o mesmo não se podendo afirmar com relação ao delito de furto (artigo 155 do Código Penal), o qual não a admite.

Nessa linha, sendo a culpa um elemento do tipo, o que se observa é a reprovabilidade de uma conduta² que é praticada sem a devida cautela objetivamente

¹ FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal: parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 219

² A vontade, no particular caso dos crimes culposos, não está dirigida, como ocorre com o dolo, para a causação do resultado danoso; pelo contrário, a atividade geradora do dano é, na maioria dos casos, lícita. Desse modo, o fim que norteou a ação do sujeito ativo é atípico.

exigível a todas as pessoas, com o escopo de se alcançar um harmonioso convívio social. De mais a mais, não há propriamente uma desvalorização do resultado danoso causado pelo agente, mas sim de sua **conduta**, a qual foi praticada sem as devidas precauções, de maneira imperita, negligente ou imprudente.

A partir disso, é possível compreender aspectos atinentes à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade no que se referem ao crime culposo.

A conduta do agente adequar-se-á 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 (por negligência, imprudência ou imperícia), situação esta que seria evitada por aquele que possuísse o mínimo de prudência, perfeitamente normal ao *homo medius*. Por possuir os crimes culposos um tipo aberto³, torna-se vital a observância pelo juiz, na aferição da tipicidade da conduta do sujeito ativo, de uma certa conduta ensinada por Welzel e parafraseada pelo professor Damásio E. de Jesus, qual seja, “a ação real do autor deve ser comparada com o conteúdo do cuidado necessário no tráfico; toda ação que não observa esse dever de diligência é típica”.⁴

Essa cautela, essa conduta objetivamente exigível a todos e que evitaria o dano causado a outrem por um agir imprudente, imperito e negligente deve ser considerado, ainda se referindo à análise da tipicidade do crime culposo, segundo a capacidade média do homem comum de previsibilidade do dano que sua conduta pode causar. Uma arma municada 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 supraexposto, que o resultado lesão ou morte é objetivamente previsível, pois se deduz que o *homo medius* irá presumir que tal conduta é potencialmente perigosa.

Além disso, deve o juiz verificar a previsibilidade subjetiva, esta analisada

³ A conduta delituosa não está exaustivamente prevista pelo tipo penal, devendo o juiz completá-la, identificá-la no caso concreto, comparando o comportamento real do agente com o que teria uma pessoa com um nível médio de cautela e bom-senso.

⁴ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 253.

sob o prisma da culpabilidade e não mais da tipicidade (previsibilidade objetiva). Nesse sentido, a reprovabilidade da conduta do sujeito ativo estará condicionada à capacidade pessoal, às condições internas do indivíduo de prever um possível dano através de sua conduta.

Na esteira de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵, a previsibilidade suprarreferida trata de um “aspecto subjetivo do tipo culposo”, isto é, admitem estes autores a possibilidade de se falar em um tipo culposo subjetivo, embora tratem da divisão tipo objetivo e subjetivo “por razões de conveniência de ordenamento expositivo”. Isso não quer dizer, ainda segundo os penalistas supramencionados, que esta divisão em tipo culposo objetivo e subjetivo seja igual à encontrada no tipo doloso, pois naquele o conhecimento do indivíduo acerca do resultado causado pela sua conduta é hipotético, não sendo necessário, para a adequação típica, que o agente conhecesse de fato as implicações de suas ações, ou melhor, tivesse previsto efetivamente o resultado (lembrando que o resultado deve, ao menos, ser previsível).

Ademais, na lição de Zaffaroni e Pierangeli, o tipo culposo subjetivo possui um caráter volitivo e “intelectual ou cognoscitivo”.⁶ O primeiro obviamente advém do fato de que toda conduta possui um fim e é realizada em virtude da vontade do indivíduo para tanto; contudo, o resultado obtido não é o esperado e o desejado pelo agente. O segundo, por sua vez, é a **previsibilidade subjetiva** de que se tratou anteriormente, isto é, a capacidade pessoal, as condições internas do indivíduo de prever um possível dano através de sua conduta.

Contudo, a consideração de um tipo subjetivo culposo não é pacífico na doutrina, que tem como figura de destaque Heleno Cláudio Fragoso⁷, o qual defendeu a impossibilidade de se falar em tipo culposo objetivo e subjetivo, “dada a

⁵ ZAFFARONI, Eugênio R.; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 517 et seq.

⁶ Ibid., p. 518.

⁷ FRAGOSO, loc. cit., p. 222.

'incongruência' entre o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo do comportamento nos crimes culposos.” O fato é que o renomado professor não aceitou tal divisão, devido ao fato de não haver qualquer vontade do agente dirigida ao resultado obtido (a conduta leviana do agente é dirigida a um fim, mas este não é valorado pelo direito), que não era o esperado, sendo, portanto, despicienda qualquer ponderação acerca de aspectos subjetivos do tipo culposo. Zaffaroni e Pierangeli acabaram por considerar tal divisão não do mesmo modo como se opera com os delitos dolosos, mas se referindo a uma “possibilidade de conhecimento”⁸.

Mas a questão é que, ao que parece, a doutrina mais qualificada aloca a questão da previsibilidade subjetiva não no tipo, como fazem crer Zaffaroni e Pierangeli, mas na **culpabilidade**, de sorte que, desde que seja possível exigir uma conduta diversa por parte do autor do delito culposo, o seu ato será reprovável. Dessa forma, a conduta do agente poderá ser até mesmo típica, mas, segundo a consideração da capacidade individual do sujeito ativo, **não reprovável**.

Assim, a diferença básica entre previsibilidade objetiva e subjetiva é que aquela é resultante da tipicidade, enquanto esta advém da culpabilidade, não sendo possível considerá-la no âmbito de um possível tipo subjetivo, como fizeram crer os professores Zaffaroni e Pierangeli.⁹

Afere-se de todo o exposto que, para se estabelecer a tipicidade do crime culposo, a previsibilidade deve ser analisada em seu aspecto objetivo. Contudo,

⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit., p. 517.

⁹ A respeito da questão da previsibilidade, há a corrente objetiva, subjetiva e mista. Em apertadíssima síntese, tem-se que os objetivistas consideram a previsibilidade apenas como a cautela esperada do *homo medius*. Por outro lado, os subjetivistas tratam da previsibilidade como a capacidade individual do sujeito de prever determinada situação danosa. Tentando conciliar as duas concepções, os adeptos da teoria mista acabaram por considerar em um primeiro momento a atenção exigível do homem médio, para, após, aferir a capacidade exclusiva do agente de prever determinada situação. Como exemplo de objetivista, pode-se citar José Frederico Marques; subjetivista, F. Alimena. Como adepto da teoria mista, cabe destacar Anibal Bruno, para o qual “A previsibilidade do resultado deve concluir-se segundo a experiência da vida diária e o curso habitual das coisas, mas tendo-se em vista as circunstâncias do fato real e a situação individual do sujeito.” (BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2, p. 91).

cumpra frisar que, havendo escusa prevista em lei (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal) o fato passa a não mais se revestir da característica da antijuridicidade, o que afasta a responsabilização criminal do agente por não ter praticado ilícito algum.

2.2 ELEMENTOS DO CRIME CULPOSO

O primeiro dos elementos do crime culposos a se considerar é a **voluntariedade** da prática de uma conduta, que pode ser comissiva ou omissiva. Isso porque, ao contrário do que se poderia vislumbrar em uma análise superficial do delito culposos, 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, negligente ou imperito ocorre um evento não desejado pelo sujeito ativo.

Helena 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”.¹⁰

No mesmo sentido afirmam os professores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ao afirmarem que “o tipo culposos 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 circunstância de que o tipo não individualize a conduta culposa pela finalidade em si mesma não significa que a conduta não tenha finalidade, o que parece terem entendido muitos autores**”¹¹ [grifo nosso].

Outro elemento necessário para a configuração do delito culposos é a **previsibilidade objetiva**, que, como já exposto, é a capacidade de previsão do

¹⁰ FRAGOSO, loc. cit., p. 220.

¹¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit., p. 509.

resultado danoso exigível ao *homo medius*. Se tal evento não for previsível ao homem comum, objetivamente considerado, a conduta não será valorada pelo direito, não importando a gravidade da sua consequência.

De mais a mais, **o resultado não deve ter sido previsto e nem desejado pelo agente**. Em outras palavras, a consequência de sua conduta deve ter ocorrido em razão de seu agir leviano, sem que o resultado danoso tenha sido antevisto ou querido pelo sujeito ativo. É a chamada culpa inconsciente em que o indivíduo podia e devia ter previsto o resultado, mas levianamente não o anteviu. Se o resultado foi previsto pelo agente e mesmo assim continuou a agir erroneamente, há que se considerar a possibilidade deste ter conduzido suas ações dolosamente, tanto na sua forma direta quanto na eventual.¹² Tome-se a situação em que um indivíduo, com o fito de se divertir, atira com sua arma de fogo contra latas de refrigerante no quintal de sua casa e, por imprudência, acaba atingindo o seu vizinho. Obviamente que o resultado lesão corporal ou morte de um eventual vizinho é perfeitamente previsível ao homem comum; portanto, configura-se um crime culposos, em que o agente podia prever a consequência danosa, mas, por imprudência não o fez. Agora, se este mesmo indivíduo visualizou o seu vizinho transitando na linha de tiro e, mesmo assim, não parou de atirar, resultando em lesão corporal ou morte deste, há que se ponderar a possibilidade do agente ter agido dolosamente.

O **resultado** é outro elemento do crime culposos a ser considerado, este tratado como parte integrante do tipo e não como condição objetiva de punibilidade. Se assim fosse, o resultado seria requisito para a consideração da ilicitude criminal do fato nos mesmos moldes que a sentença declaratória de falência, segundo alguns autores clássicos, é para os crimes falimentares. Todavia, esta não é a interpretação mais acertada. O resultado é, na verdade, parte integrante do tipo. A mera conduta

¹² Trata-se, primeiramente, da culpa inconsciente. No entanto, há a possibilidade do agente ter agido culposamente e prevendo o resultado sem a conduta ser considerada dolosa, situação esta que será exposta separadamente.

leviana sem que tenha ocorrido o resultado é um indiferente penal (embora a conduta em si mesma possa ser uma figura típica), na medida em que não se admite tentativa de crime culposos.

Dentre os autores que consideram o resultado como condição objetiva de punibilidade destacam-se Manzini e Vannini. Suas linhas de raciocínio levam a crer que somente após haver a configuração típica do fato é que se irá considerar a consequência do agir culposos, para que a conduta seja punível no caso concreto.¹³

Além disso, exige-se, para a configuração do delito culposos, que **a conduta leviana do agente seja a causa do resultado danoso**, não sendo necessária somente, como afirmam equivocadamente alguns julgados do Supremo Tribunal Federal¹⁴, a causalidade pura e simples entre o agir do indivíduo e a consequência não esperada. Isso porque, não raro, embora haja nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado, este ocorreria independentemente da conduta leviana do sujeito ativo. Exemplo clássico desta situação é o caso do motorista que conduz o seu veículo em alta velocidade em uma rodovia e acaba atropelando e causando a morte de um insano que, de inopino, se atira propositadamente contra o automóvel. Obviamente que há nexos de causalidade entre a conduta - conduzir veículo - e a morte do suicida insano; contudo, e isso que se deve ter em mente, **mesmo que o condutor do veículo estivesse respeitando todas as regras previstas no Código Nacional de Trânsito, o resultado morte seria inevitável**. Portanto, a consequência danosa deve advir do atuar imprudente, negligente ou imperito do agente, considerando-se que, sem essa sua conduta, o resultado lesivo jamais teria ocorrido.

Por fim, tem-se a **tipicidade** como o último elemento do crime culposos a ser analisado. No que concerne a esta questão, parecem oportunas as sucintas

¹³ BRUNO, loc. cit., p. 90.

¹⁴ “Inexiste justa causa para a condenação por homicídio culposos se não se estabelece um **nexo causal** entre a conduta e o evento lesivo, sendo inadmissível no Direito Penal a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva” (STF, RT 595/440) [grifo nosso].

considerações de Julio Fabbrini Mirabete nos seus comentários ao Código Penal, o qual afirma que “em princípio, a lei tipifica os crimes dolosos e, assim, o agente só responde pelos fatos que praticar se quis realizar a conduta típica. Mas a lei pode prever, excepcionalmente, a punição por crime por culpa em sentido estrito. **Responderá o agente por crime culposo quando o fato for expressamente previsto na lei**”¹⁵ [grifo nosso].

Depreende-se disso que não basta uma conduta negligente, imprudente ou imperita e um resultado lesivo, mas que este seja uma figura típica. Sem expressa previsão legal, sem o elemento da tipicidade não há que se falar em crime culposo, não inportando a gravidade do evento lesivo que ocorreu em consequência de uma conduta leviana. Por isso que não se concebe, por exemplo, um “furto culposo”, isto é, sem a existência do *animus furandi*, o fato do indivíduo ter subtraído algo para si se torna um evento atípico, um nada para o Direito Penal. Não se cogita uma modalidade culposa, nesse caso, porque a lei não previu.

2.3 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA

Afirma o artigo 18 do Código Penal que o crime é culposo, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

No entanto, malgrado a opção do legislador em consagrar a imprudência, a negligência e a imperícia, muitos penalistas não antevêm qualquer consequência prática em se diferenciar a imprudência da negligência, porquanto facilmente o conceito de uma se confunde com a de outra. A respeito do tema, parece oportuna a transcrição do pensamento de José Frederico Marques, o qual sucintamente cita De Marsico, segundo o qual,

(...) a diferença entre as duas formas de culpa é mais aparente do que real. A subtil distinção entre uma e outra não tem alcance prático; fácil é transformar a imprudência em negligência e vice-versa. A lei menciona a ambas separadamente, por força mais da

¹⁵ MIRABETE, Julio F. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 175.

tradição que para atender a questões de ordem científica ou de utilidade prática.¹⁶

Por outro lado, a diferenciação ainda está presente em muitas obras de Direito Penal e, além disso, vige no ordenamento jurídico pátrio, de modo que, ressalvada a acertada posição de José Frederico Marques, cabe fazer menção no presente trabalho monográfico acerca do tema.

Negligência é a inércia por parte do autor da realização de uma conduta que devia realizar e possuía condições para tanto, de modo a advir um resultado danoso, que, embora não querido pelo agente, é fruto de sua passividade injustificada. E. Magalhães Noronha, com efeito, concebeu a negligência sob duas formas: a decorrente de “inatividade material (corpórea)” e a de inatividade “subjéctiva (psíquica)”. Seria a “indolência” ou a “preguiça mental”. Ainda segundo Noronha, não é necessário que a passividade do indivíduo seja consciente, bastando a constatação de sua inércia em situações em que o agente devia e podia agir.¹⁷

Apenas para ilustrar, constata-se a negligência quando um sujeito não tranca o portão de sua residência, de modo a causar a fuga de seu raivoso cão, causando lesões corporais no carteiro que, no momento, fazia a entrega das correspondências. Percebe-se que o agente podia e devia ter adotado as medidas necessárias para se evitar a ocorrência desse evento, quais sejam, trancar devidamente o portão de sua casa e prender o seu cão feroz.

A **imprudência**, por sua vez, se distingue da negligência, porque naquela o evento lesivo é resultado de um agir, de uma conduta positiva. O agente, levemente, causa o resultado danoso, devido à sua conduta aventureira, sem a adoção das cautelas necessárias e que evitariam o dano. A lesão, ressalte-se, não advém de uma omissão injustificada, mas de uma ação.

Exemplo de imprudência utilizado largamente pelos autores de Direito Penal

¹⁶ MARQUES, José F. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 217.

¹⁷ NORONHA, Edgard M. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 94.

é o do motorista que se aventura a conduzir o seu automóvel em alta velocidade, vindo a colidir com outro veículo, o que resulta na lesão ou morte dos ocupantes deste.

Por fim, tem-se a **imperícia**. Distingue-se esta da imprudência e da negligência pelo fato de advir de uma inaptidão de uma arte, ofício ou profissão. Isso quer dizer que o indivíduo que não possui os conhecimentos técnicos suficientes de sua arte, ofício ou profissão vier a causar danos a outrem deverá ser responsabilizado criminalmente. É o caso do médico clínico geral que, possuindo poucos conhecimentos de neurologia, realiza uma delicada intervenção cirúrgica no cérebro do paciente, resultando na morte deste.

Nessa linha, é importante destacar a ressalva de E. Magalhães Noronha, segundo o qual “os erros da arte ou profissão não se reduzem à imperícia, pois podem ser ditados por negligência ou imprudência”. Ilustra o penalista que negligente

seria o cirurgião que, operando, deixasse nas vísceras do paciente um tampão de gaze. Imprudente o operador que, podendo fazer intervenção cirúrgica por processo simples e conhecido, empregue um mais complexo e difícil, com o fito de demonstrar sua técnica apurada, resultando disso, entretanto, a morte do doente.¹⁸

Obviamente que, ao prever a modalidade culposa da imperícia, o ordenamento jurídico pátrio não proíbe atividades as quais, por si mesmas, representam um risco diferenciado e que, desde que observadas as cautelas *especiais* exigíveis, são lícitas, ou seja, suporta-se os riscos advindos da prática destas. É o caso dos médicos, dos operadores de trem, dos pilotos de avião, dos exploradores de minas.

Questão muito debatida é a do **erro profissional**, o qual se diferencia da imperícia, na medida em que naquele o agente não responde criminalmente. Não responde, porquanto o direito reconhece a falibilidade da ciência humana, a qual não está apta a resolver, em razão das próprias limitações do homem, todos os problemas que assolam a humanidade. Com efeito, é a partir deste tema que os autores, em geral, tratam do tema da responsabilidade médica criminal, ao reconhecerem que, não raro - embora haja dano ao paciente pela conduta do médico - o profissional da medicina, pelas limitações da própria ciência médica ou de acordo com determinadas situações

¹⁸ NORONHA, loc. cit., p. 96.

do caso concreto, se torna incapaz de curar certas enfermidades. É o caso do médico cirurgião que empregou todos os meios de que dispunha para remover uma neoplasia do intestino do paciente; contudo, o doente acaba morrendo na mesa de cirurgia. Além disso, as situações peculiares do caso concreto podem ser a medida entre a imperícia e o erro profissional, como é o caso do médico que atua em uma região remota do país, o qual se utiliza de uma técnica já obsoleta nos grandes centros urbanos para tentar curar um paciente que possui uma moléstia grave. Logicamente que, neste caso, a morte ou a lesão do enfermo dar-se-á não por imperícia, mas pelas limitações próprias do profissional médico que se encontrava longe das mais avançadas técnicas da profissão, de sorte que não deverá ser responsabilizado criminalmente.

De mais a mais, ao mesmo tempo em que o profissional da medicina não pode atuar levemente, o progresso da ciência médica não deve ser obstado pelo rigor da lei penal. Diante deste impasse, Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, nos seus Comentários ao Código Penal (anterior à reforma de 1984) apresentam uma solução razoável ao afirmarem que

o médico não tem 'carta branca', mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela justiça penal, se vem a ocorrer um evento funesto (...). Não há um direito ao erro; mas este será desculpável, quando invencível à mediana cultura médica e tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto.¹⁹

2.4 CULPA CONSCIENTE

A forma mais comum de culpa *stricto sensu*, de fato, é a culpa inconsciente em que, como já afirmado supra, o agente não prevê o resultado danoso, embora este fosse previsível.

Contudo, a doutrina vislumbrou outra possibilidade, qual seja, a culpa consciente. Caracteriza-se esta pelo fato do agente ter previsto o resultado lesivo, mas,

¹⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2, p. 205.

confiante que pudesse evitá-lo ou que simplesmente não ocorreria, agiu, mesmo assim, de maneira leviana. Para a parcela da doutrina que aceita a culpa *stricto sensu* em diferentes graus, à semelhança do que ocorre no direito civil, seria a culpa consciente a sua modalidade mais grave, tanto que a sua diferenciação com o dolo eventual é tênue, preocupando-se a doutrina sobremaneira em diferenciá-las, como fica bem evidenciado através da exposição de Aníbal Bruno, o qual afirma que “a culpa com previsão representa um passo mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual”.²⁰

No entanto, o dolo eventual, em que pese a sua semelhança, não se confunde com a culpa consciente. Naquele, com efeito, o agente prevê a possibilidade do resultado lesivo e aceita a sua ocorrência, embora este não seja a sua finalidade precípua. No caso da culpa consciente, por outro lado, o sujeito ativo prevê uma possível consequência danosa, mas não a aceita, acreditando que esta não ocorrerá ou que poderá simplesmente evitá-la.

Veja-se o exemplo do indivíduo que, para se divertir, atira em pássaros. O sujeito, então, avista uma ave em meio a uma rua movimentada e deflagra a sua arma de fogo, lesionando gravemente um transeunte, que se localizava próximo ao pássaro. Deste evento, duas possibilidades surgem: o sujeito ativo, ao avistar a rua repleta de pessoas, atira, confiando em sua pontaria e não aceitando a possibilidade de vir a ferir outrem, ou simplesmente deflagra um tiro pouco se importando com as implicações de seu ato leviano. Pelo exposto, conclui-se que, na primeira hipótese, o agente agiu culposamente, enquanto que, na segunda, dolosamente.

Além disso, surge a questão de como aferir no caso concreto se a conduta do agente é culposa ou dolosa, uma vez que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual é tênue. Frederico Marques, na esteira de Aníbal Bruno, resolve o problema, ao afirmar que “é evidente que a configuração *in concreto* do dolo eventual é deduzida das circunstâncias do fato”. Contudo, ainda segundo Frederico Marques, se pairar a dúvida se o comportamento do agente foi doloso ou culposo, resta ao magistrado

²⁰ BRUNO, loc. cit., p. 92.

aplicar a pena menos severa, que é, seguramente, a do crime culposo.²¹

2.5 CULPA PRÓPRIA E CULPA IMPRÓPRIA

A culpa própria é a modalidade tradicional da culpa, em que o agente não prevê e não quer o resultado, embora este fosse previsível. Pode se caracterizar, ainda, quando o indivíduo antevê as possíveis conseqüências de sua conduta; porém, repele o provável resultado lesivo, acreditando fielmente que este não ocorrerá, ou que simplesmente poderá evitá-lo.

No entanto, surge grande impasse na doutrina quanto à culpa imprópria, por assimilação ou por extensão, que nada mais é do que o erro de tipo inescusável previsto pelo artigo 20 do Código Penal.

Malgrado a denominação “culpa imprópria”, autores como Damásio E. de Jesus consideram esta modalidade culposa como delito doloso, cujos efeitos, por equiparação, são os do crime culposo. Segundo o criminalista, o indivíduo age querendo o resultado, embora com uma falsa percepção da realidade, representação esta que poderia ser evitada se o sujeito ativo se conduzisse com as devidas cautelas. Tome-se o exemplo, ainda segundo Damásio, do morador que avista um vulto em sua residência e atira contra este, vindo a matar o suposto invasor. Percebe-se, após, que o tal vulto era na verdade um transeunte que não possuía intenção de invadir a residência. Depreende-se do exemplo supra que, em que pese o Código Penal punir casos como este na modalidade culposa (artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal), o sujeito ativo agiu com vontade de causar o resultado morte, embora representasse para este que estava em legítima defesa.²²

Cumprido, contudo, discordar de parte da doutrina que não considera o erro de tipo inescusável como mais uma modalidade de culpa. Ora, em que pese o resultado,

²¹ MARQUES, loc. cit., p. 216.

²² JESUS, loc. cit., p. 259.

na culpa imprópria, seja previsto e querido pelo agente, não há como negar que o erro que acomete o indivíduo é inescusável, ou seja, perfeitamente vencível pelo *homo medius* se adotasse as cautelas necessárias. Em outras palavras, a pessoa que gera um resultado lesivo pela sua falsa percepção da realidade age dessa maneira, em razão de sua negligência, de sua conduta leviana em não adotar as cautelas necessárias para se livrar do falso real. Além disso, o indivíduo que recai no erro de tipo inescusável jamais desejaria o resultado se soubesse de sua condição, mesmo que o evento lesivo tenha sido previsto e desejado pelo sujeito ativo. É o que afirma E. Magalhães Noronha, segundo o qual “a culpa, que é um vício da vontade, não o deixa de ser quando o resultado é querido, pois a voluntariedade do evento constitui a execução de uma deliberação viciada. Há, dessarte, um conceito unitário de culpa, referente ao evento voluntário e ao involuntário”.²³ Aníbal Bruno adota posição semelhante ao afirmar que “se o agente incide no erro por não haver procedido com a necessária diligência, isto é, se lhe era normalmente possível, agindo com a diligência comum, inteirar-se das circunstâncias reais, em que se encontrava e agia, e só por imprudência ou negligência não o fêz, o fato assume a forma culposa e será punível se a lei prevê, na espécie, a punição por culpa”²⁴ [grifo nosso].

Situação bastante comum é a do indivíduo que, acreditando estar nas condições previstas no artigo 23 do Código Penal, comete um delito que prevê a modalidade culposa. De acordo com o que foi afirmado anteriormente, somado com a expressa previsão do artigo 20, ‘caput’, do Código Penal, se a situação de erro sobre o estado de legítima defesa, por exemplo, for vencível, ou escusável, o agente responderá por delito culposo. Caso contrário, aplica-se a regra do artigo 20, parágrafo 1º, do Código Penal, isentando-se o agente de pena.

Condição semelhante é a do artigo 23, parágrafo único, do Código Penal. Nesse caso, o agente efetivamente está numa das condições previstas pelo dispositivo

²³ NORONHA, loc. cit., p. 126.

²⁴ BRUNO, loc. cit., p. 120.

supramencionado, incisos I a III; contudo, em razão de uma conduta leviana, o sujeito ativo se excede, resultando em um evento lesivo além do que seria esperado pela situação de perigo ou de urgência, caso o homem médio estivesse na mesma situação.²⁵ Dessa forma, o sujeito ativo irá ser responsabilizado pelo seu excesso, caso o dano resultante de sua conduta seja crime previsto na sua modalidade culposa. Logicamente que se o agente agiu conscientemente no sentido de causar uma lesão além daquela que seria permitida pelas situações do artigo 23 do Código Penal, responderá este por delito doloso.

2.6 COMPENSAÇÃO E CONCORRÊNCIA DE CULPAS E SUAS GRADUAÇÕES

Ao contrário do que afirmava Carrara, profundamente influenciado pelo Direito privado, a compensação de culpas na seara penal é inadmissível, senão absurda. Com efeito, a responsabilidade criminal não se coaduna com conceitos privatísticos de caráter predominantemente econômico, isto é, a própria finalidade do Direito Penal e seus princípios reitores estariam mitigados se a compensação de culpas fosse adotada. Seria permitir que um criminoso, sem as hipóteses que excluiriam a ilicitude ou a culpabilidade, não fosse devidamente punido pelo Direito Criminal, tão somente porque concorreu a vítima para a ocorrência do dano. Adotar a linha de pensamento de Carrara seria um retrocesso aos tempos em que a pena era eficaz para compor somente os interesses dos envolvidos, como ocorre no Direito Civil. Evidente que hodiernamente tal concepção é insustentável, na medida em que o delito não somente ofende a vítima individualmente considerada, mas toda a coletividade, de sorte que a pena perdeu o seu caráter privatístico de outrora e assumiu um caráter

²⁵ Ressalte-se que a previsibilidade (objetiva e subjetiva) é condição para a caracterização do delito culposos nestas hipóteses, da mesma forma que nos casos de culpa própria.

socializante²⁶.

Dessa forma, não há que se considerar a atuação da vítima como causa para a não responsabilização do agente. No entanto, devem ser ponderadas pelo juiz no caso concreto as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, de sorte que quanto maior a participação da vítima para a ocorrência do dano, menor deverá ser a pena aplicada. É o que se subentende pela exposição de Vicente Sabino Júnior (quando ainda estava em vigor o extinto artigo 42 do Código Penal de 1940), segundo o qual, “no caso de concorrência de culpas, compete ao juiz dosar a pena tendo em vista as circunstâncias de cada evento”.²⁷

Nada impede, por outro lado, que o evento lesivo tenha ocorrido inteiramente por culpa da vítima, situação em que o suposto autor não poderá ser penalmente responsabilizado, uma vez que lhe falta o elemento essencial do delito culposos, que é a previsibilidade. É o caso do motorista que conduz o seu veículo em velocidade perfeitamente compatível com a via em que se encontra, eis que surge de inopino um suicida e se atira em direção ao automóvel, sem ser possível qualquer reação do condutor no sentido de se evitar o atropelamento, resultando na morte do pedestre. Nesse caso, a culpa deve ser atribuída inteiramente à vítima, não cabendo qualquer responsabilização criminal ao motorista, porquanto, mesmo adotando todas as cautelas exigíveis pelo Código Nacional de Trânsito, seria impossível ao condutor ter evitado o resultado danoso.

Do mesmo modo, clássicos como Carrara adotam a teoria do Direito privado para considerar graus na conduta culposa. A crítica supraexposta se renova neste aspecto da mesma forma, na medida em que não há qualquer consideração na legislação positiva a respeito de graus da culpa, em uma clara intenção do legislador

²⁶ Magalhães Noronha previu uma exceção à regra da impossibilidade de compensação de culpas no Direito Penal, que é o caso da injúria, em que o indivíduo, em vez de se valer de seu direito de ação, prefere fazer “justiça por suas próprias mãos, injuriando também quem o ofendeu”. Logicamente que, nesse caso, não haveria motivo para se utilizar da repressão penal, uma vez que o sujeito se valeu dos seus próprios meios para punir o agressor (NORONHA, loc. cit., p. 83).

²⁷ SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 1, p. 161.

em responsabilizar o agente que simplesmente atuou levemente. De mais a mais, ao contrário do Código Criminal italiano, a culpa consciente não se constitui em uma modalidade mais grave de culpa, não existindo qualquer consideração nesse sentido no Código Penal pátrio. Depreende-se, portanto, que a aferição da gravidade da culpa não se dá de antemão - atribuindo-se a todos os casos a possibilidade de enquadrá-los como grave, leve ou levíssimos, como previu Carrara - uma vez que cabe ao juiz, casuisticamente, no momento da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, atribuir a pena ao agente na medida da gravidade de sua conduta no caso concreto. Em suma, “a doutrina considera que existe ou não existe culpa”²⁸, possuindo esta um só grau.

No entanto, é oportuna uma breve menção à divisão dos graus de culpa, oriunda do direito romano clássico, em grave, leve e levíssima. Segundo os que tratam desta questão em suas obras, entre estes pode-se citar Nelson Hungria e Magalhães Noronha, a culpa grave ou lata caracteriza-se quando o resultado lesivo resultante da conduta culposa é perfeitamente previsível a todas as pessoas. A leve, por sua vez, ocorre quando o evento danoso é passível de ser antevisto somente por pessoas mais cautelosas. A levíssima, por fim, é aquela modalidade em que o resultado não querido é previsível somente por pessoas com cautela acima da média.

Questão que surge a partir da consideração dessa idéia tripartida de culpa é a possibilidade de não haver responsabilização do agente em caso de culpa levíssima ou aquiliana. Sustentam os defensores dessa idéia, entre estes Carrara e Basileu Garcia²⁹, que a culpa aquiliana se aproxima de tal maneira ao caso fortuito que a responsabilização do sujeito ativo nesses casos seria quase impossível devido às dificuldades em se comprovar a efetiva ocorrência da culpa leve.

No entanto, conforme exposto supra, percebe-se que não é viável a utilização dos conceitos de Direito privado na seara criminal, não sendo possível considerar a divisão da culpa em graus. A legislação, aliás, sequer faz menção a esta tricotomia da

²⁸ SABINO JUNIOR, loc. cit., v. 1, p. 159.

²⁹ NORONHA, loc. cit., p. 97.

culpa, em uma clara demonstração de sua adequação típica da maneira em que se a considere, mesmo que aquiliana, cabendo ao juiz, frise-se, na análise das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), apenar o agente na medida do grau de previsibilidade do resultado lesivo oriundo de sua conduta.

3 IDENTIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL MÉDICA

Nesta seção são tratados os aspectos que dizem respeito ao médico como agente do crime culposos, a culpa médica, as dimensões do erro médico, a aferição da culpa e do nexo de causalidade, a intervenção médica e o consentimento do paciente, e o resultado advindo ao paciente.

3.1 O MÉDICO COMO AGENTE DO CRIME CULPOSO

O especial interesse que surge no estudo da responsabilidade 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 negligente, imprudente e imperita do médico, situações que não se repetiriam com o médico prudente, deve ser responsabilizada no aspecto cível, criminal e deontológico.

Sem embargo da necessidade de haver um certo controle sobre os profissionais da medicina levianos, é certo que a necessidade de composição 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, o ordenamento jurídico deve ao menos garantir um certo grau de liberdade à atividade médica, não responsabilizando o profissional sempre que de sua atuação resulte danos ao paciente.

Dessa forma, se reconhece a possibilidade de não responsabilização do médico quando haja erroneamente, como são os casos do erro de diagnóstico e, em especial, o erro profissional, ambos a serem analisados neste trabalho. Nesse sentido se posicionam a doutrina e a jurisprudência argentinas, nas palavras de Jorge D. López Bolado, segundo o qual, “(...) **no puede llamársele responsable** por los errores honestos o equivocaciones en que incurra sobre cierta índole de la enfermedad o el

mejor tratamiento a seguir (“J. A.”, 34-469)” [grifo nosso].³⁰

Em que pese ser pacífica atualmente a idéia de que o médico deve ser responsabilizado criminalmente por sua atuação leviana, houve aqueles que defenderam a tese da total irresponsabilidade do profissional da medicina. Segundo os defensores dessa idéia, entre eles o jurista argentino Álvarez Sierra, o médico trata da saúde do homem e não possui a capacidade de curar todas as enfermidades, tendo em vista a complexidade do ser humano, razão pela qual a morte deve ser vista como resultado a ser suportado pelo direito, o qual não pode punir os médicos pelas lesões que sofrem os pacientes.

Ademais, ainda de acordo com a tese da irresponsabilidade, o próprio avanço da medicina estaria obstado pelo temor que a repressão criminal causaria nos médicos, o que se constituiria em um fator negativo ao próprio tratamento dispensado aos pacientes, uma vez que os profissionais da medicina não atuariam com o grau de liberdade exigido para o tratamento e a cura das enfermidades.

No entanto, a idéia da irresponsabilidade dos médicos parece ter mais valor histórico do que prático hodiernamente, na medida em que é matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência o fato de que o grau superior em medicina e a habilitação profissional no Conselho Regional de Medicina (CRM) não conferem a presunção de idoneidade da atuação médica, ainda mais porque lidam corriqueiramente com os bens mais valiosos para todos os indivíduos, que são a saúde e a vida, fator que justifica a vigilância constante na atuação destes profissionais, mormente quando a conduta destes é claramente leviana. Tal necessidade de responsabilização dos médicos se agrava, quando se constata que os pacientes, não raro, conferem cega confiança aos profissionais, o que torna imperioso o estabelecimento de limites para as suas atuações.

É certo, todavia, que se deve estabelecer limites para a responsabilização (criminal, especialmente) dos médicos, a qual não pode atingir graus insuportáveis para o exercício da profissão e, muito menos, dar margem para a impunidade dos

³⁰ YUNGANO, Arturo R. et al. **Responsabilidad profesional de los médicos**: cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas. 2. ed. Bueno Aires: Editorial Universidad, 1992. p. 197.

médicos desidiosos. Deve-se permitir, dessa forma, uma certa possibilidade de erro na atuação médica, mesmo porque se trata de conduta humana, a qual certamente não se livra da notória falibilidade comum a todos os indivíduos.

De mais a mais, a solução passa a ser a adoção de uma linha mediana entre a total irresponsabilidade e a fiscalização e punição severas, devendo o jurista estar atento para, em cada caso concreto, estabelecer os limites da responsabilidade do médico, uma vez que se torna praticamente impossível a criação de regras absolutas para se aferir a culpa do profissional da medicina. E, com efeito, esta tarefa árdua é conferida aos tribunais para, casuisticamente, adotar a solução mais justa e equitativa, no sentido de não dar margem à impunidade aos maus profissionais e, ao mesmo tempo, não interferir na liberdade de atuação dos médicos, a qual deve ser ampla, sempre com o escopo de promover o desenvolvimento de técnicas e tratamentos eficazes para a cura dos males que afligem a saúde dos indivíduos.

No que concerne à relação médico-paciente, é importante destacar as palavras do espanhol Albert Ponsold, o qual foi citado na obra de López Bolado, em conjunto com outros juristas, relação esta que assume importância no âmbito da deontologia:

Al hacerse cargo del tratamiento de un enfermo, acepta el médico una gran responsabilidad; se trata nada menos que de la salud y de la vida del paciente. Y ante el médico se abre en toda su complejidad la personalidad del enfermo, con todas sus preocupaciones y necesidades. Al médico se le ofrece una visión de la esfera íntima del paciente, que éste razonadamente intenta esconder a los demás. El enfermo debe confiarse por completo al médico, con absoluta exclusión de otras injerencias. El paciente desconoce las medidas terapéuticas del médico, que, para que tengan éxito, deberán ser cumplidas; de su adopción y realización, o de su omisión, pueden resultar consecuencias decisivas no sólo para la salud, sino también para la vida particular y profesional del paciente. Debido a todas estas circunstancias, la relación entre médico y enfermo debe estar condicionada por una amplia confianza. La relación entre ambos es mucho más que una relación contractual jurídica; se basa en consideraciones morales mutuas y se desarrolla sólo en lo que concierne al cuidado de la salud del enfermo, llegando hasta donde esa relación alcance, según la forma en que la misma se establezca.³¹

Após estas considerações, destaca Bolado que estes aspectos do campo moral são de especial relevância no âmbito criminal. A ética profissional se reveste de caráter jurídico, o que influi na relação médico-paciente. O que para os médicos,

³¹ YUNGANO et al., loc. cit., p. 201-202.

segundo López Bolado, é uma obrigação ética, o ordenamento jurídico transforma em algo que deve ser obrigatoriamente observado. Acrescenta o autor argentino que o direito nada mais faz do que prescrever regras de conduta, atribuindo caráter jurídico àquelas normas, as quais possuíam, outrora, valor meramente ético para os médicos.

Sendo assim, surge a possibilidade de responsabilização do médico, a partir do momento em que se reconhece a sua falibilidade, ou seja, a possibilidade de não adotar as cautelas necessárias, exigidas ao médico prudente, para evitar o resultado danoso previsível. Com as crescentes demandas judiciais contra os profissionais da medicina, observa-se que a antiga relação com o paciente, em que o médico tratava toda uma família em sua própria residência, tornando quase íntima a convivência, não existe mais. Dessa relação pessoal com o paciente, advinha a crença de que o médico não errava; era um profissional não passível de qualquer dúvida no que concerne à sua competência, à qualidade dos métodos empregados.

Atualmente, a relação médico-paciente é marcada pela contratualidade e está sujeita, não se diferenciando com os outros profissionais liberais, ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), do qual, dentre outras exigências, se depreende a necessidade do médico informar ao enfermo sobre todos os procedimentos a serem adotados, além dos riscos a que está o paciente sujeito, sob pena de responsabilização pelas lesões resultantes. O relacionamento do médico com o paciente, dessa forma, é muito mais impessoal, mormente diante do fato das pessoas estarem cientes da possibilidade de erro por parte dos médicos e dos seus direitos resultantes das lesões causadas pelos maus profissionais.

3.2 A CULPA MÉDICA

Como explicitado supra, a conduta médica culposa pode se configurar por um atuar leviano do profissional da medicina, em razão de imprudência, negligência ou imperícia, que, no particular aspecto da conduta médica, pode se revestir de aspectos peculiares não abordados anteriormente.

Como bem sintetizou Jorge Henrique Schaefer Martins, a atividade médica pode ser considerada sob três aspectos, quais sejam, o atendimento clínico, o ato cirúrgico e o pós-operatório³², situações estas que poderão ensejar uma eventual responsabilização nas esferas civil e penal, além dos efeitos que poderão ocorrer no particular campo da deontologia legal.

Segundo o referido magistrado, os exames clínicos, por permitirem o diagnóstico da moléstia do paciente através da análise pessoal do enfermo, de exames requisitados, encaminham o médico para a melhor solução do caso, ocasião em que se definirão os tratamentos a serem seguidos. Nessa linha, “a anamnese deve conter todos os questionamentos importantes para a definição da moléstia, das características pessoais do paciente, da história clínica de seus familiares, enfim, dos dados que possam vir a auxiliar o médico no exercício de seu mister”.³³

Expõe Martins, ainda, que, em países como os Estados Unidos, o paciente, no atendimento clínico, é conduzido a responder e assinar um questionário explicitando todo o seu histórico médico, bem como o de seus familiares, com o escopo de resguardar o médico de uma possível responsabilização, em razão de dano resultante da não adoção das cautelas necessárias para se obter o histórico clínico correto do enfermo.

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. Com efeito, ressalta Martins, embasado na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que o médico, com exceção das cirurgias plásticas meramente estéticas, não está obrigado a obter o resultado esperado, devendo este se valer de todos os meios e técnicas de que dispõe para a

³² MARTINS, Jorge H. S. A responsabilidade penal por erro médico. *Revista Jurídica da FURB*, Blumenau, n. 3, p. 55, junho 1998.

³³ Id.

obtenção do melhor resultado, não se cogitando em responsabilidade contratual e penal se tais requisitos foram atingidos.³⁴ Tal afirmação leva à conclusão 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 médicos são de meios e não de resultado.

A responsabilidade civil do médico não 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”.³⁵

Outra situação em que o profissional da medicina está amplamente sujeito à responsabilização (criminal, inclusive) é o pós-operatório. Isso porque, embora seja uma fase em que o médico tem de dar especial atenção ao enfermo, devido à fragilidade em que se encontra após um procedimento cirúrgico, não raro, os profissionais médicos, negligenciam os cuidados adequados para a boa recuperação do paciente, ocasionando neste lesões consideráveis ou até mesmo a morte.

De outra banda, quando se trata de crime culposos, cabe salientar a necessidade da configuração do resultado lesivo, para que haja a responsabilização criminal do médico, de sorte que condutas levianas no diagnóstico e na escolha da terapêutica, se consideradas tais fases isoladamente, não podem ser consideradas como criminosas, na medida em que o resultado danoso surge precisamente na execução do tratamento, por um agir negligente, imprudente ou imperito do profissional da medicina.

No entanto, quando se fala em culpa médica em razão de uma conduta leviana, deve-se levar em consideração as peculiaridades do assunto, porquanto não está o médico adstrito a fórmulas pré-estabelecidas ou a regulamentos quanto ao

³⁴ O Código de Ética Médica confirma a desvinculação do médico ao resultado esperado, sendo impossível responsabilizá-lo por lesões sofridas em razão da falta de êxito no tratamento, se o profissional médico agiu adotando todos os conhecimentos e técnicas de que dispunha, conforme se depreende do artigo 91: “É vedado ao médico: firmar qualquer contrato de assistência médica que subordine os honorários ao resultado do tratamento ou à cura”.

³⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara Cível, Embargos Infringentes RJTJSP 68/227.

procedimento a ser utilizado, não se caracterizando a medicina como uma ciência exata. Além disso, a diversidade de tratamentos que surgem com a evolução da ciência médica não vincula o profissional a condutas que obrigatoriamente deverão ser seguidas, podendo o médico optar pela solução que lhe aprouver, quando se deparar com qualquer enfermidade. Dessa forma, não se pode considerar, de pronto, que o médico deverá ser responsabilizado criminalmente caso a vítima não se cure (ocasionando, portanto, lesão ou morte), pois, além de não estar obrigado a obter a cura da moléstia, a escolha por um tratamento, e não de outro, é fruto da discricionariedade do médico, desde que, obviamente, o método não seja flagrantemente rechaçado por toda a ciência médica, observando-se, ainda, a ressalva de Edmundo Oliveira, segundo o qual, “evidentemente não deve ele (o médico) desprezar, por comodismo ou teimosia, aqueles ensinamentos e aquelas práticas que estão assentadas entre os doutos”.³⁶ Ainda de acordo com o referido autor, reiterando-se as afirmações supra, “(...) o exercício da arte médica não pode ser enquadrado num regulamento; o médico deve gozar de uma razoável autonomia”.³⁷

Não se podem desprezar as circunstâncias em que agiu o médico e que o impeliram a realizar a conduta causadora do dano ao paciente, situação esta que não é reprimida pelo direito penal. Tome-se o exemplo do profissional que atua em um grande hospital, dotado de abundantes recursos financeiros, situado em um centro urbano desenvolvido e com inúmeras escolas de medicina. Se, nesta situação, o médico optar por tratamento há muito tempo afastado pela medicina, por sua nocividade e ineficácia, tendo em suas mãos todo o maquinário e o pessoal capacitado para realizar tratamentos mais modernos e eficazes, certamente será penal e civilmente responsabilizado pelos danos que causou, em razão de sua conduta claramente leviana. Por outro lado, o mesmo não se pode afirmar de um médico que trabalha na selva amazônica tratando de índios, se, porventura, uma lesão seja causada pela conduta do profissional, que, sem alternativa, se viu obrigado a submeter o paciente a uma cirurgia

³⁶ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 66.

³⁷ Id.

sem a adequada aparelhagem e assepsia. Nesse caso, não se pode exigir do médico que se encontrava na selva o mesmo que seria cobrado do cirurgião que possui todo o adequado material à sua disposição.

Tendo em vista as ressalvas supraexpostas, entende-se que o médico pode ser responsabilizado por conduta negligente, imprudente ou imperita.

Negligência, segundo Miguel Kfoury Neto, se valendo do ensinamento de Genival Veloso de França, “caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo”.³⁸ Exemplo de negligência é o anesthesiologista que, após operação, deixa o paciente sob os cuidados de uma atendente de enfermagem sem a necessária habilitação para prestar atendimento, que deve ser exclusivo do médico, ocasionando, em razão da negligência deste, a morte do enfermo (artigo 121, parágrafos 3º e 4º, do Código Penal).³⁹

Caso semelhante é a do médico que, após ato cirúrgico de retirada de cisto no ovário, ignora os constantes apelos da paciente, que alega sentir fortes dores, afirmando aquele ser a dor normal, apenas “psicológica”, ocasionando na vítima, em razão da negligência médica, grande acúmulo de líquido em sua cavidade abdominal, eis que a enferma se submete a nova cirurgia para a retirada definitiva do ureter, lesionando-a seriamente, portanto (artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal).⁴⁰

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 72.

³⁹ “HOMICÍDIO CULPOSO - Médico - Omissão - Anesthesiologista que executa a extubação e deixa o paciente entregue a simples atendente de enfermagem, recomendando a manutenção de máscara ligada ao oxigênio - Negligência caracterizada - Presença física do anesthesiologista obrigatória no pós-operatório enquanto o paciente não apresentar condições estáveis - Irrelevância de que em sala próxima existissem pessoas teoricamente capazes de prestar atendimento - Intervenção pessoal que é dever pessoal do “garante” - Condenação decretada” (TARS, *Ap.* 293206348 - 3ª CC - j. 22.2.94 - rel. Luiz Fernando Motolla).

⁴⁰ “LESÕES CORPORAIS - ERRO MÉDICO - A inobservância por despreparo ou por negligência de cuidados no exercício da profissão configuram a prática do delito. O médico que, ciente dos procedimentos que deve adotar, por imperícia ou negligência causa no paciente, ao executar ato cirúrgico, danos que posteriormente acarretam neste conseqüências que exigem atendimento e dedicação, e age de forma negligente e desinteressada, responde pelo crime de lesões corporais. O fato se torna de extrema gravidade, a justificar a aplicação da pena máxima, se a vida do paciente corre sério risco, a ponto de ter que se submeter a nova e difícil cirurgia em que lhe é extirpado órgão, tais as conseqüências danosas do ato praticado, ou deixado de praticar. A concessão do *sursis* em crimes graves representa impunidade” (TARJ, *Ap.* 4984193 - 1ª CC - rel. Walter Felipe D’Agostino).

Age com negligência, ainda, o médico que concede alta a criança gravemente enferma, sem realizar, para tanto, os exames necessários.⁴¹

Na imprudência, no ensinamento de Miguel Kfourì Neto, “há culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela”.⁴²

A imprudência resta caracterizada no caso do médico que fornece diagnóstico por telefone, resultando na morte da vítima, uma vez que retardou o correto tratamento, o qual, certamente, evitaria o evento lesivo.⁴³

Além disso, segundo Alaércio Cardoso, se verifica a imprudência quando o médico remove tecido, órgão ou partes do corpo humano sem verificar se houve, efetivamente, a morte encefálica do doador, conforme prescrevem as regras da Resolução n. 1.480, de 8 de agosto de 1997.⁴⁴

A imperícia, ainda segundo a lição de Miguel Kfourì Neto, “é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático”. O médico sem os conhecimentos técnicos necessários para a prática de sua profissão tem grande probabilidade de causar danos aos seus pacientes,

⁴¹ “HOMICÍDIO CULPOSO - Médico que deixa de examinar convenientemente criança em estado de saúde precário e determina sua desinternação - Manutenção da sentença - Comete homicídio culposo, médico que, agindo com negligência, deixa de examinar convenientemente criança em estado de saúde precaríssimo, que deixando o hospital em condições anormais, tecnicamente desaconselháveis e sem medicação prescrita, vem a falecer” (TACrSP, Rel. Juiz Joaquim Francisco, *JTACrim* - Lex XIII/203).

⁴² KFOURI NETO, 1996, loc. cit., p. 75.

⁴³ “HOMICÍDIO CULPOSO - IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA MÉDICAS - DOSIMETRIA DA PENA - É imprudente o profissional da medicina que avalia, diagnostica e receita por telefone; quando deixa de proceder a exame direto na parturiente, firmando falso diagnóstico e retardando a remoção da parturiente para ato cirúrgico em outra localidade, obra negligentemente para o resultado morte. Se as circunstâncias judiciais são quase todas favoráveis à infratora, o apenamento básico deve aproximar-se do mínimo legal. Apelo defensivo provido, em parte. Preliminar ministerial rejeitada” (TARGS, Rel. Juiz Luiz Felipe Vasques de Magalhães, *JTARGS* 75/59).

⁴⁴ CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 287.

em razão de condutas imperitas.⁴⁵ Evidentemente, ainda mencionando a obra de Kfourri Neto, este se valendo dos ensinamentos de Avecone⁴⁶, que o atuar imperito somente deve ser imputado ao profissional com diploma universitário de medicina, sendo um despropósito atribuir ao leigo que exerce irregularmente a profissão médica responsabilização (criminal, inclusive) por danos causados pela sua atuação imperita⁴⁷.

Tome-se como exemplo prático de imperícia médica o profissional da medicina que - sem esperar a completa evaporação do álcool iodado (utilizado para assepsia antes da realização do ato cirúrgico), o qual estava em contato com a pele do paciente - utiliza bisturi elétrico, causando queimaduras na vítima, devido à combustão resultante do uso do aparelho de eletricidade em contato com substância inflamável.⁴⁸

Por outro lado, é importante ressaltar sucintamente a diferença entre a conduta culposa do médico por imprudência, negligência ou imperícia daquela das agravantes do artigo 121, parágrafo 4º e artigo 129, parágrafo 7º, ambos do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício).⁴⁹

Com efeito, a imprudência, a negligência e a imperícia são modalidades de culpa situadas - tendo em vista a estrutura do crime - no tipo, como foi amplamente exposto em oportunidade anterior.

⁴⁵ KFOURI NETO, 1996, loc. cit. p. 77.

⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.

⁴⁷ Responderá, portanto, não por imperícia, mas por exercício irregular da medicina qualificado, caso ocorra morte ou lesão corporal, conforme prescreve o artigo 282, c.c o artigo 285, ambos do Código Penal.

⁴⁸ “O uso de bisturi elétrico antes da completa volatização de álcool iodado aplicado na assepsia pré-cirúrgica, produzindo combustão e queimaduras no paciente, configura resultado previsível que evidencia culpa do médico” (TAMG, RT 731/634).

⁴⁹ Normas de natureza técnica estabelecem regras de conduta do profissional para o desenvolvimento do exercício de sua atividade segundo os padrões técnicos consagrados, sendo até mesmo despicienda, para fins penais, a positivação dessas normas nos regulamentos das atividades profissionais.

Contudo, a conduta delituosa praticada pelo médico em especial (o mesmo se considera para o dentista, o engenheiro, o enfermeiro, enfim, qualquer outra profissão, arte ou ofício), quando violadora de regra técnica da profissão, acarreta maior grau de reprovabilidade, seja a lesão causada por imprudência, por negligência ou por imperícia. Dessa forma, entende-se que a conduta culposa por violação de regra técnica de profissão, arte ou ofício situa-se não no tipo como nas modalidades de culpa supracitadas, mas na culpabilidade, uma vez que a violação de regras técnicas profissionais simplesmente ocasionam um maior apenamento ao autor, sendo a atuação do profissional, portanto, mais reprovável.

3.3 AS DIMENSÕES DO ERRO MÉDICO

Ao contrário do que comumente se pensa acerca do tema, nem sempre a conduta errônea do profissional da medicina é penalmente responsabilizada. Genival Veloso de França comunga dessa idéia, adotando como exemplo o erro de diagnóstico, uma vez que a complexidade de cada indivíduo 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 quanto ao diagnóstico, prejudicada, embora não impossível.⁵⁰

Irany Novah Moraes⁵¹ foi quem melhor tratou da questão das modalidades de erro médico, sendo sua obra citada pelos principais autores que abordaram o tema.

Erro doloso, segundo o suprareferido autor, consiste na atuação maléfica do médico no sentido de causar o resultado danoso ao paciente. O culposos, por sua vez, é

⁵⁰ FRANÇA, Genival V. **Direito médico**. 6. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1994. p. 26.

⁵¹ MORAES, Irany N. **Erro médico e a lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 220 et seq.

o atuar comissivo ou omissivo do profissional, o qual, por descuido ou despreparo, não observa as regras da boa conduta da profissão médica, ocasionando danos à vítima.

Erro de diagnóstico, nas palavras de Miguel Kfouri Neto, “caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso”.⁵² Corroborando-se o exposto supra, embora haja o evento lesivo em decorrência do erro de diagnóstico e este efetivamente tenha sido causado pela atuação médica, nem sempre a culpa deve ser imputada ao médico para fins criminais e civis. Isso porque, além da conhecida falibilidade do homem - o que não permite a certeza do diagnóstico em todos os casos, até mesmo pelas limitações da própria ciência da medicina - não raro a culpa é exclusiva do paciente, o qual omite informações preciosas para a obtenção do correto tratamento ou até mesmo não segue com exatidão as condutas recomendadas.

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

Por outro lado, torna-se até despicienda 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 ao seu 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

⁵² KFOURI NETO, 1998, loc. cit., p. 75.

desidioso, acabando por adotar uma linha de tratamento errônea em razão disto, com a conseqüente lesão à vítima, o profissional deverá sofrer as sanções previstas pela legislação criminal, sem embargo da necessidade de reparar o dano ao paciente. O mesmo não ocorreria caso não houvesse condições financeiras para a realização de todas as avaliações possíveis pela moderna medicina, resultando na adoção do tratamento inadequado à moléstia e em danos ao paciente.

Ainda na enumeração de Irany Novah Moraes acerca das modalidades de erro médico, tem-se o erro de conduta. Segundo o autor, embora o diagnóstico não seja preciso, a conduta do médico frente aos inúmeros problemas que surgem na evolução da doença deve ser acertada, rápida e eficiente, de modo que o diagnóstico seja corrigido “a cada passo, sempre que possível em tempo real, para que o desvio da rota seja menor, possibilitando o retorno ao caminho certo mais facilmente e com menores seqüelas”.⁵³

Outra conduta errônea prevista por Irany Novah Moraes é aquela consciente, com o escopo de prevenção de dano mais grave, o que para fins penais não se diferencia muito do estado de necessidade. Pode ocorrer, por exemplo, em situação concreta quando determinado indivíduo está comendo e, por descuido, engasga com um grande pedaço de carne, eis que um médico que está próximo, para obter melhor acesso à via respiratória do paciente, sem qualquer assepsia e equipamentos cirúrgicos adequados, introduz na traquéia do indivíduo um tubo de caneta, ocasionando na vítima grave infecção, devido à falta de higiene dos equipamentos utilizados. Ora, nesse caso, o médico não poderá ser penalmente responsabilizado, em que pese o dano que causou ao paciente, uma vez que teve de optar entre a morte do indivíduo por insuficiência respiratória e o risco deste contrair qualquer infecção pela falta de assepsia dos rudimentares equipamentos cirúrgicos disponíveis. Logicamente que o erro cometido pelo médico é perfeitamente escusável.

⁵³ MORAES, loc. cit., p. 223.

Aliás, a jurisprudência nacional já julgou casos deste porte, não condenando o médico tanto na esfera cível como na criminal, reconhecendo o estado de necessidade, como se observa a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIA MÉDICA EM CAVIDADE PÉLVICA, RESULTANDO NA EXTIRPAÇÃO DO ÚNICO RIM DE QUE ERA PORTADORA A PACIENTE.

No juízo criminal ficou reconhecido que a nefrectomia do rim ectópico decorreu de estado de necessidade e, nas circunstâncias, não se podia exigir conduta diversa ditada pelo propósito de salvar a vida da paciente.

Embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, o Juízo Cível há de aceitar, como coisa julgada, a sentença criminal, consoante a disposição do art. 65 do CPP.

A inexistência de crime e de ato ilícito afasta, em relação às partes, a obrigação de indenizar o dano, mesmo com a invocação dos arts. 160 e 1.540 do CC.

Extinção do processo (*Ap. Civ.* 1.232/91, - 1ª CC - j. 7.8.90 - Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves). [Grifo nosso]

Como foi exposto em oportunidade anterior, o erro profissional não traz conseqüências penais, sendo, portanto, escusável. Advém, com efeito, das circunstâncias do caso concreto (como é o caso do exemplo supracitado do médico que atua em regiões remotas do país, causando danos ao paciente por falta de equipamentos adequados) ou das limitações da ciência médica e do conhecimento humano, os quais não são capazes de curar todas as enfermidades.

Outra situação de erro profissional é a anteriormente citada omissão do paciente em informar o médico da sua real situação, ocasionando o inadequado tratamento e o conseqüente dano. A culpa, neste caso, não deve ser atribuída ao profissional da medicina, mas exclusivamente à vítima.

A respeito do erro profissional, que exime o médico de responsabilização criminal e civil, em razão da culpa exclusiva da vítima, a doutrina argentina é de especial importância, como bem demonstra Rosana Pérez de Leal:

Cuando las consecuencias dañosas reconozcan su génesis en una circunstancia ajena a la conducta del galeno y el resultado dañoso obedezca a un acontecimiento distinto a su actividad o intervención profesional, quedará excluida la *imputatio facti* o imputación del hecho.

Esto será así cuando conjugadas con la actividad del médico concurren circunstancias imprevisibles o inevitables, ajenas a su órbita de actuación, que determinen el resultado dañoso. En esta situación el médico podrá eximirse de responder

acreditando que el evento se produjo por el hecho exclusivo de la víctima, por el hecho de un tercero por quien el facultativo no deba responder, o bien demostrando la concurrencia del *casus* o caso fortuito.

(...) Para que el hecho de la víctima pueda liberar totalmente de responsabilidad, es necesario que su conducta haya sido causa adecuada y exclusiva del daño (“L.L.”, 1990-A-256).⁵⁴ [Grifo nosso]

Por fim, Irany Novah Moraes considera o erro grotesco, que seria aquele inescusável, fruto da total desatenção do médico, no qual o profissional prudente jamais teria incorrido em situações semelhantes. Sendo assim, deverá o médico responder pelas lesões que causou, em razão do erro imperdoável que cometeu.

Alguns exemplos jurisprudenciais colaboram para o entendimento do erro grosseiro:

O esquecimento no ventre da parturiente de compressa de gaze caracteriza a culpa de ambos os médicos que efetuaram a cirurgia. Sentença reformada (TARGS, Rel. Juiz Nério Letti *JTARGS* 70/145). [Grifo nosso]

HOMICÍDIO CULPOSO - Médico que sem previamente providenciar testes de sensibilidade encarrega um estagiário de enfermagem de aplicar injeção de soro antitetânico - Falecimento da vítima em razão de problema cardiopático - Condenação do facultativo mantida.

Desenganadamente pratica homicídio culposo médico que sem previamente providenciar testes de sensibilidade em paciente, encarrega, sem sua supervisão, um estagiário de enfermagem de aplicar injeção de soro antitetânico, vindo a vítima a falecer instantes depois, em razão de problema cardiopático (TACrSP, Rel. Juiz Remo Pasqualini, *JTACrSP - Lex* 59/283). [Grifo nosso]

3.4 A AFERIÇÃO DA CULPA E DO NEXO DE CAUSALIDADE

Questão que suscita inúmeras dúvidas na doutrina e, principalmente, na jurisprudência é o modo como deve ser encarada a aferição da culpa e do nexo de causalidade da conduta médica. Isso porque grande parte da jurisprudência nacional trata da presente questão com excesso de rigor, estabelecendo inúmeros óbices para a caracterização da culpa médica, o que vem gerando várias injustiças para as vítimas de

⁵⁴ LEAL, Rosana P. de. **Responsabilidad civil del médico: tendencias clásicas y modernas.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995. p. 116-117.

médicos imperitos, imprudentes ou negligentes nos pleitos indenizatórios ou benevolência do Estado na repressão penal.

Tarefa difícil, portanto, para o magistrado a abordagem deste tema, ainda mais tendo em vista a circunstância de ser leigo nos assuntos referentes à ciência médica, fato que deverá ser considerado pelo juiz, o qual se valerá não somente dos seus conhecimentos jurídicos e de sua cultura média das coisas da vida em geral, mas da preciosa ajuda dos profissionais médicos, tanto para a elaboração de laudos periciais como para a obtenção do convencimento através de obras científicas na área da medicina.

O reconhecimento do nexo de causalidade entre a atuação do médico e a lesão sofrida pela vítima é, da mesma forma, tarefa árdua para os juizes. Verifica-se que, não raro, moléstias semelhantes desenvolvem-se de maneira diversa de pessoa para pessoa, o que dificulta a atuação médica e o reconhecimento de fato ensejador de responsabilização criminal.

Por esses motivos que se encontra tamanha resistência da jurisprudência no sentido de se reconhecer a responsabilidade civil e penal dos médicos.

A partir dessas considerações, assume papel vital no reconhecimento da responsabilidade criminal dos médicos o conjunto probatório formador do convencimento do magistrado acerca da efetiva culpa e do nexo de causalidade do profissional da medicina.

Prova, segundo Francisco de Assis do Rêgo 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.⁵⁵

⁵⁵ ROCHA, Francisco de A. do R. M. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 318.

E entre as inúmeras provas admitidas, destaca-se a prova pericial.

Como exposto supra, 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 atuações, a lesão sofrida pela vítima, a sua extensão, os instrumentos eventualmente utilizados pelo criminoso (em tese) durante o ato cirúrgico, por exemplo, e qual deveria ser a aparelhagem adequada, enfim, elucidam o magistrado acerca de qual seria a conduta esperada pelo profissional prudente.⁵⁶

Segundo Tourinho Filho, perícia é o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los.⁵⁷

Não é de se olvidar, além disso, que o exame pericial, em especial o de corpo de delito, é de produção obrigatória naqueles crimes que deixam vestígios, regra de extrema relevância, ainda mais se se considerar os crimes de homicídio e de lesão corporal culposos praticados por médico, os quais somente se caracterizam pela ocorrência do resultado lesivo (característica geral dos delitos culposos). Contudo, é relevante considerar a ressalva do artigo 167 do Código de Processo Penal, o qual prescreve, *in verbis*, que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, 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 valoração das provas, conforme dita o princípio processual do livre convencimento. Depreende-se, portanto, que “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi*

⁵⁶ Miguel Kfourri Neto, expondo a opinião de Cunha Gonçalves, afirma ser o conceito de médico prudente de difícil obtenção. Há, nas palavras de Cunha Gonçalves, “casos que requerem um médico audacioso, sem ser ignorante, nem imprudente. Não raro, a timidez, a hesitação, a prudência, revelam imperícia, contribuem para o agravamento do mal, constituem culpa.” (KFOURI NETO, 1998, loc. cit., p. 69).

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3, p. 221.

legis, valor absoluto". Além disso, o juiz "não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material".⁵⁸

Essas afirmações da doutrina mais qualificada são importantes no particular aspecto da aferição da culpa e do nexa de causalidade da atuação supostamente lesiva do médico, na medida em que é comum o espírito corporativista impregnar os laudos periciais dos médicos, os quais se vêem obrigados a fazer afirmações contra os seus colegas, o que torna a prova pericial inclinada a isentar o médico de responsabilidade criminal.

Dessa forma, torna-se de vital importância 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 a sua decisão. Tanto é assim que Cunha Gonçalves, citado por Miguel Kfoury Neto, "atribui maior peso, na valoração da prova, aos depoimentos das testemunhas que às próprias opiniões científicas dos peritos, muitas vezes contaminados pelo espírito de classe".⁵⁹

Nessa linha, parece equivocada a posição de Carvalho Santos de que o juiz não pode contrariar posições científicas comuns no cotidiano dos médicos, "não lhes sendo lícito, tampouco, decidir coisa alguma sobre a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, sobre o método preferível a empregar, ou sobre o melhor tratamento a seguir"⁶⁰, de modo que somente aqueles médicos que cometeram erro grosseiro deverão responder pelos danos causados. Entende-se, com efeito, que o juiz, apoiado em material de doutrina médica e pela opinião de doutores na área da medicina, pode decidir até mesmo pela inconveniência daquele método utilizado pelo réu (o médico), ou considerar a conclusão do perito errônea, responsabilizando (criminalmente, inclusive) o profissional pelo resultado lesivo causado.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, loc. cit., v. 3, p. 221..

⁵⁹ KFOURI NETO, 1998, loc. cit., p. 69.

⁶⁰ SANTOS, João M. de C. *Código civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953. v. 21, p. 258 et seq.

Jorge Henrique Schaefer Martins enumerou com propriedade alguns exemplos de provas possíveis⁶¹ para a aferição da culpa e do nexo de causalidade da conduta do médico, as quais consistem no

exame de corpo de delito (verificação da lesão ou comprovação da morte do paciente), na coleta das declarações do acusado, na oitiva de testemunhas, em prova documental, consistente nos documentos elaborados pelo médico durante o período de atendimento (anamnese, prontuário), receituário e outros, como os escritos por médicos assistentes, enfermeiros, anotações da sala cirúrgica, além de perícias.⁶²

Newton Pacheco considerou, não obstante, ser de relevante importância a verificação da autenticidade do diploma do médico, bem como a sua inscrição no CRM, tendo em vista os inúmeros casos de médicos impostores no exercício ilegal da medicina.⁶³

De mais a mais, em face da dificuldade anteriormente citada de se aferir a prova da culpa e do nexo de causalidade, inúmeros foram os autores que buscaram criar fórmulas gerais para a avaliação da culpa médica.

Cunha Gonçalves, citado por Miguel Kfoury Neto, afirma ser possível para qualquer juiz com bom-senso e grau de cultura médios atribuir culpa ao profissional da medicina que cometeu erros grosseiros, como errar a unidade de medida de um medicamento na receita médica, ocasionando danos ao paciente. Acrescenta o doutrinador luso que o nível de conhecimento do médico avaliado é relevante para a caracterização de sua culpa, devendo ser analisado com mais rigor o caso que envolver profissional de notória fama.⁶⁴

⁶¹ De acordo com Tourinho Filho, as provas contidas no Código de Processo Penal, enumeradas nos artigos 158 a 239 são apenas exemplos de possíveis provas a serem aplicadas no processo, não se restringindo estas àquelas constantes no referido estatuto processual. No entanto, o famoso doutrinador afirma que “a tendência, hoje, é no sentido de se abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana.” (TOURINHO FILHO, loc. cit., p. 207).

⁶² MARTINS, loc. cit., p. 56.

⁶³ PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991. p. 111.

⁶⁴ KFOURI NETO, 1998, loc. cit., p. 64.

Teresa Ancona Lopez Magalhães, no entanto, parece ter sido a autora que melhor sintetizou um esquema aplicável aos casos de responsabilidade civil dos médicos, matéria que trata em sua obra, mas que pode ser emprestado ao juiz criminal na sua tarefa de reconhecimento ou não da autoria e da materialidade do crime culposo praticado pelo médico suposto autor do delito. Frise-se, no entanto, que esta tarefa não pode e não deve estar condicionada a formulações genéricas, objetivas, uma vez que, como foi afirmado em oportunidade anterior, tal tarefa deve ser realizada casuisticamente, devendo a decisão do juiz se amoldar com as particularidades do caso concreto.

Alaércio Cardoso, se valendo da síntese do pensamento da supracitada autora feita por Miguel Kfoury Neto⁶⁵, enumerou alguns aspectos que devem ser aferidos pelo juiz na sua tarefa de atribuir ou não a culpa ao médico supostamente faltoso. De acordo com Teresa Ancona Lopez Magalhães, o primeiro princípio a ser observado é que, quando se tratar de médico que diagnosticou equivocadamente o paciente, o profissional somente será responsabilizado se sua atuação se constituiu em erro grosseiro. Vale, neste ponto, as ressalvas apontadas supra a respeito do erro de diagnóstico, as quais reconhecem a dificuldade de se imputar culpa ao médico que cometeu tal falta, mas não excluem a possibilidade de vir a responder criminalmente e civilmente pelo fato de ter emitido equivocado juízo acerca da doença do paciente.

Outro aspecto apontado pela autora supracitada e constante na obra de Alaércio Cardoso é que o médico clínico geral deve ser avaliado pelo juiz com mais cuidado, na medida em que estará mais sujeito a cometer equívocos que o profissional especializado em determinada área da medicina. Esse princípio citado pela professora Lopez Magalhães parece se amoldar no supraexposto erro profissional, o qual, pelas dificuldades da própria ciência médica ou pelas circunstâncias do caso concreto (como a não cooperação do paciente e até mesmo o fato do médico ser clínico geral em movimentado hospital público, o que impossibilita o profissional de estar atualizado

⁶⁵ CARDOSO, loc. cit., p. 287-288.

acerca dos avanços de todos os específicos ramos da medicina) deve ser motivo de maior benevolência pelo juiz na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal ou, ainda, o que seria mais recomendável na maioria dos casos, razão de isenção de responsabilidade do profissional.

Ainda segundo a autora, é imprescindível o consentimento do paciente, “onde há risco de mutilação e de vida”.⁶⁶ No mesmo sentido, quando o médico submete o indivíduo a tratamento que apresente riscos de seqüelas permanentes.

De outra banda, age levemente o médico que promove tratamento perigoso no paciente, sem que, para tanto, haja necessidade.⁶⁷ Do mesmo modo o profissional que realiza desnecessariamente intervenção cirúrgica no paciente.

Ademais, ressalta com propriedade a professora Lopes Magalhães que, em situações que reclamam rápida intervenção do médico para resguardar a vida do paciente, mesmo que para tanto seja o indivíduo mutilado, o profissional da medicina não deverá ser responsabilizado, haja vista que teve de sacrificar o bem jurídico integridade física, para resguardar outro de maior importância, que é a vida humana.

Por fim, considera a autora que, nos casos em que a intervenção cirúrgica tem finalidade meramente embelezadora, deve a atuação médica ser analisada com muito mais rigor, levando-se sempre em conta o grau de risco inerente à própria profissão médica.⁶⁸

⁶⁶ CARDOSO, loc. cit., p. 287.

⁶⁷ A síntese de Tereza Ancona Lopez Magalhães fala que, nesse caso, age o médico com culpa grave. Contudo, destaca-se que a autora trata da responsabilidade civil do médico. Frisa-se este aspecto, na medida em que no direito penal, como foi afirmado em oportunidade anterior, despicienda é a avaliação da culpa feita pelos privatistas em grave, leve e levíssima.

⁶⁸ Ao contrário do que ocorre com as demais atuações do médico, no particular aspecto da cirurgia plástica meramente estética, há obrigação de resultado pelo médico, podendo a vítima demandar indenização ao profissional em juízo, e o Estado responsabilizar criminalmente o médico, em caso de lesão causada por imprudência, negligência, imperícia ou inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

3.5 A INTERVENÇÃO MÉDICA E O CONSENTIMENTO DO PACIENTE

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Pierangeli, o consentimento

se dá quando um preceito permissivo faz surgir uma causa de justificação que ampara a conduta de um terceiro, na medida em que aja com o consentimento do titular do bem jurídico. Trata-se do limite de uma permissão, que somente pode ser exercido na medida em que haja consentimento.⁶⁹

Na esteira da doutrina mais tradicional, o consentimento do ofendido remete para os conceitos de bens jurídicos disponíveis e indisponíveis.

Os bens disponíveis seriam aqueles de interesse privado, ao contrário dos indisponíveis, os quais, por serem de especial interesse do Estado, negam valor ao consentimento da vítima quando se tratam de transigências dessas espécies de bens.

Desse modo, seriam indisponíveis bens jurídicos como a vida e a integridade física, tornando inválidas práticas como a eutanásia e o “homicídio consentido” pela vítima. Se assim não fosse, segundo os adeptos dessa concepção clássica, a vontade individual prevaleceria sobre a do Estado, único titular do direito de reprimir ou de perdoar, e, em última análise, de preservar as pessoas que vivem na comunidade.⁷⁰

Somente quando recaíssem nas situações taxativamente previstas pelo artigo 23 do Código Penal é que as lesões consentidas seriam justificadas pelo direito, constituindo-se a vida e a integridade física como bens jurídicos absolutos, devendo ser protegidos pelo Estado a qualquer custo desde o nascimento do indivíduo até a sua morte.

No entanto, este entendimento, que outrora parecia ponto pacífico na doutrina mais qualificada, passou a ser questionado pelas concepções mais modernas acerca do assunto, as quais não consideram a existência de bens jurídicos indisponíveis, até mesmo pelo próprio conceito de bem jurídico, o qual pressupõe a disponibilidade, mas de bens insuscetíveis de disposições absurdas ao direito, por

⁶⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit., p. 557.

⁷⁰ YUNGANO et al., loc. cit., p. 243.

serem injustificadas, como é o caso da eutanásia ou o do “homicídio consentido”. Tal afirmação é melhor explicada por Zaffaroni e Pierangeli,

(...) não se admite o acordo para que outro nos tire a vida, mas daí a afirmar que a vida é um bem jurídico 'indisponível' há uma enorme distância, entre outras coisas porque se admite o acordo para a realização de atividades de alto risco, como a participação em competições automobilísticas.⁷¹

E é justamente neste contexto que se insere a necessidade do consentimento expresso do paciente para haver a intervenção médica. Isto porque são sopesados direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento constitucional pátrio, quais sejam, a vida e a saúde (entendido por alguns como direitos indisponíveis, absolutos) e o da dignidade da pessoa humana, que, de acordo com a posição dos autores modernos, deve ser a justificativa legal para isentar de responsabilidade os médicos que não realizaram o tratamento adequado para aqueles pacientes que não concederam o necessário consentimento.

Nesse sentido, é importante destacar a posição de Elías Guastavino, nas palavras de Jorge D. Lopez Bolado, segundo o qual,

(...) en cuanto a la necesidad del consentimiento en operaciones quirúrgicas y tratamientos médicos, **por respeto a la dignidad humana, cuyos derechos y libertad quedarían vulnerados de otro modo**, es necesario dicho consentimiento del paciente para ser sometido a aquellas medidas.⁷² [grifo nosso]

Ainda tratando do mesmo tema, é importante destacar a posição de José Américo Penteadó de Carvalho, em seu texto monográfico, o qual considera que o direito à saúde

⁷¹ Zaffaroni e Pierangeli, na mesma oportunidade, diferenciam acordo de consentimento. Segundo os criminalistas, o acordo somente pode ser oferecido pelo titular do bem jurídico, tornando a conduta do terceiro um indiferente penal. Consentimento, por sua vez, também é oferecido somente pelo titular do bem jurídico; contudo, o terceiro somente poderá atuar dentro dos limites do consentimento conferido pelo titular do bem. Por isso é que esta forma de disposição é plenamente revogável pelo titular do bem jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit., p. 557).

⁷² YUNGANO et al., loc. cit., p. 245.

(...) é irrenunciável e indisponível, como são os direitos da personalidade (artigo 11 do novo Código Civil), mas isto não significa que o direito à saúde se constitua em um dever ao cidadão de submeter-se, sempre, a todo tipo de tratamento, ainda que contra sua vontade, a ponto de restringir sua liberdade de decidir sobre si próprio.⁷³

De mais a mais, ainda na esteira de José Américo Penteadó de Carvalho, o artigo 15 do Código Civil reforça a idéia de não submeter paciente algum a tratamento médico indesejado, em que pese a tese de alguns acerca da indisponibilidade da saúde e da própria vida, o qual prescreve, *in verbis*, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Esta disposição legal apenas reforça a liberdade e o respeito ao indivíduo e, em última análise, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual deve preponderar sobre o desejo nobre do médico em obter a cura da enfermidade de seu paciente. Ademais, a própria lei civil, ao permitir ao particular que disponha do próprio corpo, “salvo quando cause diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (artigo 13 do Código Civil), contraria aqueles que afirmam ser a saúde e a vida bens absolutamente indisponíveis.⁷⁴

Outra questão relevante levantada por Penteadó de Carvalho refere-se aos valores religiosos do paciente, os quais, em respeito à dignidade humana, devem ser respeitados pelo médico quando propõe ao indivíduo o tratamento que julga adequado. Deve ser respeitado, então, o direito do enfermo, o qual

(...) tem, em geral, liberdade de escolher dentre as opções diagnósticas e terapêuticas principais e as alternativas, que são oferecidas pela Medicina e pelas ciências biomédicas atuais, segundo critérios científicos.⁷⁵

⁷³ CARVALHO, José A. P. de. **Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde**. Brasília, 2003. f. 27 (Monografia apresentada ao final do curso de especialização à distância para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal) - Universidade de Brasília.

⁷⁴ *Ibid.*, f.28.

⁷⁵ *Id.*.

Zaffaroni e Pierangeli apresentam opinião interessante quando tratam da questão das intervenções cirúrgicas.⁷⁶ Segundo os famosos criminalistas, o médico em sua atividade cirúrgica age inequivocadamente com o fim de lesionar, ato que, aparentemente, se amoldaria ao tipo penal do artigo 129 do Código Penal. No entanto, o profissional não responde pelo delito de lesão. Mas o que difere os supracitados autores da doutrina mais tradicional é a justificativa para a não responsabilização do médico pelas lesões causadas, na medida em que consideram o ato médico atípico, não o amparando nas tradicionais causas de justificação. Citando as próprias palavras do jurista argentino, tem-se que “não obstante, dizer que o cirurgião age ao amparo de uma causa de justificação é tão pouco coerente como afirmar que o oficial de justiça comete um furto justificado”.⁷⁷

Acrescentam Zaffaroni e Pierangeli que a atipicidade das intervenções cirúrgicas reside no fato do médico agir com o fim terapêutico, fator que exclui qualquer possibilidade de amoldar o ato lesivo gerado pela cirurgia com a norma prevista na legislação penal. Sendo assim, em que pese a necessidade de consentimento do paciente para a atividade médico-cirúrgica, a falta deste não acarreta o delito de lesões corporais, mas, eventualmente, incorre o profissional da medicina em sanções administrativas ou em determinado crime contra a liberdade individual.

Por fim, afirma os citados autores que intervenções cirúrgicas meramente estéticas ou com o fim de doar órgãos a terceiros, por não possuírem o fim terapêutico, não se amoldam nos casos de atipicidade. Ocorre que o médico não é responsabilizado, pelo fato de estar agindo amparado na causa de justificação do exercício regular de uma atividade lícita, conforme os regulamentos próprios da categoria profissional médica. Dessa forma, por não haver o fim terapêutico, o médico está adstrito ao consentimento expresso do paciente, somente podendo agir nos limites expostos pelo cliente, constituindo-se o desrespeito à vontade do paciente em crime de lesão dolosa.

⁷⁶ ZAFFARONI ; PIERANGELI, loc. cit., p. 559-560.

⁷⁷ Ibid., p. 559.

Malgrado o conhecido rigor técnico de Zaffaroni e Pierangeli, cabe tecer algumas considerações acerca de suas exposições. Com o escopo de sustentar a teoria da atipicidade das intervenções cirúrgicas que possuem fim terapêutico, os famosos juristas prescindiram da supraexposta análise do princípio basilar do ordenamento jurídico nacional, qual seja, o da dignidade humana. Isso porque - ao considerarem que o médico responderá por eventuais sanções administrativas e por algum delito contra a liberdade individual, mas não o de lesão **dolosa**, quando realizar intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente - Zaffaroni e Pierangeli acabam remetendo o consentimento do paciente e tudo o que este representa como assegurador de sua garantia constitucional à individualidade a um segundo plano.

Nessa linha, se para sustentar a tese da atipicidade das intervenções cirúrgicas com o fim terapêutico, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, o consentimento do paciente deve ser visto como algo necessário, mas não imprescindível, isentando o profissional afoito da responsabilização por crime de lesões dolosas, o melhor seria descartar tal posição e buscar o embasamento da não responsabilização criminal das intervenções cirúrgicas nas causas legais de justificação, em especial a do exercício regular do direito.

Esta posição é compartilhada por Aníbal Bruno, o qual afirma que

é como exercício regular do direito que devem ser solucionadas duas debatidas questões da doutrina penal moderna - a da intervenção médica ou cirúrgica e a das práticas esportivas violentas.⁷⁸

Acrescenta Bruno que

o fundamento da discriminação não é o consentimento do paciente. Mas a ausência de consentimento torna a intervenção ilegítima, porque, então, não haveria exercício regular de uma faculdade, mas constrangimento ilícito, que tiraria desse exercício a sua legitimidade (...).⁷⁹

Por fim, deve-se salientar a possibilidade do médico realizar intervenção cirúrgica validamente; porém, sem o consentimento do enfermo. São os casos

⁷⁸ BRUNO, loc. cit., p. 11.

⁷⁹ Ibid., p. 12.

justificados não pelo exercício regular do direito, mas pelo estado de necessidade. Isso porque, em decorrência de acidentes ou de demência, por exemplo, fatos que retiram do paciente a possibilidade de externar a sua vontade ou, simplesmente, de fazê-lo validamente, o médico se vê obrigado a salvar a vida do indivíduo, mesmo que a sua vontade posteriormente ao ato cirúrgico seja no sentido contrário. Estavam em jogo a vida do paciente e a possibilidade de negativa futura deste. Obviamente que a vida do paciente deve ser o bem jurídico prevalecente, nesses casos.

Ademais, vislumbram-se outras situações em que o consentimento do paciente deve ser relativizado, justificando-se a intervenção médica pelo estado de necessidade. São os casos em que a saúde do paciente é precária e exige a utilização de tratamento sabidamente seguro, fato que deve preponderar sobre a vontade válida do enfermo, uma vez que o ordenamento jurídico veda a prática do suicídio.

Com efeito, a posição sustentada supra é da impossibilidade de se considerar a vida e a integridade física como bens jurídicos absolutamente indisponíveis pelo indivíduo, visto que não existe tal categoria, mas tão somente certas disponibilidades absurdas ao direito, tanto que não há qualquer sanção à prática de esportes radicais, como o *rafting*, o automobilismo, o *surf*, entre outros, ou, ainda, à faculdade do indivíduo de doar certos órgãos ainda em vida, observadas as ressalvas do Código Civil e da legislação extravagante a respeito.

No entanto, não haveria como sustentar o suicídio do indivíduo gravemente enfermo, cujo tratamento é considerado pela ciência médica como indolor e seguro, fato que recairia na ressalva supraexposta de Zaffaroni e Pierangeli, a qual não permite disposições do bem jurídico que sejam contrárias ao direito, como é o caso do suicídio ou da eutanásia. Nesses casos em que o paciente se encontra em grave risco de vida, não há como negar que a sua recusa em se submeter à intervenção médica indolor não deve ser acobertada pelo direito, apenas tomando por base o princípio da dignidade humana. Seria permitir o suicídio.

Nesses casos, a solução mais plausível foi a proposta por Guastavino, o qual afirmou ser possível o suprimento da vontade do paciente por via judicial, através de procedimentos rápidos, sumários, conforme se observa de suas palavras citadas na obra de Jorge D. López Bolado, quais sejam,

es aconsejable - dice este autor - reemplazarlo por otro texto que autorice a prescindir del consentimiento del paciente en los casos de efectivo peligro de su vida, cuando tal riesgo pueda superarse con terapéuticas seguras, que no ocasionen mayores molestias o dolores al enfermo, previendo procedimientos sumarios para lograr la correspondiente autorización judicial.⁸⁰

Vale ressaltar, contudo, que a possibilidade de se desconsiderar o consentimento do paciente por parte do médico somente é válida para aqueles casos de **extremo risco de vida**, em que o tratamento, além de sabidamente eficaz, é indolor. Para as situações que envolvem terapêutica dolorosa e de sucesso incerto, prepondera a individualidade do paciente, o qual pode optar por ter uma vida digna e indolor, em vez de se aventurar em tratamentos incertos, opção esta que deve ser respeitada pelo médico e acobertada pelo direito.

A regra geral, portanto, ressalvadas as hipóteses supracitadas, é da impossibilidade do médico realizar qualquer intervenção no paciente sem o consentimento válido e eficaz deste.

A princípio, com efeito, os dispositivos da Lei Civil (artigos 13 e 15) parecem contrariar o constante no artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal, o qual prescreve o seguinte:

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

(...).

Parágrafo 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

(...).

⁸⁰ BOLADO, loc. cit., p. 251.

No entanto, pela análise conjunta de todo o ordenamento jurídico vigente, percebe-se que preponderam os princípios constitucionais que à época da edição do Código Penal não se cogitavam, entre o principal deles, o da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, à luz das novas concepções acerca do tema, não haveria como sustentar a causa de justificação prevista no dispositivo legal supraexposto, realizando-se mera interpretação literal desta regra. Assim, somente incidiria na exclusão de antijuridicidade acima descrita o médico que prescindiu do consentimento do paciente embasado nas exceções acima expostas, quais sejam, a situação em que o paciente não pode prestar consentimento válido por falta de discernimento ou quando o tratamento é sabidamente eficaz.

Salvo estas exceções acima descritas, portanto, sustentar a intervenção médica sem o consentimento do paciente, tão-somente com a justificativa prevista no artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal seria uma ofensa grave à dignidade do paciente, ato, inclusive, passível de responsabilização civil e criminal, porquanto o profissional não estaria amparado pelas justificativas do exercício regular de um direito ou do estado de necessidade.

Parece oportuno, nessa linha, ventilar certas situações que podem ocorrer no cotidiano da prática médica. Tome-se o exemplo amplamente debatido hodiernamente dos pacientes que se recusam a se submeterem à transfusão de sangue por motivos religiosos. Nesse caso, como uma simples transfusão de sangue pode salvar a vida do paciente, em situação de iminente risco, e tal prática é sabidamente eficaz e segura, não pode o médico ser responsabilizado criminalmente se realiza tal intervenção, porquanto o ordenamento jurídico proíbe a prática do suicídio, vedação esta que prepondera sobre a individualidade do paciente. Nesta situação, está o profissional da medicina amparado pelo artigo 23 do Código Penal, especificamente pelo estado de necessidade. Sendo assim, o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal se aplica em sua plenitude, não se justificando a sua revogação - nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código

Civil⁸¹ - mas a mera interpretação sistemática desta regra com os demais dispositivos do ordenamento, entre estes a Constituição Federal, base de toda a ordem jurídica, e o Novo Código Civil, nos seus artigos 13 e 15.

Outra situação, e neste ponto que parte da doutrina e da jurisprudência podem sustentar a incompatibilidade entre o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal e a Constituição Federal em conjunto com os artigos 13 e 15 da Lei Civil, é quando o enfermo possui uma neoplasia maligna em determinada região de seu corpo e, temeroso das conseqüências de tratamentos como a quimioterapia e a radioterapia, se recusa a receber a intervenção médica adequada. Nesta circunstância, é evidente o risco de vida que corre o paciente, algumas vezes até mesmo iminente, dependendo do grau de avanço da doença; contudo, não pode o médico, sustentando-se no dispositivo da Lei Penal supracitado, realizar o tratamento contra a vontade do paciente, uma vez que deve o profissional respeitar a individualidade do enfermo. Note-se que na circunstância exposta o resultado é incerto e extremamente doloroso, ao contrário do que ocorre nas transfusões de sangue. Prepondera, dessa forma, a vontade válida do paciente no sentido de não se submeter à intervenção médica, mesmo que sua negativa importe em risco de vida, mormente em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.6 O RESULTADO

A atividade médica, desde que amparada no consentimento do paciente, não é vista como antijurídica pelo Estado, uma vez que se justifica pelo exercício regular de um direito, ou, em casos extremos, no estado de necessidade.

Da intervenção médica, que é lícita, podem surgir resultados lesivos ao paciente. Contudo, é importante ressaltar que nem todo resultado está sujeito à

⁸¹ “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

responsabilização, como exposto em oportunidade anterior, desde que o médico tenha agido segundo as regras de sua profissão e se utilizado de todos os meios possíveis para curar a enfermidade do paciente. Justifica-se tal entendimento, tendo em vista a conhecida falibilidade do conhecimento, o qual não é capaz de erradicar todos os males que assolam o corpo humano.

Por outro lado, nada impede que o resultado lesivo decorra de uma conduta dolosa do médico ou, ainda, culposa, por imprudência, negligência ou imperícia.

E das inúmeras atuações do médico é que a jurisprudência nacional se depara com os casos de responsabilização criminal e pedidos de reparação de danos, ambos decorrentes da conduta leviana dos profissionais despreparados.

Dessa forma, parece oportuna a exposição no presente trabalho monográfico de certas condutas médicas, cujo resultado é passível de responsabilização criminal, no especial enfoque do crime culposos.

Como exemplo de resultado danoso decorrente da imprudência, negligência ou imperícia do médico, além da morte (artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal), podem-se citar os danos previstos no artigo 129 do Código Penal, os quais parecem ser os resultados lesivos mais correntes na prática profissional.

Nada impede, com efeito, que de uma conduta culposa resulte os danos previstos no artigo 129 do Código Penal (lesão leve, grave e gravíssima); contudo, a gravidade da lesão em nada aumenta a pena cominada no artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal. Caberá ao juiz, portanto, aplicar pena próxima ao máximo cominado abstratamente ao médico que tenha ocasionado culposamente lesões sérias ao paciente, com base no artigo 59 do Código Penal. O entendimento da jurisprudência do STF corrobora o afirmado supra, conforme sugere decisão anterior, a qual afirmou que “embora não seja motivo de aumento de pena em abstrato, como sucede com as dolosas, a gravidade das lesões corporais culposas pode influir na dosagem, em concreto, da reprimenda”.⁸²

⁸² DJU de 14-6-96, p. 21.075.

Nesse sentido, além de lesões corporais de natureza leve e incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, pode o médico causar perigo efetivo de vida ao enfermo, desde que tal situação tenha sido devidamente comprovada através de exames periciais de corpo de delito⁸³, fato este que deve ser considerado, como foi afirmado supra, pelo magistrado, no momento da análise das circunstâncias judiciais, uma vez que, frise-se, não há qualquer previsão de aumento *in abstracto* de pena em caso de lesão grave causada culposamente.

O mesmo se diga para as demais modalidades de resultados lesivos graves previstos na regra do artigo 129 do Código Penal como espécies dolosas do crime de lesões corporais, como é o caso da debilidade permanente de membro sentido ou função e aceleração do parto. No mesmo sentido, tem-se os exemplos de possíveis lesões causadas pela atuação leviana do médico no parágrafo 2º do dispositivo legal supracitado, estas de natureza ainda mais grave (incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente⁸⁴ e aborto).

Ademais, age imprudentemente o médico que, sem adotar as cautelas necessárias para a aferição da morte do paciente, conforme prescreve a Resolução nº 1.480/97, remove tecido, órgão ou parte de seu corpo, malgrado os crimes tipificados para estas condutas não sejam previstos em sua modalidade culposa propriamente (artigo 14 e ss. da Lei Federal nº 9.434/97). No entanto, como tal tema está sendo amplamente discutido hodiernamente, vale fazer breve menção aos danos resultantes dessa remoção precipitada por parte do profissional da medicina.

⁸³ MIRABETE, loc. cit., p. 714.

⁸⁴ “Age com negligência o Médico que avalia erroneamente a radiografia da vítima, não percebendo suas fraturas, vindo a ocasionar na mesma deformidade, vez que não calculou um fato perfeitamente previsível que dele se poderia exigir naquele momento e circunstância, dentro de padrões normais de comportamento profissional” (TACRSP - JTACRIM 19/122).

A respeito do que seja considerado morte, discorre Antônio Chaves:

A hoje aceita 'morte encefálica' se distancia da morte cerebral, que tem sua verificação consistente em estabelecer, com minuciosos exames clínicos-neurológicos e pelo chamado teste de supressão ou teste de apnéia, respaldados por exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de atividade cerebral, ou de circulação sanguínea cerebral, a ocorrência de lesão irreversível do encéfalo como um todo. I. é., também do tronco encefálico, com os centros respiratório e cardíaco, e não apenas a outra variante neurológica, a morte do córtex cerebral.⁸⁵

De mais a mais, tendo em vista o disposto no preâmbulo da Resolução nº 1.480/97 “(...) considerando que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial (...)” é importante ressaltar a ressalva de Cláudio Cohen, exposta por Antônio Chaves, para o qual “o conceito científico de morte encefálica não representa uma verdade absoluta de que realmente a morte ocorreu; ele apenas expressa a valorização de um fato que a ciência o aceitou como verdadeiro (...)”.⁸⁶ Acrescenta, ainda, o autor supracitado que “devemos lembrar que o conceito de morte foi variando de parada irreversível cardiopulmonar para morte cerebral, até o atual conceito de morte encefálica”.⁸⁷

Vistas tais considerações, é importante o médico adotar todas as cautelas previstas pela resolução nº 1.480/97 para a aferição da morte do paciente, sob pena de responsabilização criminal (artigo 14 da Lei Federal nº 9.434/97).

O agir culposo do médico pode gerar, ainda, eventual crime em que o bem jurídico tutelado não é diretamente a integridade física ou a vida do paciente, mas a própria saúde pública, configurando verdadeiro delito formal e de perigo abstrato, não se exigindo, portanto, o dano efetivo na saúde do indivíduo em particular. É, com efeito, o caso do artigo 15 da Lei Federal nº 6.368/76, o qual possui a seguinte redação:

Art.15. Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou

⁸⁵ CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 50-51.

⁸⁶ Ibid., p. 52.

⁸⁷ Id.

profissional de enfermagem, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - Detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de 30 a 100 dias-multa.

Trata-se de crime próprio em que somente podem ser sujeito ativo o médico, o dentista o farmacêutico e o profissional de enfermagem. Cabe ressaltar que deve ser médico (ou outro profissional descrito no tipo legal supraexposto) com diploma de curso superior e devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, para que seja enquadrado no artigo 15 da Lei de Tóxicos; caso contrário, poder-se-á cogitar em uma eventual responsabilização pelo artigo 12 da Lei Federal nº 6.368/76 (tráfico ilegal de entorpecentes).⁸⁸

De mais a mais, considera-se como sujeito passivo do delito a coletividade e, de forma mediata, o paciente em que é aplicada a substância capaz de lhe produzir dependência física ou psíquica ou cujo uso é proscrito em todo o território nacional.

Tal delito, além disso, em que pese estar descrito na modalidade culposa, equivale, nas palavras de Vicente Greco Filho retiradas da obra de Rui Stoco em conjunto com outros juristas, “a verdadeira participação na difusão do vício, a exigir punição mais rigorosa”.⁸⁹ Sendo assim, não é ministrar ou prescrever simplesmente substâncias que possuam risco de causar dependência física ou psíquica que constituem o crime. O médico, com efeito, deverá prescrevê-las, por imprudência, negligência ou imperícia, em uma quantidade acima daquela recomendável, ou seja, além daquela que o profissional prudente prescreveria.

⁸⁸ “Responde, em tese, pelo delito do art. 12 da Lei 6.368/76, e não pelo art. 15 do mesmo diploma, o falso médico que receita medicamentos que causam dependência física ou psíquica. É que o preceito por último citado define um crime próprio, cujo sujeito ativo só pode ser médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem” (TACRIM-SP - AC - Rel. Geraldo Ferrari - *JUTACRIM* 51/324).

⁸⁹ FRANCO, Alberto S. et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2, p. 3.227.

Dessa forma, por existir substâncias de alto risco utilizadas com frequência nas terapêuticas é que o legislador se preocupou em incriminar a conduta do médico imperito que as prescreve em quantidades além daquelas necessárias para a segurança do paciente. A respeito do tema, bem observou Vicente Greco Filho na obra supracitada, segundo o qual “o advérbio 'evidentemente' figura no texto com a manifesta finalidade de chamar a atenção para a disparidade que deve existir entre a dose recomendada pela terapêutica e a prescrita ou ministrada, não sendo de ver configurado o crime ante ‘divergência duvidosa’ ”.⁹⁰

A advertência de Greco Filho parece oportuna, na medida em que a conduta médica, como foi observado em oportunidades anteriores, não pode ser controlada de tal maneira a retirar a liberdade do profissional em agir conforme seus conhecimentos técnicos, o que emperraria a ciência da Medicina, máxime diante da conhecida divergência que pode existir entre as opiniões dos médicos quanto ao mesmo tema. O que para um médico a quantidade prescrita é a adequada, segundo o entendimento de outro profissional, tal quantidade pode ser considerada insuficiente. Por esse motivo houve a inclusão do advérbio *evidentemente* no tipo do artigo 15 da Lei Federal nº 6.368/76, para reprovar a conduta médica (e a dos outros profissionais indicados na regra) que se constitua em **erro grosseiro**, não sendo plausível responsabilizar um profissional que prescreveu um medicamento em quantidade que julgou necessária e que não se desviou dos melhores ensinamentos da prática médica, com base tão somente no fato de haver discordância na opinião de outro profissional. Somente será responsabilizado o médico que prescreveu substância capaz de produzir dependência física ou psíquica ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar em quantidades visivelmente superiores as que **qualquer outro médico** com o mínimo de perícia prescreveria.

⁹⁰ FRANCO, loc. cit., v.2, p. 3.227.

4 CONCLUSÃO

O fato que mais se destaca na prática acerca da responsabilidade médica criminal, civil e deontológica é a circunstância de que se criaram inúmeros óbices para a efetiva reparação do dano por ato lesivo ao paciente e para a repressão penal.

Lógico que tais dificuldades, em um primeiro momento, se justificaram, na medida em que se buscou preservar a liberdade profissional dos médicos, que necessitam de uma margem de tolerância para desenvolver a ciência médica, buscando novos tratamentos ou arriscando os já existentes na busca da cura das inúmeras enfermidades. Reprimir o médico que agiu corretamente, o qual se utilizou de todos os meios de que dispunha para a cura do paciente, aplicando-lhe sanções pelo simples fato de não ter curado o enfermo, seria impossibilitar a atuação da Medicina pelo temor que as ameaças de penalidades causariam aos médicos.

Ocorre que o excesso de zelo adotado pelos magistrados para caracterizar a culpa médica causou movimento contrário, ou seja, médicos imprudentes, negligentes ou imperitos acabam não sofrendo qualquer responsabilização de ordem civil ou criminal. O resultado disso é que são submetidos a processo criminal somente os médicos que causaram danos ao paciente de maneira visível, tamanho é o absurdo da falta de atenção ou perícia do profissional: são os casos de erro grosseiro. E tal fato possui explicação em países como o Brasil, em que o baixo nível das faculdades de medicina aliado com a constante falta de recursos acaba determinando que doenças de fácil diagnóstico, desde que se utilize a aparelhagem necessária, sejam tratadas incorretamente. Esta realidade é sintetizada por Miguel Kfoury Neto em uma passagem que relata em sua obra:

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.⁹¹

Essas circunstâncias relatadas supra são motivos determinantes para a “timidez de nossos pretórios ao estabelecerem a culpa do profissional da medicina”.⁹² Justificada, portanto, a criação pela doutrina de esquemas gerais, os quais devem ser observados pelos juristas, para a aferição da culpa do profissional da medicina, como fez Tereza Ancona Lopez Magalhães, conforme foi exposto em capítulo anterior. Contudo, não se pode olvidar que tal tarefa deverá caber ao magistrado na análise do caso concreto que se lhe apresenta, porquanto as particularidades de cada situação podem determinar que determinada conduta seja por vezes responsabilizada e, em outras situações, podem se amoldar nas hipóteses de erro profissional.

Outro fato que obstaculiza a aferição da culpa do médico é o conhecido corporativismo dos profissionais da medicina que elaboram os laudos periciais – prova de especial importância, na medida em que o juiz, não raro, é um leigo na Medicina, constituindo-se no principal meio utilizado no deslinde do caso penal – os quais, por vezes, acabam protegendo os seus colegas, atribuindo o dano causado à vítima a outro fator que não a atuação leviana do médico acusado. Dessa forma é que doutrinadores como Cunha Gonçalves acabaram por atribuir, por vezes, maior peso a outros meios de prova, como a testemunhal, por exemplo.

De mais a mais, a pena cominada às condutas lesivas típicas praticadas pelo médico, dentre as principais, tem-se o homicídio e a lesão culposos, por enquadrarem a maioria dos delitos a que os profissionais imprudentes estão sujeitos na categoria de crimes de menor potencial ofensivo, determina a inexistência, principalmente após as Leis Federais nº 9.099/95 e 10.259/01, de jurisprudência criminal em que os médicos imprudentes, negligentes ou imperitos efetivamente sofreram as penalidades cominadas abstratamente.

⁹¹ KFOURI NETO, 1998, loc. cit., p. 19-20.

⁹² Ibid., p. 19.

Tome-se o exemplo de um médico que, por imperícia, tenha causado lesões corporais, artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal, em seu paciente. A própria instauração da persecução criminal, após o advento da Lei Federal nº 9.099/95, depende da representação da vítima. Como o delito de lesões culposas é de menor potencial ofensivo, a competência para o seu julgamento será do Juizado Especial Criminal. Em um primeiro momento, haverá a audiência preliminar, mediada pelo magistrado e com a participação do Promotor de Justiça, em que médico e paciente tentarão um acordo, no sentido de haver a reparação do dano causado à vítima. Composto o dano a que o paciente entendeu ter sofrido, não haverá a instauração de processo criminal, bem como o registro de antecedentes criminais contra o médico. Não havendo acordo entre médico e paciente na audiência preliminar, a vítima deverá manifestar o seu desejo em prosseguir com o procedimento, isto é, representará contra o suposto autor do crime.

Após, se preenchidos pelo autor do delito os requisitos do artigo 76 da Lei Federal nº 9.099/95, o Ministério Público poderá propor ao médico a transação penal, que nada mais é do que a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Mais uma vez o acusado, se aceitar a proposta do *parquet*, não sofrerá os efeitos do registro de antecedentes criminais realizado para os condenados pela prática de delitos.

Não aceita pelo médico a proposta de transação realizada pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça oferecerá denúncia contra o acusado. E mais uma vez será oportunizado ao médico benefício que impedirá a aplicação das sanções cominadas abstratamente no tipo do artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal, qual seja, a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei Federal nº 9.099/95. Isso quer dizer que, atendidos os requisitos objetivos e subjetivos do dispositivo legal supracitado, o médico autor do crime (em tese) poderá aceitar proposta de suspensão do feito por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, mediante certas condições previstas em lei, entre estas a reparação do dano causado à suposta vítima da atuação imperita do médico. Cumpridas tais condições, será extinta a punibilidade

do médico acusado, de acordo com o que prescreve o artigo 89, parágrafo 5º, da Lei Federal nº 9.099/95.

Nessa linha, somente se o médico não estiver apto ou não aceitar todos esses benefícios legais acima descritos é que o processo seguirá nos seus ulteriores termos, podendo advir eventual condenação por lesão corporal culposa resultante da má conduta do profissional da medicina.

De qualquer forma, a postura do Estado frente aos resultados lesivos causados pela imprudência, negligência ou imperícia dos médicos deve ser a de não conivência com os maus profissionais, mas, ao mesmo tempo, a de não responsabilizar indiscriminadamente os médicos que simplesmente não conseguiram alcançar o resultado esperado pelo paciente, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto e a própria falibilidade da ciência médica. Assume, pois, especial importância a atuação dos magistrados, que deverão seguir não propriamente fórmulas gerais criadas para a aferição da culpa médica, o que dificultaria a condenação de médicos levianos, mas observar as circunstâncias do caso concreto, sopesadas as inúmeras provas produzidas no processo, não somente a pericial, pelas ressalvas destacadas supra, mas a testemunhal, bem como a utilização de obras de cunho científico que poderão auxiliar o pretor na formação do seu convencimento.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy R. de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33-53, 1995.
- BIZATTO, José I. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: LED, 2000.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CARVALHO, José A. P. de. Da Instrução Probatória em Responsabilidade Médica. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, p. 393-397, abril de 1998, v. 1.
- CARVALHO, José A. P. de. **Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde**. Brasília, 2003. f. 27 (Monografia apresentada ao final do curso de especialização à distância para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal) - Universidade de Brasília.
- COUTINHO, Léo M. **Responsabilidade ética, penal e civil do médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 159, p. 118-147, 1991.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CROCE, Delton; JR., Delton C. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- FERNANDES, Rute; MIRIO, Carmen. **Erro Médico Visto Pelos Tribunais**. São Paulo: Edições Profissionais, 1994.
- FIUZA, Ricardo. et al. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- FRANÇA, Genival V. **Direito médico**. 6. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1994.
- FRANCO, Alberto S. et al. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. 2.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

- JORGE BARREIRO, Agustín. **La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica**. Madrid: Tecnos, 1990.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LEAL, Rosana P. de. **Responsabilidad civil del médico: tendencias clásicas y modernas**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.
- MAGALHÃES, Tereza A. L. de. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MARQUES, José F. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1956.
- MARTINS, Jorge H. S. A responsabilidade penal por erro médico. **Revista Jurídica da FURB**, Blumenau, n. 3, p. 51-64, junho 1998.
- MATIELO, Fabrício Z. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1994.
- MIRABETE, Julio F. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.
- MORAES, Irany N. **Erro médico e a lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de A. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NORONHA, Edgard M. **Do crime culposo**. São Paulo: Saraiva, 1974.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, erro médico e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991.
- ROCHA, Francisco de A. do R. M. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 1.
- SANTOS, Maria C. C. L. **Transplante de órgãos e eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SANTOS, João M. de C. **Código civil brasileiro interpretado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953. v. 21.

SOUZA, Paulo V. S. de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

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

ZAFFARONI, Eugênio R.; PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.