

APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

CRIMINAL AND PROCEDURAL NOTES IN MEDICAL LAW:
BOUNDARIES BETWEEN MEDICAL MALPRACTICE AND CRIMINAL
LIABILITY

NOTAS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL EN EL DERECHO
MÉDICO: LOS LÍMITES ENTRE EL ERROR MÉDICO Y LA
RESPONSABILIDAD PENAL

Bruno Augusto Vigo Milanez

Bacharel em Direito pela UFPR (2003-2007). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR (2008-2009). Mestre em Direito Processual Penal pela UFPR (2010-2012). Doutorando em Direito Processual Penal pela UFPR. bruno@mfadvocacia.adv.br e vigo@ibest.com.br.

RESUMO

Este ensaio versa sobre os reflexos criminais que podem envolver o exercício da medicina, abordando-se, de forma breve, o conceito analítico de crime e relacionando-o com a conduta médica. A abordagem será desenvolvida com base em análise de precedentes e doutrina majoritária a respeito do tema.

Palavras-Chave: direito penal; processo penal; direito médico.

ABSTRACT

This essay focuses on criminal consequences that may involve the practice of medicine by briefly approaching the analytical concept of crime and relating it to the medical practice. The approach will be developed based on analysis of case law and majority doctrine on the subject.

Key words: Criminal law. Criminal procedure. Medical law.

RESUMEN

Este ensayo versa sobre los reflejos criminales que pueden incluir el ejercicio de la medicina, se aborda, en resumen, el concepto analítico del delito y su relación con la práctica de la medicina. Este enfoque se desarrollará sobre la base de los análisis precedentes y de la doctrina mayoritaria con respecto al tema.

Palabras-Clave: derecho penal; proceso penal; derecho médico.

INTRODUÇÃO

A medicina é, na atual e complexa sociedade em que vivemos, uma profissão eminentemente relacionada ao **risco**, motivo que tem cada vez mais desencadeado conflitos no campo jurídico. Há uma pluralidade de circunstâncias geradoras desta situação, sendo impossível indicá-las à exaustão. É inequívoco, contudo, que muitas questões jurídicas envolvendo o exercício da medicina transitam pela violação de deveres ético-jurídicos inerentes à profissão¹.

Outro fator que também contribui para com o acréscimo de demandas judiciais envolvendo o exercício da medicina diz respeito com a má atuação de determinados profissionais, o que pode caracterizar o denominado **erro médico**². Tais situações – de todo excepcionais – não podem macular a regra, qual seja o exercício da medicina nos estritos limites da legalidade e da eticidade.

A responsabilização médica por atuação inadequada envolve – **ou pode envolver**³ – mais de uma esfera jurídica. Assim, não é incomum que a prática de um único ato ilícito no exercício da medicina possa desencadear consequências nas esferas administrativas (ex.: *cancelamento ou suspensão do CRM*), cível (ex.: *pagamento de indenização por erro médico*) e criminal (ex.: *punição por lesões corporais graves em uma cirurgia estética mal executada*).

O objeto da presente análise consiste nos reflexos criminais que podem envolver o exercício da medicina, abordando-se, de forma breve, o conceito de crime adotado pela doutrina majoritária, o nexo causal entre a conduta médica e o suposto resultado delituoso, bem como a distinção entre as modalidades de tipos

¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

² PRATES, Núria Derviche; MARQUARDT, Marcelo. **A Responsabilidade Penal do Médico e o Processo Penal**: Simpósio Medicina e Direito. *Jornal Vascular Brasileiro*. vol. 2, n.3, 2003. Disponível em <<http://www.jvascbr.com.br/>> . Data de Acesso: 25.1.2012, p. 241. No mesmo sentido: MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **A responsabilidade penal por erro médico**. In: *Revista Jurídica da FURB*, nº 3, jun. 2008, p. 53: “(...) ao exercer o seu ofício [o médico] está sujeito a posições das quais podem advir consequências sérias: a deformidade, a restrição da capacidade física ou mental do paciente, como a sua morte. Alguns destes atos constituem os chamados **erros médicos**.”

³ Nem sempre a prática de um ato ilícito gera efeitos em diversas áreas. Juridicamente, é possível demonstrar a interdependência entre as diversas esferas a partir de mera análise textual do art. 1.525, do CC/02, segundo o qual “a responsabilidade civil é independente da criminal (...)”

*APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL*

dolosos e culposos. A abordagem será desenvolvida com base em análise de casos concretos, através de precedentes forjados nos Tribunais, bem como pela doutrina majoritária sobre o assunto.

BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DO CRIME

Na teoria do delito, adota-se modernamente e de forma majoritária a vertente analítica. Este conceito assume relevância formal e material. O aspecto material diz respeito à tutela (proteção) de bens jurídicos socialmente relevantes e indispensáveis⁴, enquanto o *aspecto formal é aquele que define o crime, dogmaticamente, como uma conduta prevista no ordenamento como típica, antijurídica e culpável*⁵.

TIPICIDADE E SEUS ELEMENTOS

A **tipicidade** envolve as dimensões objetiva e subjetiva⁶. A dimensão objetiva do tipo engloba (a) a **previsão** da conduta como sendo delituosa no ordenamento jurídico, em observância ao princípio da legalidade (*não há crime sem lei que o defina*); (b) a **causação** do resultado, que envolve o *nexo causal*⁷ entre conduta e

⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6-10.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 10-14.

⁶ SANTOS, Juarez. Cirino dos. **Direito Penal: parte especial**. 3ª ed. Lumen Juris, 2008, p. 74-75.

⁷ BRANDÃO, C. **Teoria**. op. cit., p. 39: "(...) Nexo de causalidade é o *liame ideal que possibilita a imputação de um resultado a alguém*. A função do nexo de causalidade é, portanto, identificar quem
Iusgentium, v.9, n.6 - 2014 - Edição Extra

resultado, nos termos do art. 13, do CP⁸ e; (c) a **imputação** do resultado, que diz respeito à possibilidade de atribuição do resultado típico ao autor, como obra dele, como por exemplo, nos termos do art. 13, § 1º, do CP⁹.

O NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO TÍPICO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O *nexo de causalidade* consiste na relação de causa e efeito, sendo teorizado na dogmática penal brasileira a partir da *teoria da equivalência das condições*¹⁰ segundo a qual (a) todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, portanto, equivalentes e; (b) *causa* é a condição que não pode ser excluída, hipoteticamente, sem a exclusão do resultado¹¹. Este critério, por si só, é extremamente excessivo, pois permite um regresso *ad infinitum* de causas e

deve ser considerado autor do resultado de dano ou de perigo ao bem jurídico, isto é, quem deve ser considerado autor do delito.”

⁸ “**Art. 13, do CP** – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

⁹ “**Art. 13, § 1º, do CP** – A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação do resultado quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

¹⁰ “De acordo com a **teoria da equivalência dos antecedentes**, adotada pelo Código Penal, na cabeça do artigo 13, qualquer intervenção humana capaz de provocar o resultado, seja jurídico ou naturalístico, entra como causa para a sua ocorrência. Por isso, é perfeitamente possível a imputação de um mesmo resultado a dois agentes, com ânimos diversos. A omissão penalmente relevante é aquela capaz de provocar o resultado, tanto jurídico como naturalístico do crime, seja dolosa ou culposa. O apelante detinha a qualidade de médico plantonista e sobre ele incide a posição de garantidor (artigo 13, §2º, do CP), cujo dever legal é engendrar todos os esforços possíveis para exarar um diagnóstico preciso, a fim de dar cumprimento ao juramento prestado quando da entrega do diploma (alínea 'a'). Há prova robusta de que a omissão do apelante foi penalmente relevante, visto que não determinou a realização de radiografia torácica e abdominal na vítima, em flagrante negligência de seu dever legal. Por conseguinte, sua conduta omissiva preencheu os requisitos da tipicidade culposa (previsibilidade objetiva, nexo de causa, imprevisão do agente, quebra do dever de cuidado e relação de determinabilidade).” (TJ/PR – ApCrim 404.652-8, Rel. Mário Helton Jorge, Julg. 17.1.2008)

¹¹ SANTOS, J. C. *Direito ...* op. cit., p. 122.

*APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL*

consequências, o que conduziria, no limite, à punição de qualquer relação com o fato¹².

É por essa razão que, conjuntamente ao *nexo causal*, a dogmática penal adota o critério da *imputação* para atribuir um resultado típico a um cidadão, como obra direta dele. Sendo assim, para que um resultado seja típico, deve ser *causado e imputado* ao autor¹³.

Na seara penal médica esta questão assume contornos importantes em hipóteses nas quais um resultado objetivamente típico, ocorre em razão da **falta de condições materiais do hospital para que o médico possa desenvolver seu labor de forma adequada**.

Evidentemente, não se nega que a medicina é uma atividade meio, o que significa dizer que nem sempre os resultados esperados serão conseguidos por meio da intervenção médica. Em contrapartida, porém, espera-se que a atuação do profissional esgote todos os **meios possíveis** para que os fins sejam atingidos. Neste particular, tem-se reconhecido que “o profissional da medicina está submetido à obrigação de meio, o que significa afirmar que **tem de envidar toda diligência e utilizar-se de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos.**”¹⁴ – g.n. –

A partir desta concepção, tudo o que não for compreendido dentro das possibilidades reais da atividade médica – ainda que possa ser causa direta e eficiente de um resultado típico –, não pode ser imputada ao seu ofício e, portanto, não é atribuível ao médico, como *obra dele*.

¹² *Idem, ibidem*, p. 125: “O resultado é o produto *real* de todos os fatores que o constituem: no limite, a ação do médico que protela a morte inevitável do paciente é condição do resultado morte deste, porque influi na existência real do acontecimento concreto; contudo, como a causalidade não é o único critério de atribuição, a mera existência da condição não permite atribuir o resultado morte ao médico.”

¹³ *Idem, ibidem*, p. 126: “Essa consequência decorre da separação entre *causação* e *imputação* do resultado, que permite admitir, sem necessidade de disfarces ou razões artificiosas, relações causais realmente existentes (...) deixando a questão da atribuição do resultado para ser decidida por outros critérios.”

¹⁴ TA/PR – ApCrim 217.186-0, Rel. Luiz Zarpelon, Julg. 12.8.2004.

Assim, por exemplo, “**não caracteriza erro médico o diagnóstico de faringite em menor que vem a falecer após a constatação de meningite**, não só pela possibilidade de evolução de um quadro clínico para o outro, cujos sintomas se revelaram posteriormente já no seio familiar, mas também **pela ausência de condições materiais do posto de saúde, de uma cidade do interior, para realização de exames mais detalhados**”¹⁵. – g.n. –

A DIMENSÃO SUBJETIVA DO TIPO: A TÊNUE DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

A dimensão subjetiva do tipo é representada por **opostos contraditórios**, na medida em que o delito pode ser praticado nas modalidades dolosa e culposa¹⁶.

Por meio desta dicotomia, é possível inferir que o dolo envolve a **vontade consciente**¹⁷ de praticar uma conduta descrita em uma lei penal incriminadora, ao passo que a responsabilidade penal por culpa, deriva de resultados causados por condutas **imprudentes, negligentes** ou **imperitas**. Na legislação penal pátria, a distinção normativa entre dolo e culpa está disciplinada na regra do art. 18, do CP¹⁸.

¹⁵ TA/PR – ApCrim 189.649-9, Rel. Airvaldo Stela Alves, Julg. 5.9.2002.

¹⁶ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 35: “Segundo o entendimento da linguagem cotidiana, culpa e dolo são **opostos contraditórios**, ou seja, excluem-se reciprocamente. Aquilo que alguém tem o dolo de realizar, é algo que ele almeja, algo que é sua finalidade: ele quer esse algo no sentido natural da palavra. Quando se expressa que alguém causou um resultado culposamente, por imprudência ou por falta de atenção, está implícita na linguagem cotidiana a idéia de que o autor não almejava esse resultado, muito mais, que ele o recusava interiormente, ou que ao menos tal resultado lhe era indiferente. (...)”

¹⁷ BRANDÃO, C. **Teoria ...** op. cit., p. 71: “O dolo possui dois elementos: 1º) o elemento intelectual, que é a consciência; 2º) o elemento volitivo, que é a vontade.”

¹⁸ **Art. 18, do CP** – Diz-se o crime:

Crime doloso

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

Crime culposo

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

DOLO DIRETO (DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAU) E EVENTUAL

A doutrina divide o dolo (art. 18, I, CP) em três modalidades, quais sejam, o dolo direto de primeiro e segundo graus, bem como dolo eventual. No **dolo direto**, o autor do delito deseja e direciona sua vontade à produção do resultado típico com a sua ação. No **dolo direto de primeiro grau**, o resultado delitivo é o fim principal do agente. O **dolo direto de segundo grau**, por seu turno, ocorre quando o agente pretende diretamente obter um resultado típico, porém, para a consecução deste resultado, utiliza-se de meio que sabe ser consequência necessária (condição *sine qua non*) para a ocorrência de outros resultados típicos, aceitando deliberadamente tais consequências secundárias, igualmente delituosas¹⁹.

É possível exemplificar a distinção entre dolo direto de primeiro e de segundo grau, bem como de dolo eventual, através de alguns exemplos explorados pela literatura jurídico-penal.

Configura hipótese de **dolo direto de primeiro grau** o caso em que um médico, no exercício de sua profissão, ministra veneno ao invés de medicamento, no intuito de causar a morte de um paciente hospitalizado que é seu desafeto. O mesmo ocorreria no caso de se desligar deliberadamente os aparelhos de um paciente para desocupar uma vaga de UTI, sabendo que este fato acarretará, invariavelmente, o falecimento do paciente que não morreria se os aparelhos permanecessem ligados.

O **dolo direito de segundo grau** ocorre se o médico, sabendo que um paciente irá ser transferido de ambulância para outro hospital, insere – com o intuito de matar o paciente – uma bomba nesta UTI móvel, que explode no trajeto matando o paciente e os demais ocupantes desta ambulância. No caso hipotético, a morte dos demais passageiros é consequência necessária do meio escolhido para

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

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427-428.

efetivar seu projeto delitivo²⁰. Neste exemplo, o agente pretende diretamente a apenas a morte do seu desafeto (paciente), porém para concretizá-la, aceita a morte de todos os demais como consequência necessária dos meios empregados.

No **dolo eventual**, o agente prevê a ocorrência de um resultado típico e não o deseja, mas se conforma com a sua eventual ocorrência²¹. O Supremo Tribunal Federal entendeu haver indícios de dolo eventual em hipótese na qual o único médico plantonista de um posto de saúde se recusou, reiteradas vezes, a atender uma criança que veio a falecer, sob a escusa de que não era pediatra.

No caso, restou consignado que “para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente [em relação ao resultado], nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. (...) descreveu-se a conduta do médico haver se recusado, por duas vezes, em dias consecutivos, a atender a vítima que já apresentava sérios problemas de saúde, limitando-se a dizer para a avó da vítima que a levasse de volta para casa, e somente retornasse quando o médico pediatra tivesse retornado de viagem. Em tese, o único médico plantonista, procurado mais de uma vez durante o exercício de sua atividade profissional na unidade de saúde, cientificado da gravidade da doença apresentada pelo paciente que lhe é apresentado (com risco de vida), ao se recusar a atendê-lo, determinando o retorno para casa, sem ao menos ministrar qualquer atendimento ou tratamento, pode haver deixado impedir a ocorrência da morte da vítima, sendo tal conduta omissiva penalmente relevante devido à sua condição de garante.”²²

²⁰ *Idem, ibidem*, p.427-8.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 428.

²² STF – HC 92.304, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 5.8.2008.

*APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL*

CULPA CONSCIENTE E INCONSCIENTE: AS CONDUTAS NEGLIGENTES, IMPRUDENTES E IMPERITAS

Como regra geral, os erros médicos penalmente relevantes acarretam crimes culposos. Nestes crimes, o sujeito ativo (*autor do fato*) também pode representar para si a hipótese da produção de um resultado através de sua conduta, porém, rejeita-o, crendo levemente que irá evitá-lo ou que o resultado não ocorrerá por outras circunstâncias. É perceptível, portanto, que a linha distintiva entre dolo eventual e culpa consciente é bastante tênue, podendo ser verificada a partir do breve quadro abaixo:

	Representação do resultado	Conformação subjetiva (psíquica)
DOLO EVENTUAL	Há representação do resultado	O agente não deseja o resultado, porém se mostra indiferente e aceita a eventual ocorrência.
CULPA CONSCIENTE	Há representação do resultado	Crê levemente que o resultado não ocorrerá ou que será evitado, não aceitando a sua ocorrência.

Portanto, se o agente **representa** e **aceita** a possibilidade de causação do resultado, caracteriza-se *dolo eventual*. Na *culpa consciente*, por outro lado, o resultado é **previsto** (representado), mas **rejeitado**, através da crença leviana na sua não ocorrência ou ainda na possibilidade de sua evitação.

A discussão sobre a existência de dolo eventual ou culpa consciente pode ocorrer, no direito penal médico, em hipóteses de complicações *previsíveis* em

cirurgias, nas quais a equipe médica não se cerca das devidas cautelas para evitá-las e, por esta circunstância, o paciente operado sofre lesões corporais ou falece.

Nestes casos, a jurisprudência reconhece a distinção entre o *risco inerente ao ato cirúrgico* (circunstância atípica que exclui a responsabilidade criminal) e a existência de riscos previstos e previsíveis inerentes à cirurgia²³, cujas conseqüências demandam as cautelas inerentes ao exercício da profissão:

“5. Caso em que o *procedimento cirúrgico apresentou diversas particularidades* que, ocorridas isoladamente, compõem o risco do ato cirúrgico, não havendo como se exigir a previsão de tais acontecimentos, ainda que tomadas as medidas necessárias no pré e trans operatório, como de fato se deu. Todavia, na hipótese, a seqüência de problemas **claramente percebidos** pelos médicos mostrar-se-ia suficiente à dedução dos acusados, médicos de larga experiência, como bem afirmam, de que a cirurgia não estava ocorrendo dentro dos padrões habituais comumente experienciados o que, por sua vez, também já seria o suficiente para que ambos tivessem a previsibilidade das potenciais conseqüências advindas dessas anormalidades, de modo a reforçarem as cautelas empregadas no procedimento realizado na paciente. 6. A prova dos autos é conclusiva no sentido de que os réus agiram com a falta de cuidado necessário à situação que se lhes apresentava. Sendo-lhes, no ato, exigível o dever desse cuidado, como no caso o era, a sua não-verificação surge como decorrência do agir imprudente e, em especial, negligente adotado pelos réus, resultando nas lesões cerebrais causadas na vítima, sendo a conduta, portanto, punível a título de culpa. 7. **Em se tratando de dolo eventual, "o agente tolera a produção do resultado, sendo-lhe o evento indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Já na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto) mas confia em sua não-produção".** 8. Na espécie, não há falar em dolo eventual, porquanto evidenciado que durante todo o procedimento os acusados sequer cogitaram acerca da possibilidade de superveniência de

²³ MARTINS, J. H. S. **A responsabilidade ...** op. cit., p. 54: “O ato cirúrgico é fator de preocupação para o médico. Nele, a concentração, a capacitação, a integração entre a equipe, são fundamentais para o êxito do procedimento. **Por mais simples que possa parecer, contém riscos previsíveis, havendo, por conseguinte, obrigação de evitá-los.**” – g.n. –

APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

tais lesões à vítima, atuando com a certeza de que estas jamais se produziriam.”²⁴ – g.n. –

ESPECIFICIDADES DO CRIME CULPOSO: CRITÉRIOS CONCRETOS DE DISTINÇÃO NA PRÁTICA DO DIREITO PENAL MÉDICO

Dever objetivo de cuidado nos crimes culposos

Os delitos culposos envolvem, necessariamente, a lesão a um dever objetivo de cuidado. Esta violação pode assumir três feições distintas: (a) *imprudência*: é a culpa em sua forma ativa, como por exemplo, o médico que acelera os procedimentos de uma cirurgia, por estar atrasado para outro compromisso, e causa o resultado morte ou lesão; (b) *negligência*: é a culpa que deriva da inobservância/omissão em relação à observância de uma regra de cuidado, como uma falta de cautela do médico²⁵, que durante uma cirurgia utiliza instrumentos cirúrgicos não esterilizados, que são causa de infecção e morte de um paciente e; (c) *imperícia*: é a falta de habilidade ou competência técnica no exercício da profissão, que pode acarretar consequências delitivas²⁶.

No direito penal médico, a **lesão ao dever objetivo de cuidado** é caracterizada principalmente pela inobservância de regras técnicas inerentes à profissão, gerando um risco não permitido à saúde/integridade do paciente.

A partir desse critério, o Superior Tribunal de Justiça reconhece como homicídio culposo a conduta de médico que não observa regras técnicas inerentes à

²⁴ Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/consumidor/jurisprudencia/id2819.htm>. Acesso em 18.1.2013.

²⁵ “Existe **negligência** quando o agente reconhece em laudo a existência de feto único, quando na verdade a gestação era de gêmeos, e recusa-se a realizar outro exame. Já a **imperícia** se verifica quando o agente, mesmo tendo conhecimento técnico, confirma diagnóstico equivocado de gestação e não se utiliza de todos os meios de que dispõe para aferi-la com precisão, uma vez que de acordo com o estado gestacional de o8 (oito) meses aproximadamente, seria possível detectar a existência de dois fetos, o que foi constatado através de parecer idôneo, indicando a baixa qualidade técnica do exame realizado.” – g.n. – (TJ/PR – ApCrim 653.743-9, Rel. Oto Luiz Sponholz, Julg. 4.11.2010)

²⁶ SOUZA, P. V. S. *Direito ... op. cit.*, p.26.

profissão e que geram a morte de um paciente: “a conduta típica do crime de homicídio, praticada pelo médico na forma culposa, consistiu em deixar de praticar atos que poderiam evitar a morte da vítima, ou seja, por não ter observado os cuidados objetivos necessários, que seriam aptos a evitar o resultado morte. (...) a prova pericial constatou falha técnica do profissional que impediu que a vítima recebesse, em tempo hábil, o tratamento adequado, fazendo com que o trauma acidental evoluísse ao óbito.”²⁷

A evitação da lesão ao dever objetivo de cuidado se dá através dos seguintes critérios jurídicos: a) modelo de homem prudente; b) o dever de informação sobre riscos e de abstenção de ações perigosas; c) o binômio risco/utilidade na avaliação de ações perigosas e; d) o princípio da confiança²⁸.

No direito penal médico, o modelo de homem prudente consiste naquele profissional que pauta sua conduta, de forma comprovada, pelos critérios científicos que regem a sua especialidade²⁹. Este critério é auferido através de provas, pois envolve conhecimentos técnicos inerentes à profissão e ignorados pelos operadores do direito.

Por esta razão, a jurisprudência tem conferido valor probatório bastante elevado aos pareceres dos Conselhos Profissionais nos processos administrativos que apuram a conduta do médico³⁰. Ainda que não possuam valor probatório absoluto, em muitas circunstâncias estes documentos podem elidir a responsabilidade criminal:

“não há falar em justa causa quando o comportamento imputado manifestamente mostra-se atípico. Diante dos princípios do Direito Penal, que o reconhecem como ultima ratio, esmaece a persecução penal diante de atuação médica reconhecida

²⁷ STJ – HC 220.120, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe. 15.8.2012.

²⁸ SANTOS, J. C. *Direito ... op. cit.*, p. 176.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 177.

³⁰ “Consoante a prova testemunhal e a decisão do Conselho Regional de Medicina fica devidamente demonstrado que o paciente quebrou o dever de cuidado que lhe era exigido em virtude da prática das seguintes condutas: a) ter induzido o trabalho de parto natural mesmo não estando a paciente com qualquer dilatação e sendo “Gesta IV com três cesáreas anteriores”; b) ter-se constatado que a vítima estava sofrendo sangramento vaginal as 10 horas e ter-se realizado a cesárea tão-somente ao meio dia, o que influenciou na formação do coágulo “no interior do útero” da vítima; c) não ter realizado histerectomia, extração do útero da vítima, mesmo diante da forte hemorragia que sofria a gestante.” (TJ/PR – ApCrim 443.948-7, Rel. Edison de Oliveira Macedo Filho, Julg. 24.1.2008)

*APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL*

pelo Conselho Regional de Medicina, em sindicância requerida pelo Ministério Público Federal, como legal e tecnicamente correta. In casu, o Tribunal a quo reconheceu a atipicidade da ação dos demais corréus que, acatando a orientação do médico, deixaram de realizar cateterismo, diante da precariedade do quadro clínico apresentado pela suposta vítima.”³¹

É de se concluir, portanto, que atuações profissionalmente cuidadosas na atividade médica excluem a responsabilidade criminal, pela inexistência de qualquer atividade culposa ou dolosa³².

Ainda, para realização de ações perigosas e altamente especializadas, como as dos profissionais da saúde, há a **imposição do dever de informação** sobre os riscos para o paciente. Esta imposição se dá por diversos fatores e, dentre eles, a própria opção de escolha pelo paciente em realizar ou não a intervenção médica. Ademais, o **dever de informação** também se conecta com a própria prudência inerente ao exercício da profissão. Exemplo disso é a coleta de elementos sobre o histórico clínico e familiar do paciente para o desenvolvimento de determinados procedimentos, para evitar riscos indevidos em relação a um tratamento não indicado para um determinado perfil pessoal³³.

O terceiro critério de exclusão da lesão ao dever objetivo de cuidado diz com o fato de que a atividade médica pode ser considerada, em algumas circunstâncias, perigosa. Este perigo – que representa um risco – deve ser avaliado de acordo com o **binômio risco/utilidade**. Através dele, admite-se que a atuação médica possa gerar um risco, desde que este risco seja justificável para a própria finalidade a que se destina. Exemplo disso consiste na amputação inevitável do braço de um paciente que, pelo quadro clínico, perderia sua vida se esta intervenção cirúrgica não ocorresse³⁴. A partir deste critério, é possível concluir que

³¹ STJ – HC 82.742, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe. 30.3.2009.

³² “Restando comprovada a atuação cuidadosa e profissional dispensada pelo paciente, enquanto integrante da equipe cirúrgica que realizou intervenção na vítima visando a estancar hemorragia abdominal, após a qual foi a mesma encaminhada à UTI e lá permaneceu por cinco dias, vindo à óbito em razão de edema pulmonar, não se vislumbra justa causa para a deflagração da ação penal em seu desfavor, imputando-se-lhe a prática do crime de homicídio culposo em razão da negligência na conduta médica, eis que não se mostram presentes na hipótese quaisquer das modalidades da culpa.” (STJ – HC 100.130, Rel. Jorge Mussi, DJe. 11.10.2010)

³³ SANTOS, J. C. *Direito ...* op. cit., 177-8.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 178-9.

nos casos em que a ofensa à integridade física do paciente fizer parte do tratamento, não haverá qualquer crime.

O derradeiro critério de afastamento da lesão ao dever objetivo de cuidado consiste em uma expectativa daquele que se mantém dentro do risco permitido pela profissão, traduzido juridicamente pelo **princípio da confiança**. Este critério pode ser bastante útil na atividade médica, principalmente quando envolve intervenções e tratamentos realizados por mais de um profissional em uma mesma circunstância.

Através dele, espera-se que, por exemplo, em uma equipe de cirurgia, em que há distribuição de tarefas entre os membros de equipe médica, os médicos auxiliares cumprirem estritamente as ordens do cirurgião chefe, que então poderia confiar no trabalho de todos os demais membros da equipe³⁵.

Assim, cada profissional da equipe responde pelos atos praticados. Contudo, não se pode excluir a possibilidade de erros previsíveis na atuação de profissionais menos experientes, que devem ser impedidos ou corrigidos, em especial pelo chefe da equipe. Portanto, os médicos supervisores podem responder por imprudência um resultado indesejável, caso não tenham fiscalizado devidamente o médico assistente³⁶.

Ressalta-se ainda que este princípio não se aplica perante membros em fase de aprendizagem, como os *médicos residentes*, sendo necessário maior cautela e fiscalização da equipe médica em relação à sua atuação, sob pena de concorrerem de forma imprudente no resultado³⁷.

Importante destacar, ao final, que riscos imprevisíveis ou decorrentes da própria evolução natural do tratamento ou da doença elidem a responsabilidade criminal, por não se adequarem a qualquer modalidade de infração penal culposa. Igualmente, é possível que se adentre ainda no campo dos denominados **erros**

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 180.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 180.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 180.

*APONTAMENTOS PENAIS E PROCESSUAIS NO DIREITO MÉDICO: LIMITES
ENTRE O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL*

excusáveis, ou seja, aquele que qualquer médico, nas mesmas circunstâncias e com os conhecimentos regulares, não teria como evitar:

“o erro no diagnóstico não decorreu de imperícia ou negligência, mas das circunstâncias do evento, do histórico e do quadro clínico com que a vítima se apresentou no exame médico. O histórico do paciente e os sintomas sugeriam problema na coluna e os exames se encaminharam para a pesquisa de dano nessa área.”³⁸

A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE NOS DELITOS CULPOSOS PRATICADOS POR MÉDICOS

Há, na literatura médica, duas modalidades distintas de omissão penal, que decorrem da violação de normas imperativas (*que contém uma ordem*) ou proibitivas (*que contém uma proibição*). A **omissão** decorre de uma abstenção do agente que deveria realizar uma ação possível e devida, quando juridicamente obrigado. Estes delitos se subdividem em próprios e impróprios.

Os **crimes omissivos próprios** são previstos em tipos penais específicos e se aperfeiçoam com a simples abstenção de uma ação juridicamente ordenada em lei³⁹. Exemplo é o delito de omissão de socorro, que se consuma quando o agente – que pode ser qualquer pessoa, ou seja, não se exige qualquer característica peculiar do agente – deixar de prestar assistência (art. 135 do CP)⁴⁰.

Os crimes **omissivos impróprios** são aqueles que só podem ser cometidos pelo agente que se encontra na **posição de garantidor**. Essa posição é delimitada

³⁸ TA/PR – EIC 103.144-1/01, Rel. Eraclés Messias – Rel. Desig. p/ o Acórdão: Hélio Cesar Engelhardt, Julg. 23.12.1998.

³⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ...** op. cit., p. 463.

⁴⁰ SOUZA, P. V. S. **Direito ...** op. cit., p. 33.

pelo art. 13, § 2º, do Código Penal⁴¹. Na literatura penal médica, é possível exemplificar a condição de garantidor através de uma enfermeira que, ao cuidar de um paciente em coma, esquece-se de administrar o seu remédio através do soro, fato que causa sua morte⁴².

Em conclusão, cita-se precedente que aborda, de forma bastante explícita, as questões pontuadas neste breve ensaio:

“Penal. Apelação Criminal. Homicídio Culposo. Omissão Imprópria. Erro de diagnóstico ocasionado por negligência no atendimento de vítima. Omissão de cuidados indispensáveis que se realizados evitariam a morte da vítima. Inobservância de regra técnica de profissão. Sentença absolutória. Recurso do Ministério Público. Pretensão condenatória: O crime culposo por omissão imprópria ocorre quando, por negligência, imperícia ou imprudência, o indivíduo, na condição de garantidor de um bem jurídico em situação de risco, deixa de realizar uma conduta que lhe era exigida, permitindo a ocorrência de lesão ao bem jurídico (resultado típico), que seria evitada caso tivesse agido de maneira que era esperada. Comprovado que o médico atuou com presteza no atendimento à paciente, tomando os cuidados exigidos para as circunstâncias do caso e utilizando-se corretamente dos conhecimentos técnicos da profissão, apesar de ter falhado no diagnóstico da doença e não ter conseguido evitar a morte da vítima, afasta-se a alegação de conduta negligente e, por conseguinte, o crime culposo. O erro de diagnóstico médico, quando não decorre de inobservância do dever de cuidado objetivo, é plenamente justificável ante as limitações do conhecimento científico e a falibilidade inerente ao ser humano.”⁴³

⁴¹ **Art. 13, § 2º, CP** – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

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

⁴² ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ...** op. cit., p. 466.

⁴³ **TJ/DF – ApCrim 23854-49.2003.807.0001**, Rel. Aparecida Fernandes, DJU 21.11.2007.

**DUAS (NECESSÁRIAS) QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL: DENÚNCIA INEPTA E
IN DUBIO PRO REO**

Existem dois pontos relativos ao processo penal envolvendo erro médico que devem ser derradeiramente explorados. O primeiro diz respeito ao fato de que **a lesão ao dever objetivo** de cuidado deve ser exposta de forma clara no processo (mais especificamente na denúncia oferecida pelo órgão acusador), para que se permita, com a maior efetividade possível, o exercício da ampla defesa. Sendo assim, é inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, que não se aponte, de forma objetiva, na denúncia, qual o ato negligente, imprudente ou imperito praticado pelo médico, para que o réu possa dele se defender.

Assim, os Tribunais têm rechaçado denúncias genéricas, que simplesmente acusam o médico de homicídio, simplesmente pela morte do paciente, sem qualquer indicação de ato ilícito penalmente relevante:

“Se a denúncia não especificou, nem a minuciosa instrução judicial logrou esclarecer, quais exames e providências o cirurgião e o anestesista, a quem se atribui incursão em conduta profissional negligente, deixaram de determinar ou tomar antes do procedimento anestésico e cirúrgico, de modo a caracterizar-lhes a culpa, e, sendo de notória sabença nos meios médicos que a ciência ainda não definiu procedimentos ou exames pré-cirúrgicos para detectar, com absoluta eficiência, a intolerância do paciente a uma droga e a decorrente possibilidade deste sofrer algum choque anafilático, irretocável é a sentença monocrática que, firme no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolveu os acusados da imputação.”⁴⁴

Por fim, não é demasiado rememorar que em direito penal, culpa ou dolo não se presumem, ou seja, devem ser provados. Por essa razão, a dúvida sobre a existência ou não de crime pelo médico – ou seja, a impossibilidade de se

⁴⁴ TA/PR – ApCrim 111.801-6, Rel. Luiz Cezar de Oliveira, Julg. 25.3.1999.

determinar com exatidão a existência de erro médico – é causa de absolvição, consoante decisão recentíssima do TJ/PR⁴⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **A responsabilidade penal por erro médico**. In: Revista Jurídica da FURB, nº 3, jun. 2008, p. 51-64.

PRATES, Núria Derviche; MARQUARDT, Marcelo. **A Responsabilidade Penal do Médico e o Processo Penal**: Simpósio Medicina e Direito. Jornal Vascular Brasileiro. vol. 2, n.3, 2003, p. 241-247. Disponível em <<http://www.jvascbr.com.br/>> . Data de Acesso: 25.1.2012.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez. Cirino dos. **Direito Penal: parte especial**. 3ª ed. Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁵ “APELAÇÃO CRIME - Homicídio culposo - Erro médico - Inexistência de prova suficiente para a condenação - Aplicação do princípio in dubio pro reo - Absolvição decretada - Recurso provido.” (TJ/PR – ApCrim 675.438-7, Rel. Marco Antônio Massaneiro – Rel.Desig. p/ o Acórdão: Campos Marques, Julg. 01.03.2012)